



Universidade de São Paulo
Faculdade de Direito
Departamento de Direito do Estado

FÁBIO LIMA QUINTAS

**O MANDADO DE INJUNÇÃO PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:
a reserva de jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal para o
suprimento das omissões legislativas inconstitucionais**

SÃO PAULO
2013

FÁBIO LIMA QUINTAS

**O MANDADO DE INJUNÇÃO PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:
a reserva de jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal para o
suprimento das omissões legislativas inconstitucionais**

Tese apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo, como exigência parcial
para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre de Moraes

SÃO PAULO
2013

FÁBIO LIMA QUINTAS

**O MANDADO DE INJUNÇÃO PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:
a reserva de jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal para o
suprimento das omissões legislativas inconstitucionais**

Tese apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo para a obtenção do título de
Doutor em Direito.

Aprovada em: ___ / ___ / ___.

Banca Examinadora

1º Membro (Presidente)

2º Membro

3º Membro

4º Membro

5º Membro

Para Josiane, Victor e Mariana.

AGRADECIMENTOS

São muitas as pessoas que me concederam indispensável apoio e auxílio na realização deste projeto acadêmico que tanto persegui e que me trouxe, confesso, muitas angústias e também alegrias. Todas elas merecem minha gratidão.

Neste breve espaço, tenho de limitar-me a prestar minhas homenagens e agradecimentos a algumas pessoas sem as quais penso que não conseguiria ter enfrentado este desafio, deixando de mencionar inúmeros amigos, colegas e familiares não menos importantes, que me acompanharam nesta árdua caminhada e que também têm meu apreço.

Na elaboração do projeto da tese, cujo resultado final agora se apresenta, agradeço a José Jesus Cazetta Júnior e Daniel Barcelos Vargas, pessoas generosas e que me honram com sua amizade.

Manifesto minha gratidão, ainda, ao Professor Alexandre de Moraes, que apoiou e viu propósito no projeto de pesquisa que lhe apresentei e que sempre demonstrou confiança na minha capacidade de desenvolvê-lo. Além disso, agradeço-lhe por sua orientação ao longo de todo o curso: concedendo-me liberdade de investigação, o Prof. Alexandre ofereceu contribuição inestimável para a pesquisa, indicando-me abordagens teóricas com os quais eu poderia dialogar e disciplinas que eu deveria cursar. Sem isso, eu não teria tido segurança para desenvolver a pesquisa e redigir a tese.

Tive, por essas circunstâncias, uma experiência extremamente gratificante e enriquecedora na Faculdade de Direito do Largo do São Francisco, que me forneceu um ambiente acadêmico privilegiado. Sou grato a todos os Professores e colegas de Faculdade com quem pude dialogar. Destaco os excelentes cursos que tive a oportunidade de acompanhar com os Professores Manoel Gonçalves Ferreira Filho, José Levi Mello do Amaral Júnior, Ronaldo Porto Macedo, Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, José Roberto dos Santos Bedaque e Carlos Alberto Carmona. Registro, ainda, que foi muito gratificante a convivência com diversos colegas, entre os quais cito Ana Paula Carvalhal, Carlos Alberto Navarro Perez, Cecília Pinho, Clilton, Habacuque, Jorge Galvão, Marina Xavier, Sérgio Victor e Raquel Santoro. Agradeço ao amigo André Rufino do Vale, pelos livros que indicou e pelas conversas.

Agradeço aos advogados de Sturzenegger Advogados e Sturzenegger e Cavalcante Advogados Associados, em especial aos sócios de Brasília (Luiz Carlos

Sturzenegger, Luís Carlos Cazetta, Luciano, Henrique, Ricardo, Thiago, Gustavo Mourão, Gustavo Toledo e Lívia), que foram não apenas compreensivos, mas também solidários durante todo o curso do doutorado.

Expresso meu reconhecimento pela criteriosa revisão formal desta tese realizada por Luciana Ferreira Pinto.

Por fim (e deixando para o final o mais importante), agradeço à minha esposa Josiane, companheira incondicional e inigualável desta jornada.

If men were angels, no government would be necessary. If angels were to govern men, neither external nor internal controls on government would be necessary. In framing a government which is to be administered by men over men, the great difficulty lies in this: you must first enable the government to control the governed; and in the next place oblige it to control itself.

(“Se os homens fossem anjos, nenhuma espécie de governo seria necessária. Se fossem governados pelos anjos, também não se fariam necessários os controles internos e externos sobre o governo. Mas, ao construir um governo de homens sobre homens, o desafio reside justamente em habilitar o governo a controlar os governados e, em seguida, obrigar o governo a controlar-se a si próprio.”)

James Madison, The Federalist Papers, n.º 51.

RESUMO

QUINTAS, F. L. **O mandado de injunção perante o Supremo Tribunal Federal: a reserva de jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal para o suprimento das omissões legislativas inconstitucionais**. 2013. 376 f. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

Constitui objeto de investigação da presente tese o suprimento das omissões legislativas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal por meio do mandado de injunção. Pretende-se demonstrar que a Constituição, ao instituir o mandado de injunção, não apenas sinalizou que as omissões inconstitucionais merecem censura, mas também estabeleceu meio próprio para que o cidadão possa impugná-las. No controle concreto das omissões legislativas inconstitucionais por meio do mandado de injunção, defende-se que há uma reserva de jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal. Para demonstrar essa assertiva, a tese desenvolveu, em sua primeira parte, uma reflexão sobre o processo de aplicação do direito e a função da legislação nesse mister. A conclusão a que se chegou é de que a legislação ainda constitui uma peça relevante no processo de interpretação e aplicação do direito. Num segundo momento, tendo como eixo de investigação o princípio da separação de Poderes, observar-se-á que a Constituição de 1988 e a prática constitucional que se estabeleceu sob seu marco instituíram a jurisdição constitucional como mais um mecanismo de controle do poder político e consagraram o Supremo Tribunal como Tribunal Constitucional. Na última parte da pesquisa, busca-se demonstrar que há competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal no controle das omissões legislativas em face da Constituição Federal. O mandado de injunção, nesse cenário, é importante instrumento de acesso direto do cidadão ao Supremo Tribunal Federal para suscitar esse controle. Essa leitura que se faz da Constituição se justifica pela identificação da omissão legislativa como fenômeno que não se confunde com o da simples ausência de lei ou de indeterminação semântica do direito, merecendo métodos próprios de enfrentamento. Além disso, essa leitura da Constituição encontra razão de ser pela forma que se concebe a jurisdição constitucional, como sendo uma atividade política prudencial, que permite que se estabeleça um diálogo institucional não apenas entre o Supremo Tribunal Federal e o Poder Legislativo, mas também entre a jurisdição constitucional prestada pelo Supremo Tribunal Federal e a jurisdição ordinária.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional. Controle de constitucionalidade. Omissão legislativa inconstitucional. Mandado de Injunção. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

QUINTAS, F. L. **The constitutional writ of injunction (‘mandado de injunção’): the resolution of legislative omissions by the Constitutional Court of Brazil.** 2013. 376 f. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

The thesis deals with the process of constitutional adjudication in case of legislative omissions (legal gaps that violate constitutional determinations or unconstitutionality by legislative omission). It gives special attention to the constitutional remedy called writ of injunction (*‘mandado de injunção’*), which allows citizens to directly access the Brazilian Constitutional Court in case of violation of constitutional rights and freedoms that result from the lack of an enabling legislation. The research seeks to provide a theoretical guidance to understand this problem and its possible solutions. It is argued that the problem of legislative omission is fundamentally a problem about the relationship between the legislative and the courts, and about the limits to constitutional adjudication. The challenge is to guarantee the effectiveness of constitutional rights without undermining democracy (and the powers of the legislative branch). It is argued that, within the Judiciary, only the Constitutional Court has the power to review legislative omissions. The techniques to judge legislative omissions should improve the institutional dialogue between the Constitutional Court, the Legislature and the ordinary courts. I argue that the control of legislative omissions is compatible with constrained judicial review (weak judicial review). Facing a case of unconstitutional legislative omission, the Constitutional Court has a privileged but not unlimited role in interpreting the Constitution. Ruling on constitutional questions about legislative omissions, the Constitutional Court should either call for legislative action or be open to legislative revision in the short run.

Keywords: Judicial review. Constitutional adjudication. Legislative omission. Writ of “mandado de injunção”. Constitutional Court of Brazil (Supremo Tribunal Federal).

RESUMÉ

QUINTAS, F. L. **Le recours d'injonction adressé au législateur: la reconnaissance des omissions législatives jugées contraires à la Constitution par le Cour Constitutionnelle du Brésil.** 2013. 376 f. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

L'objet de la investigation sont les omissions législatives dans la jurisprudence constitutionnelle de la Cour Constitutionnel du Brésil (*Supremo Tribunal Federal*). C'est examiné, en particulier, le *mandado de injunção* (recours d'injonction ou recours d'amparo pour la protection des droits et libertés contre inconstitutionnalité par omission). La Constitution a établi le *mandado de injunção* pour censurer les omissions normatives de l'État que empêchent la jouissance des droites ou libertés constitutionnelles pour les citoyens. Nous affirmons que le contrôle des omissions législatives inconstitutionnelles est exclusive de la Cour Constitutionnelle. Cette compréhension découle du principe de la séparation des Pouvoirs, de la distinction entre juridiction et législation et de la fonction et caractéristiques de la juridiction constitutionnelle. Ainsi, le *mandado de injunção* devient un important instrument de l'accès direct du citoyen à la Cour pour censurer le législateur. C'est important remarqué que le phénomène de les omissions législatives inconstitutionnelles ne peut pas être confondre avec les absences de dispositions normatives, les insuffisances de la loi ou les indéterminations sémantique de la loi. Chaque un de cette situations demande une méthode approprié de jugement. Le jugement des omissions législatives inconstitutionnelles devrait encourager le dialogue institutionnel entre la Cour constitutionnelle, l'Assemblée législative et le juges et Tribunaux ordinaires.

Mots-clés: Jurisdiction constitutionnelle. Contrôle concret de la constitutionnalité de la législation. Omissions législatives. Recours d'injonction. Cour Constitutionnelle du Brésil.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	15
PARTE I - UMA REFLEXÃO SOBRE A TEORIA DO DIREITO: A FORÇA VINCULANTE DA LEI	24
1 O FENÔMENO DA AUSÊNCIA DE LEI: ENTRE A LACUNA DO DIREITO E O SILÊNCIO ELOQUENTE DO LEGISLADOR	28
1.1 Introdução	28
1.2 Análise de caso: a interpretação literal de norma de isenção tributária (art. 111, inciso II, do CTN).....	30
1.3 Entre a lacuna e o silêncio eloquente da lei: uma questão de mera vontade?	35
1.4. Conclusão	39
2 REPENSANDO A FUNÇÃO DA LEI NO ESTADO DE DIREITO: ENTRE A POLÍTICA, A MORAL E O DIREITO	41
2.1 Introdução	41
2.2 O direito como ordem normativa.....	42
2.3 O direito como instituição	44
2.4 A divergência no direito.....	47
2.5 O direito e os valores morais: o papel da moral na ordem normativa institucional	51
2.5.1 A divergência sobre o direito e a influência da moral	55
2.6. Entre o direito e a política: a função do poder na teoria institucional do direito	60
2.7. A dinâmica do direito como ordem normativa institucional.....	65
2.8 Conclusão	70
PARTE II - SOBRE A SEPARAÇÃO DE PODERES: RUMO À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	73
3 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES	75
3.1 Introdução	75
3.2 A doutrina da separação de Poderes	77
3.3 O sentido institucional-normativo do princípio da separação de Poderes	86
3.4 O princípio da separação de Poderes na Constituição de 1988.....	91
3.5 A distinção entre legislação e jurisdição	93
3.6 A distinção entre legislação e jurisdição em crise	97
3.7 Conclusão	104

4 SOBRE O PODER LEGISLATIVO E A LEGISLAÇÃO.....	106
4.1 Introdução: a legislação no direito moderno	106
4.2 Legislação e vontade geral: uma utopia?	108
4.3 A legislação moderna e suas possibilidades.....	110
4.4 Limites à deliberação legislativa	117
4.5 O Legislativo no Brasil: uma visão sobre a política legislativa	119
4.6 Conclusão	124
5 SOBRE O PODER JUDICIÁRIO E A JURISDIÇÃO	127
5.1 Introdução	127
5.2 Os compromissos da jurisdição e a função do processo civil	128
5.3 Poderes do juiz na tutela jurisdicional: o debate posto	129
5.4 Limites constitucionais à tutela jurisdicional: novos problemas para a teoria do processo	134
5.5 A motivação das sentenças.....	138
5.6 A motivação das sentenças: princípios e juízo de ponderação.....	141
5.7 A motivação das sentenças: princípios e juízo de constitucionalidade	143
5.8 Conclusão	145
6 RUMO À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	148
6.1 Introdução	148
6.2 O controle de constitucionalidade moderno: interpretação do direito ou atividade política?.....	149
6.3 A evolução do controle de constitucionalidade no Brasil.....	154
6.4 A tensão entre a jurisdição ordinária e a constitucional	158
6.4.a A Súmula Vinculante n.º 10: o juízo de não aplicar norma pertinente ao caso representa declaração de inconstitucionalidade	159
6.5 A tensão entre a jurisdição constitucional praticada pelo Supremo Tribunal Federal e a exercida pelos demais juízes e tribunais	162
6.5.a O controle de constitucionalidade em ação civil pública e a usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal	165
6.5.b O julgamento da Reclamação 4.335/DF: a vinculação do Poder Judiciário à interpretação constitucional do Supremo Tribunal Federal.....	172
6.5.c O julgamento do Recurso Extraordinário 405.579: apenas o Supremo Tribunal Federal pode, no exercício da jurisdição constitucional, modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade	174
6.5.d Tutelas de urgência em face das omissões legislativas violadoras de direitos fundamentais	178
6.6 Conclusão	180

7 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL..	184
7.1 Introdução	184
7.2 O Supremo Tribunal Federal como Tribunal Constitucional.....	186
7.3 A função do Tribunal Constitucional.....	189
7.4 A atitude do Tribunal Constitucional.....	193
7.5 A efetividade da jurisdição constitucional	204
7.6 Conclusão	207
PARTE III - O CONTROLE DA OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL POR MEIO DO MANDADO DE INJUNÇÃO.....	210
8 DAS LACUNAS DO DIREITO À OMISSÃO INCONSTITUCIONAL.....	213
8.1 Introdução	213
8.2 O postulado da completude do direito: uma ilusão?.....	215
8.3 Completude como ideal racional: o juiz diante das lacunas (normativas).....	219
8.4 Espécies de lacunas.....	224
8.5 A omissão legislativa inconstitucional como espécie de lacuna axiológica	231
8.6 Conclusão	238
9 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS OMISSÕES LEGISLATIVAS	240
9.1 Introdução	240
9.2 A forma de incidência do controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal no ordenamento jurídico	243
9.3 Uma resenha sobre o controle de constitucionalidade das omissões legislativas no Brasil.....	251
9.3.a A ação direta de inconstitucionalidade por omissão.....	252
9.3.b O mandado de injunção	257
9.4 A tutela da omissão inconstitucional no direito comparado	265
9.4.a O controle de constitucionalidade por omissão na Espanha	267
9.4.b O controle de constitucionalidade por omissão em Portugal	274
9.4.c O controle de constitucionalidade por omissão na Itália	283
9.5 Conclusão	289

10 O MANDADO DE INJUNÇÃO	293
10.1 Introdução.....	293
10.2 A natureza jurídica do mandado de injunção	295
10.3 A função do mandado de injunção no sistema de controle de constitucionalidade	303
10.3.a O mandado de injunção como veículo de controle concreto de constitucionalidade das omissões legislativas	304
10.3.b A reserva de jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal para realizar o controle de constitucionalidade das omissões legislativas	310
10.4 A relação entre o Supremo Tribunal Federal e a jurisdição ordinária no controle das omissões legislativas inconstitucionais.....	318
10.5 A decisão de inconstitucionalidade em mandado de injunção	324
10.6 Repensando o procedimento do mandado de injunção	335
10.7 Conclusão	343
CONCLUSÕES.....	346
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	356
PRECEDENTES JUDICIAIS E OUTROS DOCUMENTOS OFICIAIS	370

INTRODUÇÃO

Em 2007, após quase vinte anos da promulgação da Constituição de 1988, o mandado de injunção recebeu, para muitos, o status que o Constituinte originário almejava, qual seja, o de garantia constitucional destinada a conferir efetiva salvaguarda ao cidadão contra a omissão do Poder Público na regulamentação de direito subjetivo previsto na Constituição que impedia sua fruição.

Deveras, em agosto de 2007, o Supremo Tribunal Federal, após trilhar um longo caminho (cujo marco inicial, inequivocamente, foi o julgamento do MI-QO n.º 107¹), concedeu a ordem requerida em mandado de injunção para garantir o direito à aposentadoria especial a servidor da Fundação Oswaldo Cruz por exercer trabalho em ambiente insalubre, ante a omissão inconstitucional do Legislador em regular o disposto no art. 40, § 4º, da Constituição (MI 721).

Alguns meses depois, com a mesma postura atuante que marcou o julgamento da aposentadoria especial e, de forma mais audaciosa, ampliando os efeitos de sua decisão para além das partes do processo, o Supremo Tribunal Federal concluiu a apreciação de três mandados de injunção (MI 670, MI 702, MI 712), decidindo, por maioria, conceder a segurança a fim de suprir a omissão legislativa na regulação de direito constitucionalmente assegurado (direito de greve do servidor público), determinando, para esse fim, a aplicação da Lei n.º 7.783/89, que trata do exercício do direito de greve dos empregados celetistas.

Em junho de 2011, o Supremo Tribunal Federal, por considerar injustificada a demora na regulamentação do aviso prévio (art. 7º, inciso XXI, da Constituição), cogitou ele próprio fixar regras para que o aviso prévio seja proporcional ao tempo de serviço prestado por um trabalhador (MIs 943, 1.010, 1.074 e 1.090).

Festejados pela comunidade jurídica, esses julgamentos seriam o indicativo de que o Supremo Tribunal Federal teria prestigiado o entendimento consagrado pela doutrina majoritária, que sempre concebeu o mandado de injunção como instrumento de

¹ Nesse julgamento, ocorrido em 23 de novembro de 1989 (DJ 21/9/90), o Supremo Tribunal Federal definiu que a declaração de inconstitucionalidade por omissão traria como consequência decisão de natureza mandamental, para o fim de determinar (sem estabelecer sanção) que o legislador suprimisse o estado de omissão inconstitucional.

efetiva tutela jurisdicional contra a omissão legislativa em regulamentar direitos, liberdades e prerrogativas constitucionalmente asseguradas².

Essa nova visão do Supremo Tribunal Federal acerca do mandado de injunção pode ser contextualizada numa tendência mais geral do envolvimento da Corte em discussões políticas e sociais extremamente controvertidas, tomando decisões delicadas e superando impasses existentes não apenas no Parlamento, mas no âmbito da sociedade. Deve-se reconhecer que a recente orientação do Supremo Tribunal Federal – em várias matérias – indica que o Tribunal pretende adotar uma atuação mais incisiva no cenário político-legislativo.

Como ilustrativas dessa postura, podem ser mencionadas as seguintes manifestações da Corte: **i)** o entendimento de que cabe ao Supremo Tribunal Federal, e não à Câmara dos Deputados, determinar a perda do mandato parlamentar de deputados federais condenados criminalmente (AP 470, Informativos n.ºs 691/STF e 692/STF); **ii)** a decisão monocrática proferida pelo Min. Luiz Fux para conceder liminar em mandado de segurança no sentido de impedir que o Congresso Nacional delibere acerca do veto parcial da Presidente da República ao Projeto de Lei 2.565/2011 (que trata das novas regras de partilha de *royalties* e participações especiais devidos em virtude da exploração de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos) antes que analise, em ordem cronológica da respectiva comunicação ao Congresso Nacional, todos os vetos pendentes com prazo constitucional já expirado (MS 31.816); **iii)** a decisão unânime do Plenário da Corte no sentido de ser constitucional a política de cotas étnico-raciais para seleção de estudantes universitários (ADPF 186. Vide Informativo n.º 663/STF); **iv)** a conclusão de que a Lei da Ficha Limpa (LC 135/2010, que alterou a LC 64, de 1990, para instituir hipóteses de inelegibilidade) é compatível com a Constituição e pode ser aplicada a atos e fatos ocorridos anteriormente à sua edição (ADC 29, ADC 30, ADI 4.578. Vide Informativo n.º 655/STF); **v)** a decisão de que o mandato parlamentar pertence ao partido político, afirmando que não existe direito subjetivo autônomo à manutenção pessoal do cargo pelo parlamentar que sai da agremiação política (MS 26.602; MS 26.603 e MS 26.604. Vide Informativo n.º 482/STF); **vi)** a

² De fato, como bem pontua Alexandre de Moraes, é possível identificar dois grandes eixos na definição da natureza jurídica dos efeitos do mandado de injunção: posição concretista, dominante na doutrina brasileira, que defende que a decisão de procedência do Mandado de Injunção deve implementar o exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa até que sobrevenha a regulamentação do poder competente (podendo ser essa regulamentação *erga omnes* ou apenas para o impetrante, dependendo da corrente); e posição não concretista, minoritária no debate doutrinário, que limita a eficácia da decisão à exortação do poder competente para que faça a devida regulamentação (MORAES, 2005, p. 158-163).

ordem emanada da Corte que, avançando no controle dos atos *interna corporis* do Congresso Nacional, determinou a instalação de Comissão Parlamentar de Inquérito pela Presidência da Câmara dos Deputados, em face do direito subjetivo público da minoria parlamentar (MS n.º 26.441); **vii**) a decisão que declarou a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo seria conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, I e II, do CP (ADPF n.º 54. Vide Informativo n.º 661 do STF); **viii**) o julgamento da ADI n.º 3.510, que versava sobre constitucionalidade de dispositivos da Lei de Biossegurança que tratam da utilização de células-tronco de embriões humanos em pesquisas e terapias; **ix**) o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar (ADPF n.º 132 e ADI n.º 4277); e **x**) a decisão que considerou a totalidade da Lei de Imprensa (Lei n.º 5.250, de 1967) incompatível com a Constituição de 1988 e com a garantia que ela concedeu à liberdade de imprensa (ADPF 130, Informativo n.º 544 do STF).

Num cenário ainda mais amplo, esse mesmo movimento se faz sentir pela acentuada intervenção dos juízes e tribunais em questões políticas e sociais que se situam tradicionalmente em outros espaços decisórios, avançando nas competências ordinariamente atribuídas ao Poder Legislativo, ao Poder Executivo, à Administração Pública ou mesmo no espaço reservado à autonomia da vontade. Isso se faz sentir por decisões judiciais que dispõem sobre a implementação de políticas públicas e sobre a regulação das relações privadas em espaços que não eram considerados jurisdicizáveis, de modo que, sob o fundamento de fazer prevalecer certos princípios jurídicos, acabam por fazer propagar os métodos judiciais de tomada de decisão, com a transferência de poderes decisórios dessas outras instituições para o Poder Judiciário (VIEIRA, 2009).

Tudo isso resulta, de certa forma, de uma leitura possível que se faz da Constituição de 1988. De um lado, o controle judicial de constitucionalidade acaba por viabilizar a restrição da vontade majoritária, conduzindo a uma judicialização da política mesmo perante as instâncias ordinárias. De outro, a constituição dos direitos sociais e o alargamento dos direitos individuais, movimento próprio do Estado Social, provoca a expectativa da jurisdicização das questões sociais e a intervenção do Poder Judiciário também nesse âmbito (VIANNA et al., 1999, p. 15-44).

A ampla judicialização da política e das relações sociais constitui, portanto, uma realidade justificável em face da Constituição de 1988, que, fruto de processo de redemocratização do país, expressa, como posto em seu Preâmbulo, a vontade de

“instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”. Em outras palavras, a vasta agenda de proteção de direitos individuais e sociais e de promoção de uma sociedade justa, incorporada em nosso ordenamento constitucional, hoje canaliza uma demanda crescente pela concretização desses direitos, que se apresenta também perante o Poder Judiciário.

Decerto, é plausível pensar que a realização das promessas constitucionais possa ser postulada perante o Poder Judiciário, na expectativa de que essa pretensão esteja contida na garantia de tutela jurisdicional efetiva. Porém, em outra vertente de raciocínio, sob a premissa de que a democracia (e as instituições conformadas para dar-lhe expressão) merece ser privilegiada, pode-se chegar à conclusão de que cabe dar primazia aos direitos políticos do cidadão, de buscar salvaguardar seus interesses pelos canais políticos ordinários, impondo-se por consequência um limite à tutela jurisdicional.

Fácil ver que há uma tensão entre tutela judicial de direitos e democracia, entre atuação judicial e legislativa. A discussão que se põe, nesse cenário, diz respeito aos procedimentos que uma sociedade complexa e contingente deve adotar para tomar suas decisões, bem como à função do Judiciário e do Legislativo na construção de uma verdadeira comunidade, assentada na premissa de que os indivíduos são portadores de direitos. É relevante, por isso, investigar os desenhos institucionais que possam ser delineados sob o marco da Constituição de 1988 para lidar com essa realidade.

Nesta tese, defende-se que essa discussão deve ser reorientada, havendo virtude em adotar como eixo condutor a temática das omissões legislativas inconstitucionais, que constitui perspectiva privilegiada (e pouco explorada) para refletir e delimitar a atuação legislativa e judicial (do Supremo Tribunal Federal e dos juízes e tribunais ordinários).

Se a lei (veiculada pelo legislador) é essencial para a concretização da Constituição, a falta de normatividade adequada pode ser vista como um atentado ao texto constitucional e, quiçá, uma violação a direito subjetivo do cidadão. Revela-se, aí, a conhecida omissão legislativa inconstitucional, a significar que “o legislador não ‘faz’ algo que positivamente lhe era imposto pela constituição. Não se trata, pois, apenas, de um simples negativo ‘não fazer’; trata-se, sim, de não fazer aquilo a que, de forma

concreta e explícita, estava constitucionalmente obrigado” (CANOTILHO, 2001, p. 331-332).

A Constituição de 1988 conferiu especial atenção ao problema da omissão do legislador: ao lado do controle abstrato da omissão (estabelecida no art. 103, § 2º), introduziu o mandado de injunção, previsto no art. 5º, inciso LXXI, destinado à defesa de direitos subjetivos afetados pela omissão legislativa ou administrativa.

Trata-se de uma engenhosa solução para uma tensão de difícil conciliação: i) a premissa do Estado de Direito de que a lei é veículo privilegiado para a concretização da Constituição; e ii) os cidadãos são portadores de direitos (sobretudo daqueles constitucionalmente assegurados) que devem ser exercidos em sua plenitude.

Longe de oferecer uma solução inequívoca, a resposta do texto constitucional transferiu essa tensão para o momento da aplicação do direito (como comprovam os mais de vinte anos de vivência sob o marco da Constituição de 1988).

A discussão que surge e será enfrentada nesta tese diz respeito à postura que o Poder Judiciário, em geral, e o Supremo Tribunal Federal, em específico, devem adotar ao se depararem com uma omissão (legislativa) inconstitucional. Seria correto pensar que a tarefa de aplicação do direito exigiria, do juiz, nesse caso, que *revelasse* o direito subjetivo que o legislador não teve condições de ditar?

A resposta passa, inicialmente, por identificar o significado que deve emergir da previsão, no texto constitucional, da inconstitucionalidade por omissão (em especial a legislativa) e do mandado de injunção (art. 5º, inciso LXXI), estabelecido para as situações nas quais se identifique 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”.

Há razões para se defender que a tutela judicial das omissões legislativas inconstitucionais é extraordinária e exige forma adequada de enfrentamento, não estando alcançada pela tutela jurisdicional padrão, prevista no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição.

Isso porque (como será demonstrado ao longo da tese) a Constituição, ao prever o mandado de injunção, ofereceu algumas orientações (ainda não apreendidas em toda sua extensão pela nossa prática constitucional) acerca da tutela das omissões legislativas inconstitucionais, quais sejam: i) não pode ser ela equiparada a uma tutela jurisdicional

ordinária, ou à jurisdição constitucional de índole negativa; ii) não deve ser feita por qualquer órgão jurisdicional; e iii) demanda racionalidade própria de julgamento.

Afinal, qual seria o sentido de haver a previsão de uma ação constitucional específica para lidar com a omissão inconstitucional se essa tutela pudesse ser obtida por outro meio?

A instituição de uma ação constitucional específica à disposição do cidadão indica que a Constituição de 1988 estabeleceu um desenho institucional próprio para lidar com a omissão inconstitucional: o controle das omissões legislativas inconstitucionais em face da Constituição de 1988 é atribuído, com exclusividade, ao Supremo Tribunal Federal.

Esse é o melhor desenho institucional que pode ser extraído do texto constitucional.

A fim de demonstrar essa tese, que pode parecer contraintuitiva à primeira vista em virtude do papel hoje assumido pelo Poder Judiciário, a investigação que ora se inicia será realizada em três planos.

Num primeiro plano, mais afeito à teoria do direito, pretende-se mostrar que, a despeito do discurso (hoje repetido à exaustão) relativo ao poder de criação do direito pelo juiz (o que não se nega), a legislação ainda ocupa um espaço privilegiado como referência normativa. Sem recusar a complexidade da atividade de interpretação e aplicação do direito, pretende-se evidenciar que a legislação tem condições de impor limites à atividade julgadora, por ser ela sempre um bom fundamento para a decisão judicial (e, por isso, serve também como constrangimento para o julgador que pretenda superá-la), apesar de não ser o único (há, sem dúvida alguma, outras peças importantes no direito, sendo difícil estabelecer, em abstrato, uma hierarquia das fontes). Nesse particular, para repensar a função regulativa da legislação, remete-se à contribuição de Neil MacCormick, que identifica no direito uma ordem institucional normativa. É esse o objeto de reflexão dos Capítulos 1 e 2.

Se a legislação ainda hoje é uma peça importante do direito e se é correto pensar que a lei desempenha algum papel na constrição da atividade criadora do direito pelo juiz, é próprio refletir sobre as funções desempenhadas pelo Poder Legislativo e pelo Poder Judiciário, bem como a forma de diálogo que pode se estabelecer entre esses dois

Poderes. O princípio da separação de Poderes, decerto, constitui referência necessária dessa reflexão. É sob essa linha que se desenvolve a segunda parte da tese.

Nessa perspectiva, após revisitar a doutrina da separação de Poderes e examinar as características da atividade legislativa e judicial, sob o pálio da Constituição de 1988, far-se-á uma análise dos contornos da jurisdição constitucional hoje praticada no Brasil pelo Supremo Tribunal Federal e pelos juízes e tribunais ordinários. O objetivo é demonstrar que (i) a legislação é fonte relevante do direito no Estado de Direito, (ii) mas que há sentido, em certas circunstâncias, impor restrições à vontade majoritária, (iii) o que remete à configuração da jurisdição constitucional. Ao se tratar da jurisdição constitucional, deve-se destacar a diferença qualitativa entre a que é realizada pelo Supremo Tribunal Federal e aquela praticada pelos demais juízes e tribunais.

Essas ideias são desenvolvidas nos Capítulos 3 (que trata da doutrina e do princípio da separação de Poderes), 4 (que busca examinar a possibilidade de pensar a legislação como fonte legítima do direito), 5 (que faz uma análise crítica da atividade jurisdicional atual), 6 (que examina o controle de constitucionalidade das leis naquilo que hoje se convencionou chamar de jurisdição constitucional) e 7 (que cuida de estabelecer a função e o perfil do Supremo Tribunal Federal como Tribunal Constitucional).

Na terceira e última parte da tese, põe-se diretamente a reflexão sobre o problema proposto: o controle da omissão legislativa inconstitucional por meio do mandado de injunção.

De início (Capítulo 8), cabe precisar o sentido de omissão inconstitucional, diferenciando esse fenômeno de outros correlatos, tais como o da ausência de norma e o da indeterminação de seu sentido. Conquanto todos esses fenômenos representem desafios que devem ser superados para a interpretação e a aplicação do direito, cada um deles tem características e forma próprias de enfrentamento. Para esse propósito, será de grande valia o rigor analítico de Carlos Alchourrón e Eugenio Bulygin na identificação dos diversos sentidos que a prática jurídica confere ao termo “lacunas”, permitindo-se definir omissão inconstitucional como espécie de lacuna axiológica.

Passo seguinte, no Capítulo 9, será examinada a omissão legislativa inconstitucional como objeto específico de julgamento pela jurisdição constitucional. Isso será realizado à luz da experiência acumulada no Brasil sob o pálio da Constituição

de 1988 e também em sistemas jurídicos estrangeiros (especialmente em Portugal, Espanha e Itália). O objetivo é verificar se o controle das omissões legislativas inconstitucionais, além de constituir um fenômeno específico e analiticamente identificável, configura-se como um espaço autônomo e relevante da prática da jurisdição constitucional e, se assim o for, as razões para tanto. O propósito é verificar se o controle das omissões legislativas inconstitucionais constitui técnica que valoriza uma forma branda de jurisdição constitucional. A resposta parece ser afirmativa, porque essa espécie de controle problematiza necessariamente a dimensão política ínsita ao enfrentamento da inércia legislativa e acaba por reconhecer, em qualquer situação, a função supletiva da atuação da jurisdição constitucional em face da legislatura.

No último capítulo, o foco é o mandado de injunção. A preocupação é identificar a função desta ação constitucional no sistema de controle das omissões legislativas inconstitucionais. Aspecto central do capítulo é demonstrar que o controle judicial das omissões legislativas inconstitucionais se traduz numa prerrogativa exclusiva do Supremo Tribunal Federal, o que se justifica, entre outros motivos, pela existência do mandado de injunção no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. Além disso, será explorada a vocação do mandado de injunção, como veículo de controle concreto de constitucionalidade das omissões, para estabelecer um diálogo institucional não apenas entre o Supremo Tribunal Federal e o Poder Legislativo, mas também entre a jurisdição constitucional prestada pelo Supremo Tribunal Federal e a jurisdição ordinária.

O mandado de injunção, se percebido nessa dimensão ampliada que se propugna, deixa de ser visto apenas como veículo processual de uma mera tutela jurisdicional (como a esmagadora doutrina professa). O Supremo Tribunal Federal, por seu turno, assume uma função institucional que não pode ser reduzida à tipicamente jurisdicional, dado que situada no âmbito da jurisdição constitucional.

Enfim, a pretensão da tese é demonstrar que há um aspecto relevante na Constituição de 1988, ainda não apreendido em toda sua inteireza, ao prever o mandado de injunção como uma ação especial à disposição do cidadão para a tutela das omissões legislativas inconstitucionais: a colmatação de lacuna (axiológica) decorrente da mora legislativa configura uma típica função da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal.

De fato, a Constituição sinalizou mais do que a possibilidade de tutela jurisdicional das omissões legislativas. Assentou ela, como já dito, que, pelos riscos envolvidos (relativos ao equilíbrio dos Poderes ao desenvolvimento da democracia), o controle das omissões legislativas inconstitucionais compete ao Supremo Tribunal Federal, devendo ser veiculado por meio processual idôneo e observadas, em seu julgamento, a concretização de toda a Constituição, que se volta para a promoção de uma sociedade democrática, plural, com instituições políticas fortes e maduras (em particular, para os fins da tese, o Legislativo), e não apenas para a tutela jurisdicional imediata de (expectativas de) direitos.

É essa reflexão que se passa a desenvolver.

PARTE I

UMA REFLEXÃO SOBRE A TEORIA DO DIREITO: a força vinculante da lei

APRESENTAÇÃO

Em tempos de ampliação da retórica dos direitos, que se manifesta em várias frentes (fortalecimento da eficácia dos direitos fundamentais, ativismo judicial, jurisdicização e judicialização de questões políticas, econômicas e familiares de toda espécie), não é tarefa fácil pensar o direito e a atuação de seus operadores no que se refere a limites e possibilidades.

Tornou-se lugar-comum (no sentido de que é algo que muito se fala, mas sobre o qual pouco se diz) afirmar que todo ato de interpretação do direito manifesta um ato de vontade e que toda decisão judicial tem um viés político. Como todo lugar-comum, são afirmações que, conquanto tenham um sentido verdadeiro e até mesmo óbvio, trazem mais confusão que esclarecimento, pela falta de reflexão sobre os contextos que tornam verdadeiros esses enunciados.

Assim, por exemplo, é correto afirmar que uma decisão judicial é política, haja vista refletir um ato do Estado que repercute na compreensão do que pode ou não ser realizado (sob pena coerção) numa determinada comunidade. Mas não estão no mesmo grau político a decisão que (i) impede a construção de uma hidrelétrica por identificar a inobservância da legislação ambiental, (ii) a que considera ser dever da Administração Pública (do Estado) – em razão do princípio da dignidade da pessoa humana – prover tratamentos médicos não previstos pelo Sistema Único de Saúde e (iii) a que declara a inconstitucionalidade de uma lei antitabagista.

Na primeira situação, o juiz torna concreta a vontade da lei, declarando a incidência da legislação ambiental no caso em julgamento. No segundo caso, o juiz interfere em políticas públicas e cria direitos para além do que disposto expressamente na legislação, impondo ao Administrador obrigação que, sem o provimento judicial, não teria ele autonomia para reconhecer por si só. No terceiro caso, o juiz afasta do ordenamento jurídico uma lei editada pelo Congresso Nacional, por meio de controle de constitucionalidade.

Pode o juiz agir nas três situações? Estão essas decisões sujeitas aos mesmos critérios de legitimidade? A força da lei atua com a mesma intensidade em todos os casos?

Igualmente, é lugar-comum a afirmação de que o direito embute valores, na medida em que põe em evidência a compreensão do que seja certo ou errado. É possível identificar, no entanto, diferentes nuances (i) na decisão que reproduz a interpretação corrente a respeito de uma lei para aplicar uma multa por excesso de velocidade, (ii) na decisão que determina a apreensão de mercadorias por considerar que há risco para a saúde e (iii) na decisão que considera constitucional ou inconstitucional a lei que impede cidadãos com processo judicial penal em curso de concorrerem às eleições.

No primeiro caso, a decisão não problematiza os valores que animam essa legislação e essa interpretação, acatando aquilo que foi posto. No segundo, o intérprete é chamado a fazer um exercício de ponderação, avaliando meios e considerando os fins almejados pela norma. O terceiro caso representa uma situação em que o intérprete aplica uma sanção contra a norma, em vista de sua desconformidade com parâmetros constitucionais.

Os valores operam da mesma forma nas três situações? Quais as circunstâncias que fazem legítimas a atuação judicial em cada caso? Qual o valor da lei em cada uma delas?

Todos esses matizes que o fenômeno jurídico suscita dificultam a compreensão da regular atuação do Administrador, do Legislador e do Judiciário na concretização do direito, bem como do papel que a lei opera na prática judiciária.

Por tudo isso, é necessário o esforço de desvendar como se desenvolve a prática do direito no sentido de perceber o funcionamento do discurso jurídico em distintas situações, à luz da política e da moral, no âmbito do Estado e da sociedade civil.

Nesse esforço, não basta identificar o que é jurídico (e o que pode ser objeto da decisão jurídica). É necessário saber como o fenômeno jurídico age perante cada Poder e perante o cidadão, e como cada um deles deve agir juridicamente. Impõe-se, ainda, saber em que circunstâncias (com base em que argumentos) determinadas decisões jurídicas podem ser tomadas por esses sujeitos.

Tudo isso deve levar em conta o papel da lei, concebida no Estado de Direito para ser o veículo por excelência de realização do Direito (concretizando a vontade das normas constitucionais, balizando a atuação do juiz e do administrador público, conferindo segurança para a atuação dos cidadãos).

Lançar luzes sobre isso é o propósito desta seção, a qual, inicialmente, colocará em evidência o desconcertante fenômeno da ausência de lei, que conduz o intérprete a falar ora em silêncio eloquente, ora em lacuna da lei. A partir daí, para superar esse dilema e valendo-se dos estudos contemporâneos da teoria do direito, busca-se entender o direito de uma forma mais ampla (que fuja do idealismo de pensá-lo fora do mundo e do realismo de diluí-lo na política, na moral ou na economia), em conformidade com a prática corrente, presente na retórica dos advogados, na decisão dos juízes e na doutrina dos juristas.

Assumindo que a compreensão e a existência do direito passam pela norma, pelo intérprete e pela prática social em que se desenvolve, talvez seja possível enriquecer o entendimento sobre a função do direito e da lei, bem como dos órgãos incumbidos de dar-lhes tratamento, no funcionamento regular do Estado Democrático de Direito, cuja legitimidade para o exercício do poder governamental exige a lei (a evidenciar a separação entre as instâncias política e jurídica), mas não se encerra nela.

1 O FENÔMENO DA AUSÊNCIA DE LEI: ENTRE A LACUNA DO DIREITO E O SILÊNCIO ELOQUENTE DO LEGISLADOR

1.1 Introdução

Permanece, hoje, como tormentoso problema na interpretação do direito, a **compreensão** do que seja a ausência de lei e a postura que o aplicador da norma deve adotar diante dela.

Em dadas circunstâncias, a ausência de lei é encarada como omissão legislativa ou lacuna, o que dá uma conotação negativa ao fenômeno, que passa a ser visto como um espaço vazio, que deveria ter sido preenchido. Em outros momentos, essa mesma realidade é vista como uma deliberada falta de atividade legislativa, que deve ser respeitada e observada no momento da interpretação.

Considerando a natureza patológica que decorre da primeira leitura, após o diagnóstico da *doença* (e, nessa identificação, já se observa a nítida orientação do juiz de superar a aparente situação de anomia), o juiz costuma valer-se de métodos de integração normativa (a partir do postulado de que o ordenamento jurídico não admite lacunas) para preencher vazios normativos³.

Na segunda situação, que traz em si uma visão de normalidade institucional do fenômeno, a falta de norma específica a regular determinada conduta é vista como

³ Confira-se, a respeito, o clássico magistério de Eduardo Espinola e Eduardo Espinola Filho: “Sem que caiba, aqui, ilustrar o respectivo conceito filosófico, insistiremos na afirmação de que, operando indução e dedução, a analogia, porque serve para o preenchimento das lacunas da ordem jurídica positiva, e não para esclarecer o sentido e conteúdo das normas jurídicas, colhendo estas como a interpretação propriamente dita as desvendou, é um expediente de integração da ordem jurídica, que se enquadra na esfera da aplicação do direito, e não da sua interpretação. De feito, considerada, numa noção geral, a analogia como a aplicação de uma regra de direito, reguladora de certas e determinadas relações, a outras relações, que têm afinidade ou semelhança com aquelas, mas para as quais não está ela estabelecida, pode-se repetir que esse processo tem por fundamento a identidade da *ratio legis*, inspirando-se no princípio que, onde existe a mesma razão de decidir, deve-se aplicar o mesmo dispositivo de lei – *ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio* (...). Procurando conhecer o campo em que a analogia tem possibilidade de atuar, pode afirmar-se que, a não ser em direito penal, comportam aplicação analógica as leis que, nos outros ramos do direito, não encerram prescrições de direito excepcional, não estabeleçam privilégios, nem restringem direitos ou limitam a liberdade individual; também é proscrito o emprego da analogia para a matéria de finanças, as leis instituidoras de impostos, taxas, multas e outros ônus fiscais, regulando, apenas, os casos de que tratam.” (ESPINOLA, 1999, p. 104-105) De acordo com os autores, apenas o elemento teleológico da norma pode orientar a utilização da analogia. (ESPINOLA, 1999, p. 109)

indicativa de que algum outro preceito geral deve pautar a interpretação, como por exemplo, o da liberdade (do direito privado) ou da legalidade (do direito público)⁴.

Essa diferença de enfrentamento do problema não está, evidentemente, na alçada do legislador. Não obstante a intenção de que a lei seja a fonte por excelência do direito, não é o Legislativo que tem condições de definir, a priori, se a aparente ausência de lei específica para regular determinado caso deve ser resolvida: i) à luz do espírito da legislação que criou, ampliando o sentido do texto editado para uma situação concreta que aparentemente nele não está contida; ou ii) a partir do entendimento de que houve um silêncio eloquente, o qual dá sentido a outro postulado que emerge da falta da norma (o da liberdade, para o direito privado, o da legalidade, para o direito público).

Em verdade, o problema da ausência de lei é uma questão de interpretação do direito, mas que surge com toda sua intensidade no momento de aplicação da norma, quando se busca encontrar no sistema normativo a solução juridicamente correta para o caso^{5 6}.

⁴ Larenz, ao distinguir a lacuna da lei do silêncio do legislador, pondera: “Mas existe também um ‘silêncio eloquente’ da lei. A modo de exemplo, o facto de não conter qualquer disposição sobre a propriedade da casa de morada (no sentido actual), não foi uma lacuna do Código Civil na sua formulação originária. É que o legislador do BGB não quis admitir um tal direito real especial sobre uma casa ou uma parte do edifício, que, em princípio lhe não era desconhecido, por razões da disposição das relações jurídicas sobre bens imóveis e, por isso, intencionalmente, não incluiu na lei disposições a esse respeito. Foi necessário por esse motivo uma lei própria, pela qual foram modificadas algumas das regras do Código Civil, para introduzir a propriedade da casa de morada como instituto jurídico na ordem jurídica vigente. A nova criação ou reintrodução deste instituto na nossa ordem jurídica pela via do desenvolvimento judicial do Direito não teria sido admissível porque a lei, precisamente neste aspecto, não continha ‘lacunas’ (...). ‘Lacuna’ e ‘silêncio da lei’ não são, portanto, pura e simplesmente o mesmo.” (1997, p. 525)

⁵ Para Larenz, a diferença entre lacuna e silêncio da lei é percebida a partir da aferição da intenção reguladora da lei: “Se existe ou não uma tal lacuna, há de aferir-se do ponto de vista da própria lei, da intenção reguladora que lhe serve de base, dos fins com ela prosseguidos e do ‘plano’ legislativo. Uma lacuna da lei é uma ‘interpretação contrária ao plano’ da lei. O plano regulador que serve de base à lei há-de inferir-se dela mesma pela via da interpretação histórica e teleológica. Aqui se põe novamente a claro a razão pela qual a ausência de disposições sobre a propriedade da casa de morada não representa uma lacuna do Código Civil: no plano, na intenção reguladora do legislador, estava o não admitir um tal instituto. Esta decisão (negativa) do legislador revelou-se ser errada logo após a segunda Guerra Mundial, por razões político-económicas e político-sociais. Porém, visto que não se tratava de uma imperfeição ‘contrária ao plano’ da lei, mas de uma falha de política legislativa, a jurisprudência dos tribunais não era chamada aqui a completar a lei.” (1997, p. 530)

⁶ Sob uma perspectiva atual da hermenêutica (já sob a influência do giro linguístico), pertinentes são as observações de Castanheira Neves acerca dos desafios na atividade interpretativa. Segundo o autor (2003, p. 344), a interpretação jurídica é um problema basicamente normativo: não se trata de compreender o texto normativo, mas de definir o sentido normativamente adequado do preceito, seja em referência ao ordenamento jurídico, seja em referência ao problema jurídico do caso concreto, havendo uma inescapável dialética nesse processo de aplicação da norma. Assim, ainda na linha de Castanheira Neves, observa-se que o desafio da interpretação jurídica, que está situado na problemática da aplicação da norma para a realização do direito, é duplo: primeiro, encontrar, no juízo decisório, uma solução normativamente adequada ao caso jurídico concreto (o centro metodológico de referência, nessa perspectiva, não está na norma, mas no juízo, que convoca as possibilidades normativas do preceito); segundo, verificar se a solução se mostra harmônica com o sistema jurídico (sem o que a realização do direito poderia ser reduzida a um casuísmo, com a busca de simples adequação da norma ao problema)

Neste capítulo, pretende-se explicitar essa realidade, evidenciando-se a complexidade inerente ao processo de aplicação do direito – que se inicia com a elaboração da lei⁷ e se perpetua até a sua aplicação ao caso concreto⁸.

Para tanto, com a intenção de fugir da abstração no tratamento do tema, a questão em debate será abordada a partir da análise de caso concreto, a fim de demonstrar-se a insuficiência da dogmática tradicional para aferir se a falta de determinada norma específica para regular certa conduta deva ser vista como situação de lacuna legislativa ou silêncio eloquente do legislador. Será colocada em dúvida a própria solidez teórica da compreensão clássica de lacuna do direito (e de sua operacionalização pelo juiz).

Constatada essa realidade, de notória perplexidade (se vista sob a perspectiva clássica de interpretação/aplicação do direito), procurar-se-á compreender teoricamente esse desconcertante fenômeno, que aparentemente nos remete à renúncia à racionalidade no processo de interpretação e aplicação do direito⁹.

1.2 Análise de caso: a interpretação literal de norma de isenção tributária (art. 111, inciso II, do CTN)

Para bem ilustrar as duas situações já enunciadas (lacuna do direito e silêncio eloquente do legislador) e as dificuldades que elas trazem para o aplicador do direito e para a comunidade perante a qual deve ele se legitimar, vale cotejar dois precedentes judiciais lavrados para o mesmo caso por órgãos distintos (Tribunal de Justiça do Estado

⁷ E, aqui, temos diversos momentos, como o da identificação de um problema a ser suprido por meio de lei (tendo em vista diversas motivações políticas), o da elaboração do projeto, as discussões e negociações nas Comissões e no Plenário e a votação propriamente dita, bem como o veto/sanção. Tudo isso, denominado como Processo Legislativo.

⁸ Aqui, também, temos diversos momentos: a compreensão e o uso que cada cidadão faz do texto editado, as divergências que daí surgem, a definição da correta interpretação da lide pelo Judiciário, no curso do processo judicial, o impacto do precedente judicial no Judiciário e fora dele.

⁹ Com acentua José de Oliveira Ascensão (1999, p.191-192), segurança e justiça estão intimamente relacionadas à ordem jurídica. E segurança se relaciona à ideia de previsibilidade, que se contrapõe à arbitrariedade. A pretensão de uma ordem jurídica justa, dessa forma, passa necessariamente por afastar a sujeição à arbitrariedade na definição das regras pelo Poder.

do Rio Grande do Sul e Superior Tribunal de Justiça¹⁰), que versam sobre matéria tributária, especificamente isenção tributária¹¹.

O cerne da discussão está em saber se determinada lei estadual que concedia isenção tributária de IPVA aos proprietários de ônibus alcançaria também micro-ônibus. Trata-se do art. 4º da Lei n.º 8.115/85, do Estado do Rio Grande do Sul, que possui a seguinte redação:

Art. 4º - São isentos do imposto:

(...)

VII - os proprietários de veículos automotores de uso terrestre, em relação:

(...)

b) aos ônibus empregados em transporte coletivo de pessoas:

1 - em linhas urbanas ou suburbanas;

2 - em linhas entre municípios de uma mesma região metropolitana estabelecida em lei federal;

3 - em linhas que, por abranger área constituída por 2(dois) ou mais municípios, apresenta características de transporte urbano ou suburbano;

c) os microônibus empregados no transporte coletivo de passageiros (táxi-lotação), em linha urbana, desde que permissionárias dessa atividade; (grifo nosso)

Como se vê, a aludida norma contemplou especificamente o micro-ônibus com a isenção quando utilizado como táxi-lotação para transporte coletivo de passageiros em linha urbana (alínea “c”). Para os ônibus, todavia, estabeleceu isenção mais ampla.

Na origem, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul entendeu que a isenção se aplicaria a toda espécie de ônibus, inclusive o micro-ônibus, tendo em vista a intenção da norma de estimular o transporte coletivo de passageiros. Eis a ementa do acórdão lavrado pelo Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO TRIBUTÁRIO E FISCAL. MANDADO DE SEGURANÇA. IPVA. ISENÇÃO.

‘A regra do art. 4º, inciso VII, alínea b, da Lei Estadual n.º 8.115/85, a qual concedeu a isenção do pagamento de IPVA aos ônibus, visou ao estímulo do transporte coletivo de passageiros. No caso dos autos, os veículos (microônibus) adquiridos pela empresa são utilizados na

¹⁰ No STJ, o processo foi autuado como RESP 953.130.

¹¹ A doutrina conceitua isenção tributária como “a exclusão, por lei, de parcela de hipótese de incidência, ou suporte fático da norma de tributação, sendo objeto da isenção a parcela que a lei retira dos fatos que realizam a hipótese de incidência da regra de tributação” (1998, p. 153). Sendo assim, “(...) as leis isentivas sempre prevêem [ou, melhor dizendo, enunciam] hipóteses em que a tributação ocorreria, caso elas não existissem” (CARRAZZA, 1998, p. 503). Incide, sobre essa espécie de *favor concedido por lei* (como diziam antigos tributaristas), as restrições do art. 111, *caput* e inciso II do Código Tributário Nacional, segundo o qual “interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre (...) outorga de isenção”.

prestação desse serviço público, pelo que se impõe o reconhecimento da isenção' (AC n. 70006809115, Rel. Dr. Túlio de Oliveira Martins).

Ao confrontar-se com a regra interpretativa restritiva imposta pelo Código Tributário Nacional, entendeu o Relator, Des. Luiz Felipe Silveira Delfini, que, “do art. 111, inc. II, do CTN, ‘resulta somente uma proibição à analogia, e não uma impossibilidade de interpretação mais ampla’, sob pena de não se apreender o verdadeiro conteúdo da norma.”

Divergindo desse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça, dando provimento ao Recurso Especial do Estado do Rio Grande do Sul, estabeleceu que a norma de isenção de IPVA para ônibus não se aplicaria para micro-ônibus. Eis a ementa do acórdão:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - IPVA - ISENÇÃO - INTERPRETAÇÃO LITERAL - AGRAVO REGIMENTAL.

1. As isenções, diante da inteligência do art. 111, II, do CTN devem ser interpretadas literalmente, ou seja restritivamente, pois sempre implicam renúncia de receita.

2. *In casu*, a isenção é concedida a ônibus e não a microônibus, de tal sorte que não pode o intérprete/aplicador da lei estendê-la, diante da exegese literal da isenção (...). (AgRg no REsp 953130/RS, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, DJe 26/03/2008)

Em seu voto, o Relator enfatizou que “as isenções, diante da inteligência do art. 111, II, do CTN, devem ser interpretadas literalmente, ou seja, restritivamente, **pois sempre implicam renúncia de receita.**” (grifo nosso)

De um lado, a interpretação do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que conferiu à isenção da Lei estadual n.º 8.115/85 a intenção de estimular o sistema de transporte público (em detrimento da arrecadação do tributo). De outro, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que privilegia a natureza de receita pública do tributo para repelir interpretações que impliquem sua renúncia.

Nenhum dos Tribunais se furtou de fazer a interpretação da lei estadual de isenção à luz do art. 111, inciso II, do CTN (que estabelece a necessidade de a interpretação de leis de isenção ser literal).

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul considerou que a interpretação literal veda processos de suprimento de lacunas por meio da analogia (trata-se da clássica distinção entre interpretação e integração legislativa, contemplada,

por exemplo, na Lei de Introdução ao Código Civil), mas não impede a leitura sistemática da norma, atenta à finalidade para a qual a isenção foi estabelecida.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, pontuou que a interpretação literal da isenção é aquela que impede qualquer expansão do texto para outras hipóteses que levariam à ampliação da perda de receita (uma leitura descontextualizada da norma).

Vale destacar que a *ratio decidendi* do caso apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça não é seguida pelo Tribunal em casos análogos. Esse raciocínio, aliás, é também utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça, com certa regularidade, para afastar os *rigores* da interpretação literal da norma de isenção tributária.

Apenas para ilustrar, pode-se citar precedente, igualmente de relatoria do Min. Humberto Martins, no qual o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a norma que concede isenção de Imposto de Renda para o portador de câncer também contém previsão de isenção para aquele que teve o câncer curado. Veja a ementa do interessante julgado:

TRIBUTÁRIO – AÇÃO MANDAMENTAL – IMPOSTO DE RENDA INCIDENTE SOBRE PROVENTOS DE APOSENTADORIA – NEOPLASIA MALIGNA – LEI N. 7.713/88 – DECRETO N. 3.000/99 – NÃO-INCIDÊNCIA – PROVA VÁLIDA E PRÉ-CONSTITUÍDA – EXISTÊNCIA – CONTEMPORANEIDADE DOS SINTOMAS – DESNECESSIDADE – MANUTENÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO – PRECEDENTES.

1. Cinge-se a controvérsia na prescindibilidade ou não da contemporaneidade dos sintomas de neoplasia maligna, para que servidor o público aposentado, submetido à cirurgia para retirada da lesão cancerígena, continue fazendo jus ao benefício isencional do imposto de renda, previsto no artigo 6º, inciso XIV, da Lei n. 7.713/88.

2. Quanto à alegada contrariedade ao disposto no artigo 267, inciso VI, do CPC, por ausência de prova pré-constituída, não prospera a pretensão; porquanto, o Tribunal de origem, como soberano das circunstâncias fáticas e probatórias da causa, confirmou a decisão recorrida e entendeu estar presente documento hábil para comprovar a moléstia do impetrante. Pensar de modo diverso demandaria o reexame de todo o contexto fático-probatório dos autos, o que é defeso a esta Corte em vista do óbice da Súmula 7/STJ.

3. O mesmo argumento utilizado pela Corte de origem tem a virtude de afastar a alegação de violação dos artigos 30, *caput* e § 1º da Lei n. 9.250/95 e 39, § 4º, do Regulamento do Imposto de Renda, a saber: o Decreto n. 3.000/99, feita pelo recorrente.

4. Ainda que se alegue que a lesão foi retirada e que o paciente não apresenta sinais de persistência ou recidiva a doença, o entendimento dominante nesta Corte é no sentido de que a isenção do imposto de renda, em favor dos inativos portadores de moléstia grave, tem como objetivo diminuir o sacrifício do aposentado, aliviando os encargos

financeiros relativos ao acompanhamento médico e medicações ministradas. Precedente: REsp 734.541/SP, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 2.2.2006, DJ 20.2.2006.

5. O art. 111 do CTN, que prescreve a interpretação literal da norma, não pode levar o aplicador do direito à absurda conclusão de que esteja ele impedido, no seu mister de apreciar e aplicar as normas de direito, de valer-se de uma equilibrada ponderação dos elementos lógico-sistemático, histórico e finalístico ou teleológico, os quais integram a moderna metodologia de interpretação das normas jurídicas. (REsp 192.531/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 17.2.2005, DJ 16.5.2005.) Recurso especial improvido. (REsp 967693/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, 2ª Turma, DJ 18/09/2007).

A evidenciar a inexistência de padrão decisório sobre a matéria, menciona-se, por fim, decisão da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de dar interpretação teleológica à norma de isenção (reformando entendimento do Tribunal de origem que fazia leitura “restritiva”, noticiada no Informativo n.º 464 do STJ (de 21 a 25 de fevereiro de 2011):

ISENÇÃO TRIBUTÁRIA. MÁQUINA IMPORTADA. COMPONENTES INDISPENSÁVEIS. AQUISIÇÃO.

Na hipótese dos autos, a demandante realizou a importação de maquinário beneficiado pela alíquota zero do Imposto de Importação (II) e pela isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI). Entretanto, para o perfeito funcionamento do equipamento importado, foi necessária a aquisição de peças integrativas (jogos de ferramentas para garrafas de dois litros). O Fisco Federal, ao proceder à revisão da declaração de importação pertinente, entendeu indevida a inclusão dos componentes adquiridos, por considerar que eles não integravam a descrição da mercadoria beneficiada com a redução tarifária. Todavia, o juízo singular compreendeu que a isenção tributária deveria alcançar também os jogos de ferramentas adquiridos, mas o tribunal *a quo* reformou a sentença sob o entendimento, entre outras questões, de que a decisão estaria dando interpretação extensiva à norma de isenção, o que ofenderia o art. 111, II, do CTN. Portanto, a controvérsia nos autos está na interpretação a ser conferida à norma de isenção do IPI prevista no art. 1º, *caput*, da Lei n. 8.191/1991. Conforme destacou o Min. Relator, sendo as ferramentas importadas peças indispensáveis ao funcionamento da máquina, elas não podem ser desmembradas para efeito do tratamento fiscal conferido pela aludida legislação. Ademais, visto que a demandante pretendeu adquirir uma máquina completa que se prestasse a suas finalidades próprias, sem o seu pleno funcionamento, torna-se inútil o equipamento e sem sentido a importação. Assim, concluiu que o reconhecimento da aplicação da isenção fiscal também em relação às ferramentas adquiridas não significa estender o benefício a situações não previstas pelo legislador, mas sim conferir a ele sua exata dimensão. Com esse entendimento, a Turma deu provimento ao recurso. REsp 841.330-CE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 22/2/2011.”

Como bem pondera Dworkin acerca das divergências teóricas a respeito do direito (2003, p. 5-38), não se pode reduzir o problema apresentado à perspectiva de que um dos Tribunais cometeu uma heresia jurídica ou estaria de má-fé em relação à compreensão de como se deve fazer a interpretação literal da regra que confere isenção tributária.

Essa visão simplista do processo interpretativo, conquanto possa oferecer alguma paz de espírito para a alma que busca certezas no Estado de Direito, não se sustenta, se feita a partir de uma visão crítica da prática forense, na qual se observa que, todos os dias, os Tribunais divergem entre si ao julgarem a mesma questão jurídica, com base nos mesmos fatos. Nos Tribunais, os órgãos fracionários vivenciam as mesmas agruras. Nas sessões, os magistrados digladiam-se na fixação da melhor solução para o caso concreto.

A divergência no seio do Direito, portanto, não deve ser reduzida a uma questão de conhecimento jurídico do intérprete ou à sua integridade moral ou à leitura dos fatos, alcançando, sim, a compreensão do que seja o direito posto. Esse é o ponto de partida que deve ser aceito em qualquer abordagem que pretenda para dar sentido à aplicação do direito numa comunidade real e atual.

1.3 Entre a lacuna e o silêncio eloquente da lei: uma questão de mera vontade?

Inserido no projeto moderno¹² (que, advirta-se, migrou de uma concepção absoluta de razão – que pretendia alcançar a Verdade – para uma meramente instrumental – que se contenta com o rigor científico) e ciente de que a produção do conhecimento exigia a conjugação da razão com a experiência (CARVALHO NETTO, 1992, p. 213-215), Kelsen, após definir os conceitos apriorísticos de sua ciência, enfrentou o problema da fixação do sentido da norma, na interpretação do Direito.

Tal como defendido por Kelsen, a determinação do conteúdo de uma sentença (norma inferior) a partir de uma lei (norma superior) nunca está completamente contida na norma superior. Isso porque

¹² Na Idade Moderna, período histórico que se inicia a partir do Séc. XVII, floresceu o Iluminismo, linha filosófica caracterizada pelo empenho em estender a razão – faculdade própria do homem que lhe serve de orientação nos espaços passíveis de investigação ou indagação – como crítica a todos os campos da experiência humana. Tal como discorre Abbagnano (2003, p. 535), o Iluminismo compreende três compromissos distintos e conexos: “1º extensão da crítica a toda e qualquer crença e conhecimento, sem exceção; 2º realização de um conhecimento que, por estar aberto à crítica, inclua e organize os instrumentos para sua própria correção; 3º uso efetivo, em todos os campos, do conhecimento assim atingido, com o fim de melhorar a vida privada e social dos homens.”

a norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. Mesmo uma ordem a mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer. Se o órgão A emite um comando para que o órgão B prenda o súdito C, o órgão B tem de decidir, segundo o seu próprio critério, quando, onde e como realizará a ordem de prisão, decisões essas que dependem de circunstâncias externas que o órgão emissor do comando não previu e, em grande parte, nem sequer podia prever. (KELSEN, 2006, p. 388)

Há, portanto, sempre uma indeterminação do ato de aplicação do Direito, que foge ao controle da norma que deve ser aplicada.

Para Kelsen, esse é o limite cognitivo do direito: fixação da moldura de interpretações possíveis da norma, dentro da qual qualquer solução adotada tem igual valor¹³.

Kelsen desqualifica a possibilidade de, por meio da interpretação, alcançar-se apenas um resultado correto¹⁴. Na verdade, na perspectiva do autor, segue-se ao ato de interpretar (ato cognitivo, racional) o ato de vontade de escolher uma das soluções possíveis¹⁵.

¹³ “Se por ‘interpretação’ se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem.” (KELSEN, 2006, p. 390)

¹⁴ “A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas uma única solução correta (ajustada) (...). Só que, do ponto de vista orientado para o Direito positivo, não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do Direito a aplicar possa ser preferida à outra.” (KELSEN, 2006, p. 391)

¹⁵ “na aplicação do Direito, por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva (...). Através deste ato de vontade se distingue a interpretação jurídica feita pelo órgão aplicador do Direito de toda e qualquer outra interpretação, especialmente da interpretação levada a cabo pela ciência jurídica. A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica.” (KELSEN, 2006, p. 394).

É posta em descrédito, portanto, a metodologia positivista do século XIX, que chegara ao limite de prenciar o fim da interpretação ou de cingi-la ao processo lógico-subsuntivo¹⁶.

É dentro dessa moldura de possíveis interpretações que Kelsen coloca o problema da lacuna da lei.

Já na primeira edição da “Teoria Pura do Direito”, de 1934, Kelsen traz desconcertante explicitação do significado de *lacuna da lei*: é apenas a conclusão do juiz (aplicador do direito) de que a solução decorrente da aplicação das leis existentes é **impraticável** (presumindo, daí, que o legislador não havia considerado aquele caso ao elaborar a lei), o que lhe conduz à conclusão da existência de lacuna, a demandar-lhe a fixação de uma nova norma (fazendo, por exemplo, valer a faculdade que lhe outorga o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil¹⁷) (CARVALHO NETTO¹⁸, 1997).

Eis a explicação contida na 1ª edição alemã da Teoria Pura do Direito de Kelsen:

O legislador pode – e na verdade ele o faz – estabelecer provimentos que tratem de casos para os quais nenhuma decisão pode ser derivada da lei, provimentos como o art. 7º do Código Civil austríaco e o art. 1º do Código Civil suíço.

Se, como neste último, a lei instrui o juiz, no caso de haver uma ‘lacuna’, a decidir qual legislador, isso equivale a autorizar o juiz, nos casos em que este considerar a aplicação da lei inaceitável, a decidir de acordo com seu próprio discernimento, em vez de o fazer com base na lei.

(...) Ele [o juiz] é levado a acreditar que deve se abster de aplicar a lei somente naqueles casos nos quais ela própria impossibilita essa aplicação (...). É a intenção do legislador que esta fórmula, deliberadamente falsa ou não, possa encorajar a autoridade aplicadora da lei a fazer apenas o mínimo uso da liberdade que lhe é concedida, e não aplicar a lei num caso concreto. Para a autoridade que aplica a lei, somente a maior divergência entre a lei e seu próprio senso de lei parecerá ser uma lacuna real, isto é, um caso em que o próprio legislador não desejou regulamentar e que a lei, consequentemente, não regulamenta (...).

A fórmula das chamadas ‘lacunas da lei’ é tipicamente ideológica, descrevendo a aplicação de uma lei num caso concreto como

¹⁶ Como esclarece Arthur Kaufmann: “No decurso do século XIX desenvolveu-se também a metodologia positivista originária de Savigny, de acordo com a qual o juiz apenas tem de ‘subsumir’, isto é, articular duas grandezas objectivas, a lei e o caso, devendo ele próprio manter-se totalmente à margem de tal processo. Eis o conceito objectivista do conhecimento na sua máxima pureza. O pressuposto lógico da proibição de criação judicial do direito foi o dogma da ausência de lacunas na ordem jurídica. De facto, foram no século XIX promulgadas proibições de interpretação.” (KAUFMANN, 2007, p. 45)

¹⁷ “Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.”

¹⁸ O texto de Menelick de Carvalho Netto traz a tradução do Capítulo da Interpretação das Leis da Teoria Pura do Direito da 1ª ed., de 1934, que sofreu grandes alterações na 2ª ed. alemã (a qual serviu de base para a tradução portuguesa da Teoria Pura do Direito, feita pela Editora Martins Fontes, aqui também utilizada).

logicamente impossível sob o Direito, enquanto - julgado de acordo com o discernimento da autoridade aplicadora da lei - ele pode simplesmente ser impraticável em termos de política jurídica. (CARVALHO NETTO, 1997)

Como sentencia Arthur Kaufmann, a questão das lacunas (posta na dogmática jurídica do século XIX, é apenas “uma insuficiência lógica do positivismo científico” de então (2007, p. 45).

O juiz estaria livre, enfim, para adotar qualquer escolha – sobre a existência ou não de lacuna. Dessa forma, não teria como se valer de atividade cognitiva (racional, portanto) para definir a solução correta. Tudo estaria resumido na atividade volitiva (arbitrária) do aplicador do direito.

Chega-se à conclusão de que a razão não tem aptidão para gerar respostas prontas e acabadas, que serão seguidas voluntariamente pelo juiz e pela comunidade jurídica.

A teoria do Direito, para Kelsen, poderia apenas ser uma explicação do sistema jurídico *ex post facto*, não tendo nenhuma pretensão de orientar a prática do Direito. De fato, a moldura interpretativa do direito dada por sua teoria da interpretação estaria orientada à compreensão racional do direito em relação ao passado e não à orientação do agir jurídico para o futuro (MICHELON, 2010, p. 4-5).

Considerando a crítica de Kelsen, a prática do direito (totalmente apartada da ciência do Direito¹⁹) estaria fadada ao decisionismo²⁰.

Sendo assim, a questão de saber se o proprietário de micro-ônibus pode se beneficiar da isenção de IPVA conferida ao ônibus estaria submetida ao arbítrio do juiz

¹⁹ Em razão dos postulados da pureza e da neutralidade da ciência (esse era o paradigma da época), a ciência do direito teve de ser formulada apenas como atividade cognitiva. Em nome desses ideais, Kelsen apartou a ciência do direito da vivência do direito (a prática jurídica), sacrificando toda a possibilidade de a ciência do direito contribuir para a regulação da vida social (na busca da felicidade individual e social, que também era um compromisso iluminista).

²⁰ Em 1934, Kelsen ainda tinha a crença de que o intérprete autêntico deveria escolher dentro da moldura fixada pela interpretação científica. Em 1960, ao editar a segunda edição da Teoria Pura do Direito, deparou-se com a penosa constatação de que não havia como impor ao intérprete autêntico qualquer moldura de interpretação. Na 2ª edição alemã, o triste epítome do Direito (Direito é apenas a manifestação da vontade do intérprete autêntico) é feito sem rodeios. Afirma o autor, textualmente, que o intérprete autêntico não tem como ser vinculado nem sequer à moldura fixada pela à interpretação científica do direito, podendo adotar qualquer escolha, mesmo que seja absurda e fora da moldura (criando direito novo *ab ovo*). *In verbis*: “A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa. (...) É fato bem conhecido que, pela via de uma interpretação autêntica deste tipo, é muitas vezes criado Direito novo – especialmente pelos tribunais de última instância.” (KELSEN, 2006, p. 394-395)

(no caso, o Superior Tribunal de Justiça, que tem a competência de decidir por último, reformando o entendimento das duas instâncias ordinárias).

O pior, no entanto, é concluir que a promessa da lei como garantia contra arbítrios mostra-se vazia, pois o cidadão sempre estará sujeito ao risco de o intérprete autêntico decidir (como ato volitivo) que sua conduta (a do cidadão) não se balizou na correta interpretação da lei²¹.

Dessa forma, pensar a interpretação da lei e o suprimento de lacunas à luz da dogmática tradicional não conduz à certeza de que o juiz é governado pela lei (competindo-lhe apenas fazer o processo subsuntivo).

Em verdade, respondendo às perguntas que encabeçam o título desta seção, essa forma de pensar e aplicar o direito (essa linguagem dos direitos) leva à inafastável arbitrariedade no julgamento (decisionismo) e à demonstração dos limites de uma visão de direito (que buscou superar a complexidade que decorre da tensão entre político \times direito/ geral \times individual / abstrato \times concreto, por meio da letra fria da lei, ocultando essas tensões do aplicador do direito).

1.4. Conclusão

A compreensão clássica sobre o fenômeno da ausência da lei é inadequada e insuficiente. Evidencia “uma insuficiência lógica do positivismo científico” (KAUFMANN, 2007, p. 45), que camufla uma questão de “política jurídica” (na expressão de Kelsen). Isso porque as técnicas clássicas não conseguem orientar o intérprete a caminhar entre o “silêncio eloquente” e a “lacuna da lei”, abandonando-o diante do puro arbítrio.

Apropriando-se das conclusões de Kelsen (acerca da impossibilidade de: i) fixar-se a correta aplicação da lei a partir de critérios exclusivamente cognitivos; e ii) vincular-se o intérprete autêntico), cumpre afastar-se de concepções que segregam a ciência da vivência, o sujeito do conhecimento de seu objeto, a discussão sobre o que é o

²¹ Esse risco foi antevisto por Kelsen, que escreveu: “Se um indivíduo quer observar uma norma que regula a sua conduta (...), esse indivíduo, quando tal conduta não se encontra univocamente determinada na norma que tem de observar, também tem de realizar uma escolha entre diferentes possibilidades. Porém, esta escolha não é autêntica. Ela não é vinculante para o órgão que aplica essa norma jurídica e, por isso, corre sempre o risco de ser considerada como errônea por este órgão, por forma a ser julgada como delito a conduta do indivíduo que nela se baseou.” (KELSEN, 2006, p. 395)

direito (filosofia do direito) daquela acerca de como se conhece o direito (metodologia do direito)^{22 23}.

O desafio é, pois, resgatar a função regulativa da lei, que define, em última instância, a possibilidade de se falar da legitimidade no exercício do poder no Estado de Direito, nas relações entre direito e política, que se fazem sentir desde a concepção da lei até a sua aplicação pelo juiz.

²² Acerca da interpenetração entre filosofia do direito e metodologia do direito, Arthur Kaufman faz a seguinte ponderação: “Pensou-se durante muito tempo, e por vezes ainda se pensa, que a pergunta sobre ‘o que’ é a justiça e a questão de ‘como’ se conhece a justiça podiam ser tratadas e respondidas completamente independentes uma da outra (...). No conhecimento não entra o sujeito do conhecimento. Em conformidade, ensinam-se e escrevem-se até hoje ‘filosofia do direito’, por um lado, e ‘metodologias’, por outro lado, que ficam, quase sem ligação, à margem uma das outras. O esquema sujeito/objecto da teoria do conhecimento pertence ao passado, mesmo nas ciências explicativas da natureza, mas mais ainda nas ciências hermenêuticas da compreensão. Por isso, se têm imposto cada vez mais nos últimos tempos as teorias processuais da justiça, que concebem o ‘direito justo’ como um produto do processo de determinação do direito (...)” (KAUFMANN, 2007, p. 14).

²³ Essa separação entre “o que é justiça”, vista como discussão meramente metafísica alheia ao Direito, e a discussão sobre o conhecimento do Direito foi assumida explicitamente por Kelsen. Leia-se, a propósito, o seguinte fragmento do Prefácio à segunda edição da Teoria Pura do Direito (de 1960): “Sob esse aspecto [situação científica e política em que apareceu a Teoria Pura do Direito], as coisas não se modificaram muito depois da Segunda Guerra Mundial e das convulsões políticas que dela resultaram. Agora, como antes, uma ciência jurídica objetiva que se limita a descrever o seu objeto esbarra com a pertinaz oposição de todos aqueles que, desprezando os limites entre ciência e política, prescrevem ao Direito, em nome daquela, um determinado conteúdo (...)” (KELSEN, 2006, p. XVIII).

2 REPENSANDO A FUNÇÃO DA LEI NO ESTADO DE DIREITO: ENTRE A POLÍTICA, A MORAL E O DIREITO ²⁴

2.1 Introdução

Com Ronald Dworkin, pode-se afirmar que “vivemos no direito e segundo o direito”. Mas esse império do Direito convive com a sensação de que ele não tem consistência, ante a mudez, a obscuridade e a ambiguidade dos textos jurídicos (DWORKIN, 2003, prefácio).

De forma paradoxal, ao tempo em que se identificam inúmeras zonas de penumbra (sobre o que é certo e seguro), o direito fornece uma pauta de conduta e orientação para as pessoas.

Inequivocamente, as pessoas buscam no direito a orientação para viver em comunidade na sociedade moderna e encontram certo êxito nessa empreitada. Miram-se no direito a previsibilidade e a justiça na orientação do agir humano.

Os textos legais certamente são uma fonte de orientação. Mas eles não são suficientes. Na verdade, a integração das inúmeras normas que compõem o ordenamento jurídico gera várias zonas cinzentas de interseção. Além disso, cada sujeito busca privilegiar determinada interpretação da lei para atender seus interesses e convicções (assume-se a existência da lei, num primeiro momento, para buscar meios de superá-la) (MACCORMICK, 2009, p. 70 e ss.). Mais estarrecedor é constatar que o cidadão comum vive usualmente em conformidade com o direito mesmo não conhecendo os textos legais (viver de acordo com o direito é uma condição de sociabilidade) (MACCORMICK, 2009, p. 68-70).

Apesar de a prática social evidenciar que os textos legais são uma fonte destacada do direito, observa-se ainda que, em situações de dubiedade ou incerteza, as autoridades não jogam dados para decidir²⁵; ao revés, tomam decisões sem abdicar do argumento jurídico (é dizer, há outros materiais jurídicos utilizados pela autoridade para justificar sua decisão). A arbitrariedade kelseniana não é assumida na prática jurídica. Isso é um fato que deve ser destacado.

²⁴ Sem ter pretensão de originalidade, as ideias do presente capítulo estão vinculadas ao pensamento e à obra de Neil MacCormick, expostas com o firme propósito de contribuir na elaboração da base teórica na qual a tese será desenvolvida.

²⁵ A esclarecedora expressão “jogar dados” é utilizada por Ronaldo Porto Macedo Júnior em suas aulas.

Por outro lado, é certo entender que, por mais que o direito deva estar comprometido com a Justiça (e com a visão de Justiça que prevaleça em determinada comunidade), as práticas sociais modernas não permitem a redução ou a assimilação do Direito à ideia de Justiça.

Na confrontação desse universo – mais voltado a ver como o fenômeno jurídico é praticado pela comunidade do que como é estabelecido pela autoridade – é que poderá surgir uma compreensão mais ampla e fidedigna sobre o fenômeno da aplicação do direito (e, mais especificamente, a respeito da omissão legislativa), própria para superar o impasse kelseniano.

2.2 O direito como ordem normativa

Ao constatar que as normas jurídicas influenciam a conduta humana, conclui-se que o Direito insere-se numa ordem normativa, que é ideal – no sentido de exprimir um “dever-ser”, não no sentido de ser uma abstração – e prática – na medida em que orienta a ação e possui existência (embora não no sentido físico) (MACCORMICK, 1997, p. 1.053-1.058).

Nesse contexto, é importante delinear a forma como o direito age sobre a intenção humana.

Uma ordem normativa não pode ser encarada somente de uma forma contemplativa nem apenas da perspectiva de quem a elabora, pois o âmago da normatividade impõe que haja um firme compromisso da sociedade e do indivíduo na realização de uma ordem ideal como um estado coerente e realizável do mundo (MACCORMICK, 1997, p. 1.053-1.058).

Por isso, o direito é mais bem compreendido a partir das condições que atribuem significado às práticas jurídicas e não de definições pautadas na compreensão de sistemas fechados e esquemas abstratos dos textos legais.

A consciência e a compreensão da ordem normativa pelo indivíduo passam por diversos níveis de institucionalização, que se inicia pela socialização e educação, prossegue pelo convívio em certas instituições sociais (família, escola, trabalho) e alcança seu mais alto grau de institucionalização por meio de regras imperativas, explícitas e reguladas, em que a ordem jurídica surge como ordem heterônoma

(instituída pelo Estado e outros órgãos nacionais e internacionais) (MACCORMICK, 1997, p. 1.053-1.058).

O funcionamento dessa ordem jurídica pressupõe a possibilidade de o indivíduo desenvolver julgamentos plenamente autônomos, que tornem inteligível esse sistema normativo e viabilizem escolhas voluntárias por esse indivíduo, mesmo que certas decisões conduzam à coerção institucional.

Como destaca MacCormick, é uma significativa verdade das ordens normativas na sociedade moderna a circunstância de elas envolverem um julgamento, uma escolha, feita pelo indivíduo, concebido como agente autônomo, à luz de um sistema jurídico que é heterônomo (sujeitando-se ele às consequências decorrentes de sua escolha)²⁶.

Nessa perspectiva, verifica-se que o fenômeno jurídico tem sua existência vinculada aos seus participantes (à forma como sujeitos autônomos encaram as normas), de modo que deve ser examinado sobre o ponto de vista da primeira pessoa²⁷.

Para compreendê-lo, é preciso adotar uma postura hermenêutica, pois é necessário interpretar o sentido das ações tendo em vista as normas: na perspectiva do sujeito, a norma, para além de ser um ato de autoridade, é uma referência para o comportamento (MACCORMICK; WEINBERGER, 1992, p. 13-16)²⁸. É esse o elemento de compreensão interno do direito, que vê o direito para além da descrição do comportamento externo (trajetórias comportamentais e coerção).

É nesse sentido que se diz que o direito é uma ordem normativa: o direito, seja qual for, tem pretensão de ser uma ordem, mais no sentido de ordenação do que de comando, que orienta o agir dos indivíduos a ele submetidos (MACCORMICK, 2009, p. 11).

²⁶ Enquanto a autoridade das regras morais deriva do compromisso voluntário do agente com elas (sendo a razão moral controversa, autônoma e discursiva), o direito tem um viés institucional que lhe confere existência e exigibilidade independentemente do ponto de vista do indivíduo (sendo, por isso, um vetor de orientação para o agir humano), apesar de permanecer aberta ao indivíduo a liberdade de escolher o que fazer. Disso tudo resulta que, na sociedade moderna, o indivíduo apenas está submetido à moral quando assim decida autonomamente e discursivamente, e que a moralidade pública [coerção social difusa] apenas pode alcançar o cidadão pela política, que estatui o Direito. Essa seria uma forma liberal de encarar a sociedade moderna (MACCORMICK, 1997).

²⁷ Searle defende que a metodologia adequada para lidar com fatos institucionais como o direito deve afastar-se de uma “análise externo-funcionalista ou behaviourista”, pois “tem-se que ser capaz de pensar em si mesmo dentro da instituição para compreendê-la” (SEARLE, p. 118).

²⁸ Adverte MacCormick que normas pensadas como objetos puros do pensamento são apenas normas possíveis, mas não entidades reais; passam elas a ser reais apenas quando se tornam operativas como parte de um sistema de orientação da ação para uma pessoa ou grupo.

2.3 O direito como instituição

O Direito moderno possui, no entanto, ainda outra característica: seu alto grau de institucionalização formal.

É certo que não há celeuma séria acerca da existência de um aspecto institucional no direito, podendo ser dito que essa afirmação é uma obviedade. Ocorre, no entanto, muita controvérsia sobre a função que a institucionalização cumpre na teoria do Direito (MACCORMICK, 2008).

Para Dworkin, trata-se de um aspecto meramente secundário do direito, pois uma compreensão do fenômeno jurídico deve estar associada a uma grande teoria de justiça. Esse é o ponto central para compreender o direito, que é mero departamento da moral (DWORKIN, 2007a).

MacCormick, apesar de reconhecer que o direito precisa de uma teoria da justiça, enfatiza a necessidade de uma aproximação institucional, que tem importância fundamental na compreensão de como as pessoas, os Tribunais e os advogados se conduzem (MACCORMICK, 2008).

Em certa medida, toda a realidade social é institucional, porque o sentido das coisas e eventos é dado por regras (implícitas e explícitas). Nesse sentido óbvio e amplo, o termo “institucional” pode ser utilizado para designar família, leis, dinheiro, polícia, jogo de futebol e tradições. Aqui, institucional pode ser associado à ordem normativa, seja ela formal, seja ela informal (MACCORMICK, 2009, p. 19).

A institucionalidade do direito, aqui, independe de uma instância formal de produção normativa.

Deveras, a normatividade das normas é explicada menos pela existência de uma autoridade (não obstante o direito moderno exija isso) e mais pela postura dos usuários das normas, que lhe dão um sentido e delas se valem para orientar suas condutas.

Num sentido mais restrito, pode-se designar por institucional a realidade social formada por um sistema de regras dentro do qual regras são criadas. Institucional, nesse

sentido mais restrito, é conjunto de regras que estabelecem as condições de produção, regulação e término das normas²⁹.

É nesse sentido mais restrito que se situa o direito moderno: sem abdicar das características já delineadas e comuns a todas às instituições, há um contexto formal, constituído por uma instância a que é atribuída a tarefa de formular regras explícitas e de decidir como as disputas devem ser resolvidas (MACCORMICK, 2009, p. 22-24).

As instituições (no sentido forte que se adota) são entes que dispõem de meios de (i) instituir novas regras e de repelir antigas, (ii) verificar a execução de regras que foram estabelecidas validamente, (iii) promover a declaração acerca do cumprimento das regras (trata-se da *adjudication*, que tem um elemento declarativo e impositivo), o que é feito geralmente a partir de um corpo de precedentes já estabelecidos. O corpo de regras sobre os quais os órgãos responsáveis pela adjudicação atuam precisa repousar na adesão da maioria dos seus destinatários a essa interpretação (seja pelo convencimento, seja pela coerção), apesar de estarem elas formalmente estabelecidas. Sem essa atitude, o Estado e outras instituições de larga escala não podem funcionar coerentemente (MACCORMICK, 2008).

Em vista dessas características, é possível em princípio antecipar decisões explícitas para determinadas situações, na medida em que a interpretação de normas contidas em regras explícitas exige necessariamente uma atenção especial para as palavras utilizadas pelo elaborador da norma e uma reflexão sobre os pontos subjacentes das palavras naquelas situações que pareçam ambíguas ou conduzam a resultados inconsistentes.

De todo modo, avulta em ordens normativas formais (nas quais há regras explicitamente formuladas), que a interpretação sucede a formulação (MACCORMICK, 2009, p. 23).

Nesse nível mais profundo de institucionalização, verificam-se pelo menos duas práticas normativas vinculadas: uma que autoriza a elaboração de regras e outra que as faça cumprir. Nesse caso, tem-se que a ordem normativa é institucionalizada no sentido forte que se quer destacar (sendo o Estado moderno o exemplo por excelência disso).

²⁹ Numa perspectiva sociológica, entende-se “instituições” como um conjunto de pessoas que possuem uma identidade funcional (esse é o sentido institucional que usualmente se dá ao se dizer que família, empresa e universidades são instituições). Num sentido filosófico (pragmático), as instituições podem ser compreendidas e examinadas sob o prisma das regras que a governam. É nessa segunda perspectiva que se situa a teoria institucional do direito de Neil MacCormick (MACCORMICK, 1992, p. 49-58).

Mas cabe uma advertência: a existência de uma instância decisória não acaba com a complexidade do direito, pois novas questões sempre surgirão da elaboração de regras explícitas voltadas a lidar com questões antigas. A institucionalização forte conduz, sim, à mitigação da dependência de normas implícitas, na medida em que atribui a uma instância formalmente estabelecida a competência de tomar decisões (MACCORMICK, 1997, p. 1058-1062).

Diante disso, por que entender o direito como fato institucional?

Em síntese, porque a concepção institucional do direito (i) vincula a existência do direito às práticas sociais (a simples existência de uma comunidade jurídica que vivencia o direito indica a pertinência da investigação acerca das condições nas quais o direito se desenvolve (SEARLE, 2006, p. 89-90)), (ii) entende que essa existência está associada não apenas ao ato de vontade que institui a norma, mas também ao comportamento que induz em seus destinatários, (iii) permite, por isso, que o direito seja concebido como um sistema de regras que preexista à sua aplicação e que orienta o agir da comunidade (a heteronomia precede à autonomia (MACCORMICK, 1997, p. 1053-1058)), e (iv) pretende que a descrição do direito tenha sentido para seus operadores (juízes, advogados, juristas)³⁰.

Essa abordagem evita que a compreensão sobre a existência das normas e das instituições jurídicas caia na armadilha do idealismo – que pensa o direito apenas na dimensão da validade, seja no positivismo lógico, que liga a validade ao ato de autoridade, seja no jusnaturalismo, que condiciona a validade ao conteúdo da norma– ou na armadilha do realismo – que vê no direito apenas a manifestação de uma suposta verdadeira realidade (economia, política ou algum evento psíquico) (MACCORMICK; WEINBERGER, 1992, p. 6-9).

O direito faz parte de uma realidade, formada por fatos institucionais, cuja existência se manifesta pelas práticas sociais (dessa forma, o direito não existe como objeto livre no mundo, mas apenas no contexto de normas que dão sentido, justificam, regulam e autorizam condutas humanas em ambientes sociais); realidade essa que é apreendida pela interpretação das pessoas

³⁰ Sem ignorar que o Direito tem uma existência social, a visão institucional do direito concebe que cada instituição jurídica tem três dimensões normativas: i) a existência de regras que dispõem sobre as condições necessárias para que determinado evento seja caracterizado como representativo de uma instituição (o que pode ser enunciado logicamente como: *para a celebração de um contrato, é necessário acordo de vontade*); ii) a definição das consequências jurídicas (na forma de direitos e poderes, deveres e responsabilidades) decorrentes da instituição (o que pode ser enunciado logicamente como: *se um contrato existe, logo...*); e iii) a previsão de um evento que lhe ponha termo (o que pode ser enunciado logicamente como: *o contrato se extingue mediante...*). Em vista dessas três dimensões, instituições jurídicas devem ser compreendidas como um conjunto de regras institutivas, consequenciais e terminativas em decorrência das quais um caso particular da instituição existe por um período de tempo (MACCORMICK, 1992, p. 49-58).

sobre as regras e convenções sociais que presidem essas práticas (MACCORMICK; WEINBERGER, 1992, p. 9-13).

2.4 A divergência no direito

A existência do direito moderno como uma ordem normativa institucional não põe fim à sua complexidade e à divergência que nele se instaura.

Em razão disso, já se procurou desqualificar a função descritiva e normativa que a visão institucional oferece para o direito.

É o que faz Dworkin (DWORKIN, 2007b, p. 107-113). Nessa mesma linha, segue Victor Tadros (TADROS, 2009, p. 83-101). Ambos ressaltam a vinculação do direito à moral, para enfatizar que o direito só pode ser entendido a partir de uma ampla teoria da justiça, numa abordagem eminentemente retórica (sendo perda de tempo investir em qualquer perspectiva descritiva)³¹.

Cabe tecer algumas considerações sobre os motivos que conduzem à rejeição dessa ideia, que despreza a natureza institucional do direito (ou sua importância)³².

Há inúmeras normas assumidas como jurídicas cuja normatividade não se põe a partir de critérios de Justiça. Cogite-se, para ilustrar, da prosaica regra de trânsito que confere preferência ao motorista que se encontra na rotatória, salvo a existência de sinalização em sentido contrário.

A justiça dessa norma – independentemente do que se entende como justo – pode ser um elemento que a abone (uma razão adicional para cumpri-la) ou que a desabone (uma razão para estar disposto a descumpri-la e questioná-la). Mas o seu status jurídico não decorre de considerações da espécie.

³¹ A questão filosófica subjacente a essa visão cética com relação à perspectiva analítica é bem pontuada por Katharina Sobota: “(...) a teoria retórica não partilha da visão do racionalismo iluminista de que todas as razões e motivos precisam ser descobertos e verbalizados a qualquer preço. A retórica não pode determinar as fronteiras entre verbalizações, implicações ocultas e o mero silêncio. A questão da explicitação tem que ser decidida diante da situação concreta. A este respeito – e aqui o conceito de Bernard Jackson deve ser inteiramente aceito – nada resta senão ter esperança na integridade pessoal de cada indivíduo.” (SOBOTA, 1996, p. 251-273).

³² Dworkin e Tadros argumentam que a base fundamental de qualquer tentativa de produzir uma compreensão abrangente do direito deve ser uma grande teoria da justiça, na qual estão integrados subtemas, tais como os relativos à justiça distributiva, à justiça retributiva, à justiça corretiva e à justiça em troca. MacCormick concorda que é necessária uma teoria mais abrangente de justiça, mas isso não é objeto da obra “Institutions of Law”, mas de outros livros seus (Law, State and Practical Reason e Practical Reason in Law and Morality) (Cf. MACCORMICK, 2009b, p. 187-188).

É certo que poderá haver razões de justiça para invocar determinada norma, afastá-la ou postular uma nova compreensão que dela se tenha. É certo, também, que tais razões podem ser acatadas pelos Tribunais, pelo Congresso Nacional ou pela Administração Pública quando atuarem em suas respectivas esferas de competência. É certo, ainda, que, ao redor dessa norma, pode se instaurar um caso complexo (*hard case*). Mas tudo isso não nega a existência da norma e o núcleo de significado que possui, sobre o qual certamente haverá disputas de interpretação (que poderão ser maiores ou menores).

Considere-se a seguinte situação: o carro dirigido por Ana invade uma rotatória na qual se encontrava um veículo sendo conduzido por João. João reduz a velocidade sem dificuldades e os dois veículos seguem o seu trajeto.

Ana pode entender que a sua situação não configura transgressão à regra, porque aludida preferência se poria apenas em situações de potencial colisão, o que não se fez presente no caso. Ana pode entender que sua condução do veículo foi a mais correta por permitir a melhor utilização das vias públicas (fazendo fluir melhor o trânsito).

João pode entender que houve transgressão da regra que lhe dava preferência porque, embora não tenha havido risco concreto de colisão, teve que reduzir a velocidade de seu veículo em razão da entrada do outro veículo na rotatória, trazendo-lhe desconforto e reduzindo o fluxo de tráfego de sua via.

Essas diferentes perspectivas de entendimento da norma não negam a existência de uma regra que confere preferência ao condutor que primeiro esteja na rotatória. Não nega, ainda, que a norma está inserida num sistema de regras de trânsito cuja finalidade é regular o tráfego de veículos.

Pode até ocorrer que ambos os condutores ignorem a existência dessa regra. Mas essa regra ainda estará lá, orientando as condutas de outros condutores, o que se reconhece pela circunstância de que há uma ordenação no tráfego das rotatórias. Se tivesse havido um acidente, essa regra certamente seria um fator a ser considerado na imputação de responsabilidades, independentemente do conhecimento concreto dos condutores.

Mesmo sem acidentes, a regra pode ser invocada por um agente de trânsito presente no local naquele momento – detentor de competência para realizar de ofício a interpretação jurídica da situação – para aplicar ou não uma multa a Ana. Pode haver

uma orientação administrativa já estabelecida para situações da espécie cujo cumprimento seja obrigatório para a autoridade.

Aplicada a multa pela autoridade de trânsito, Ana pode ou não propor a anulação judicial dessa penalidade, sempre em face da sua compreensão acerca da aludida regra, tendo que confrontar a presunção de legalidade do ato da autoridade.

O Judiciário, caso seja instado a se manifestar, pode considerar que a situação fática não estava abrangida pela regra e afastar a sua aplicação. Talvez já existam precedentes no Judiciário que possam orientar a decisão judicial. Tendo em vista o controle de constitucionalidade, o Judiciário pode até mesmo considerar que a regra deva ser afastada em face de sua desproporcionalidade. Nessa última hipótese, o Judiciário precisa desconstruir a presunção de legitimidade que favorece não apenas os atos da Administração Pública, mas as regras do Estado. Tudo isso, vale frisar, se for instado a se manifestar (não podendo, de ofício, afastar a aplicação da norma por considerá-la injusta, por exemplo).

A mesma decisão, todavia, não pode ser tomada no caso concreto pelo Presidente da República ou pelo Congresso Nacional, independentemente das boas razões que possam ter. Poderão, no entanto, tomar novas iniciativas para alterar a norma.

A adequada compreensão de todos esses cenários impõe considerar a existência da regra que (i) está imersa num feixe de outras regras com a intenção de alcançar uma finalidade voltada ao bem comum, (ii) é constituída por uma prática social e (iii) é reconhecida *a priori* como vinculante para os indivíduos, que devem autonomamente decidir pelo seu cumprimento ou não (MACCORMICK, 1992, p.55).

Entender a extensão dessa regra passa então (i) por considerações a respeito do valor que lhe é atribuído pelas pessoas, (ii) pela identificação dos argumentos relevantes para afastar ou justificar sua aplicação e (iii) pela identificação dos órgãos perante os quais esses argumentos podem ser validamente utilizados.

Em todos esses cenários, é reafirmada e realimentada a existência de uma realidade normativa que certamente não se exaure no texto legal, mas é mais ampla do que a prática argumentativa sobre o que seja certo ou errado. Essa é uma realidade que permeia as relações sociais e é considerada pelas pessoas para agir.

Foi essa a constatação que orientou a teoria institucional do direito de MacCormick: voltada a revelar princípios de organização do material jurídico (formação de uma estrutura jurídica), a adequada compreensão do que seja o direito passa pela compreensão formal e material de normas, tais como praticadas socialmente e apreendidas pelos indivíduos, o que se faz por meio de regras explícitas e implícitas (MACCORMICK; WEINBERGER, 1992, p. 17-21).

MacCormick, portanto, não pretende dizer simplesmente o que seja o direito (numa definição semântica, que pressuponha um convencionalismo sobre todas as práticas jurídicas explícitas e em todos os seus níveis), mas como se pratica o direito, realidade em que se evidencia que ele não pode ser reduzido simplesmente a atos de autoridade ou ao juízo que as pessoas tenham sobre o que é certo ou errado, havendo sim um consenso mínimo que lhe dá sentido (até porque a experiência mostra que o sistema jurídico não vive a todo momento envolto em *hard cases*)³³.

Nesse projeto, como visto, é importante primeiro compreender como se constitui a normatividade do direito na perspectiva daqueles que o aplicam (*norm-users*) para depois avançar na perspectiva daqueles que estabelecem as normas (*norm-issuers* ou *norm-givers*), contexto no qual se estabelece a institucionalidade tratada anteriormente (a qual cuida mais da definição da decisão que deve prevalecer quando surgem dúvidas do que de pôr fim ao problema da ambiguidade).

Em todo caso, em vista da autonomia do agente moral, ganha sim relevância a discussão sobre o papel dos valores morais na compreensão do direito, sobretudo naqueles casos em que se instauram sérias divergências sobre a sua aplicação.

³³ Não ignora MacCormick que o direito se relaciona a dois outros campos do pensamento e da ação: a política e a moral. É, no entanto, uma ordem normativa que orienta a ação de determinado grupo social (aspecto interno que o aproxima da Moral), alicerçada na força coercitiva do poder político (aspecto externo que o aproxima da política). (MACCORMICK, 1997).

2.5 O direito e os valores morais³⁴: o papel da moral na ordem normativa institucional

O tormentoso problema da moral (ou moralidade)³⁵ traz em si uma ambiguidade, pois ora expressa um código de conduta aceito por um indivíduo e por ele utilizado como parâmetro de julgamento da conduta de terceiros, ora refere-se a um código de conduta promovido pela sociedade (ou por uma comunidade), cuja inobservância conduz à difusa coerção social.

Em seu sentido descritivo, a moral hoje é compreendida como o código de conduta assumido pelo sujeito como imperativo e que, por isso, ele considera que deve ser universalmente adotado. Nessa concepção, é importante que a moral seja vista mais como um guia de comportamento aceito pelo indivíduo do que promovido por uma comunidade. Moralidade, no entanto, não se refere apenas a um guia de comportamento aceito por um indivíduo. Vai além, porque há a pretensão do agente moral de que todos que participam de seu grupo também aceitem essas regras como imperativas para si próprios (pretensão de universalização). Essa forma de ver a moral baseia-se na autonomia moral do agente.

³⁴ Entendam-se como valores (sem qualificativos) os objetivos difusos (*pervasives*) e intersubjetivos (contrapondo-se às preferências, que são individuais) que orientam o agir e funcionam como normas que inspiram o processo decisório em quase todas as circunstâncias (MACCORMICK, 2009. p. 29-30). Essa definição está em conformidade com as premissas que animam os estudos contemporâneos dos valores, assim sintetizados por Abbagnano: “1º. O valor não é somente a preferência ou o objeto da preferência, mas é o preferível, o objeto de uma antecipação ou de uma expectativa normativa (...). 2º. Por outro lado, não é um mero ideal que possa ser total ou parcialmente posto de lado pelas preferências ou escolhas efetivas, mas é guia ou norma (nem sempre seguida) das escolhas e, em todo caso, seu critério de juízo (...). 3º. Consequentemente, a melhor definição de valor é a que o considera como possibilidade de escolha, isto é, como uma disciplina inteligente das escolhas, que pode conduzir a eliminar algumas delas ou a declará-las irracionais ou nocivas, e pode conduzir (e conduz) a privilegiar outras, ditando a sua repetição sempre que determinadas condições se verificarem. Em outros termos, uma teoria dos valores, como crítica dos valores, tende a determinar as autênticas possibilidades de escolha, ou seja, as escolhas que, podendo aparecer como possíveis sempre nas mesmas circunstâncias, constituem pretensão do valor à universalidade e à permanência.” (ABBAGNANO, 2003, p. 993). Para uma visão mais abrangente sobre a filosofia dos valores no século XX, vide: RINTELEN, 2008, p. 421-429.

³⁵ Como esclarece Bernard Gert, a concepção clássica de moral (termo derivado da tradição continental europeia) ou moralidade (termo derivado da tradição anglo-saxã) tem um sentido descritivo e contém duas características fundamentais: moral é um código de conduta promovido por uma sociedade e aceito pelos membros dessa sociedade como um guia de comportamento. Ainda segundo Gert, essa concepção traz em si uma ambiguidade, que não era identificada nas sociedades pré-modernas, marcadas pela homogeneidade das comunidades. A moral refere-se apenas ao código de conduta invocado pela sociedade, ou haveria moral para outros grupos menores? Qual das duas características é realmente fundamental para se definir moral: se tivermos numa situação em que o código de conduta promovido por uma sociedade não é aceito como guia de comportamento por parte dos membros dessa sociedade, há ou não moral? Já na sociedade moderna (que é complexa), o código de conduta por ela promovido é muitas vezes diferente do que é aceito como guia de comportamento de determinados grupos e indivíduos. Na tentativa de superar essa ambiguidade e no contexto da sociedade complexa, a moral hoje é compreendida ora no sentido descritivo, ora no sentido impositivo (*normative*, que aqui se traduz como “impositivo” para não causar confusão com o sentido que se atribui nesta tese ao termo “normativo”) (GERT, 2011).

Esse sentido é descritivo – ressalta Gert – porque uma pessoa pode se referir à moralidade alheia sem endossá-la. Ou seja, moral é qualquer código de conduta aceito por um indivíduo e que ele considere como merecedor de universalização³⁶.

Contraopondo-se a esse sentido descritivo, moral pode também ser compreendida numa perspectiva impositiva (heterônoma). Nesse sentido, é muitas vezes associada à tradição do direito natural, para representar o entendimento de que há um código universal de conduta que todas as pessoas racionais, submetidas a determinadas condições, deveriam adotar para governar o comportamento de todos os agentes morais (independentemente da circunstância de haver uma sociedade que siga esse padrão). Num sentido mais brando (como o de Rawls), moralidade é concebida como um sistema público, isto é, um conjunto de regras conhecido por todos aqueles que a ela estão submetidos e que não lhes seja irracional. Aqui, a moral tem ainda conotação heterônoma (coerção social) e é racional na medida em que esse julgamento moral se pautar na apreciação do comportamento sob a ótica de sua suscetibilidade em provocar direta ou indiretamente danos a terceiros.

Em todo caso, a moral diz respeito a pretensões a respeito do que deve ser observado, ou seja, é normativa e está relacionada ao reino do dever ser (seja para o sentido descritivo, que enfatiza a autonomia moral do indivíduo, seja para o sentido impositivo, que vê a moral como código heterônomo).

É essa ambiguidade que se observa na utilização do termo “moral” na prática social, havendo dificuldades para identificar se o seu sentido é descritivo ou impositivo. É o que ocorre, por exemplo, quando uma pessoa assevera que a moral proíbe ou exige uma determinada ação – há vários sentidos possíveis para a asserção.

A definição do sentido de moral pode, no entanto, ser elucidada a partir da seguinte indagação: por que esses princípios e regras morais têm autoridade sobre um agente moral? Se a resposta for porque a autoridade das regras morais deriva do próprio compromisso do agente com elas (tendo esse agente pretensão de universalização de suas regras), moral assume o sentido descritivo. Se a resposta for que a autoridade das regras deriva da coerção difusa (porém cruel) da

³⁶ Esclarece Gert que esse código de conduta é corretamente referido como moral apenas quando o sujeito entenda cabível a sua adoção pelas outras pessoas, mas não exija que elas façam isso. Esse sujeito pode julgar as pessoas que não adotam esse código de conduta como não sendo moralmente tão corretas como ele próprio é, mas não julga essas pessoas como sendo imorais.

comunidade, que faz com que o agente não se afaste do padrão de conduta (mesmo que não concorde com ele), o sentido é impositivo³⁷.

Entre essas duas perspectivas, MacCormick entende que a moral, na sociedade moderna, deve privilegiar o sentido descritivo.

A moral diz respeito a uma ordem normativa concebida para ser válida independentemente do poder (política) e que, além disso, tem a pretensão de ser universal em seu alcance, dirigindo cada agente moral como tal (MACCORMICK, 1997). Dentro de seu padrão moral cada agente tomará suas decisões (que poderão ou não se conformar a esse código) e julgará a conduta de terceiros.

Por seu turno, a esfera da imposição de regras (heteronomia) hoje deve estar circunscrita ao direito, em que é possível ter a pretensão da objetividade interpessoal das decisões jurídicas em vista do seu elevado grau de institucionalização. Numa sociedade complexa e diferenciada, formada por indivíduos portadores de direitos, não é possível pressupor que as regras sociais possam se pautar preponderantemente por regras implícitas (apesar de essas regras existirem e cumprirem importante papel na normatividade do direito). Daí a importância do direito para explicitar regras e definir autoridades.

De fato, é traço relevante do direito moderno a circunstância de a controvérsia moral não impedir a fixação de uma regra jurídica. As instituições jurídicas conseguem alcançar aquilo que a deliberação moral não pode atingir: as instituições jurídicas podem estabelecer uma regra comum e, quando a regra é enunciada de forma insuficiente, há práticas jurídicas de raciocínio e interpretação que podem clareá-la e determinar seu conteúdo (por maior que seja a controvérsia moral).

Isso, no entanto, não afasta a importância da moral para o direito. Na verdade, a moral é fundamental para o direito.

Deveras, apenas um agente capaz de agir de forma autônoma – apto a julgar entre cursos de ação possíveis graças ao empenho voluntário em compreender uma ordem racional e perceber a ordem em ação – pode compreender plenamente o conceito de "ação errada" e, portanto, o de

³⁷ No caso (ii), o indivíduo está submetido a um poder, conquanto difuso e mal definido, e essas regras e princípios morais são um elemento da política da comunidade (sentido impositivo da moral). No caso (i), tem-se o sentido descritivo. (MACCORMICK, 1997, p. 1062-1067).

direito como “ação não errada” (apenas quando a regra for endossada por um agente moralmente autônomo, tem-se que a regra guia a conduta categoricamente³⁸).

Nessa linha, não devem ser negadas as imbricações entre a moral e o direito, na medida em que a moral fornece base para a crítica do direito posto. Com efeito, a moral³⁹ – compreendida como um sistema de regras que rege o julgamento e a ação do agente e que tem pretensão de universalização – resguarda uma característica fundamental da modernidade: a autonomia moral do indivíduo^{40 41}.

Enfim, a melhor leitura da moral é aquela que a vincula à autonomia moral do agente, seja porque isso permite distinguir o direito da moral, seja porque o fundamento último para o julgamento prático normativo deve ser o da moral (vinculado a uma teoria da justiça) (MACCORMICK, 1997, p. 1067-1068).

A moral, por isso, deve ser autônoma e, daí, discursiva e controvertida, contrapondo-se à institucionalidade formal do direito, que o torna heterônomo e autoritativo (MACCORMICK, 2009, p. 255).

³⁸ De acordo com MacCormick, uma visão realista (pragmática) da autonomia acarreta a reinterpretação da noção kantiana. Na noção kantiana, a autonomia é um pressuposto transcendental (uma questão metafísica) de possibilidade do pensamento moral (como razão prática), ou seja, é uma condição de possibilidade para se pensar a razão prática. A visão pragmática, por seu turno, não vê a autonomia como pré-condição da razão prática, mas como uma virtude moral, de estar disposto e capaz de assumir a responsabilidade pela definição de seu projeto de vida, além de ter disciplina própria para aderir à sua própria convicção moral do que seja certo ou errado (MACCORMICK, 2009, p. 249-252).

³⁹ Nas palavras de MacCormick, cada agente moral tem um “direito” para si mesmo. Não apenas para orientar sua própria conduta, mas também para julgar a dos outros (MACCORMICK, 2009, p. 249).

⁴⁰ Para MacCormick, esse é um ponto fundamental do direito moderno, que foi bem percebido por Hart. Assim justifica MacCormick o legado de Hart, no particular: “(...) Hart afirma que a moralização do conceito de Direito por parte dos jusnaturalistas tende a uma forma extrema de conservadorismo (tudo o que é lei deve ser moral, portanto todas as leis são moralmente obrigatórias) ou à anarquia revolucionária (já que tudo o que é lei deve ser moral, deve-se desobedecer aos governos ou mesmo derrubá-los se o que propuserem como lei não for moralmente justificado). Contra isso, a atitude apropriada ao Direito é a que reconheça que a existência do Direito depende de fatos sociais complexos e que, portanto, sustenta que todas as leis estão sempre abertas à crítica moral. Pois não há nenhuma base conceitual para supor que o Direito que é e o Direito que deveria ser coincidem.” Essa posição de separar Direito e Moral adquiriria para Hart, portanto, uma verdadeira razão moral, já que deixaria o direito sempre aberto à crítica, dentro de princípios da democracia social liberal: “O Direito, como ele é, deve estar sempre aberto à crítica e à reforma” (MACCORMICK, 2010, p. 41).

⁴¹ Destaca MacCormick que a obrigatoriedade do direito não significa que as pessoas precisam reconhecer seu compromisso moral de respeitar a constituição e as leis feitas sob sua força. Deveras, não há nenhuma necessidade empírica de que haja uma adesão moral dos cidadãos à ordem normativa institucional. Diferentemente ocorre com as autoridades: essas pessoas assumem o compromisso de serem leais à ordem normativa institucional. Isso não é apenas uma solenidade formal. Esse compromisso é logicamente implícito, para viabilizar a própria existência dos órgãos que essas autoridades tornam presentes (como fatos institucionais). Há outro aspecto da efetividade da Constituição e das leis, que diz respeito ao seu cumprimento forçado (*enforcement*). Deve haver, pois, meios de impor o cumprimento do direito por intermédio das agências institucionais. Deve-se ter em consideração, assim, que toda ordem normativa institucional está fundada, em alguma medida, em práticas informais, segundo as quais o direito deve ser obedecido. Um sistema constitucional que funcione também depende da ativa fidelidade da maioria dos agentes públicos e no esforço de manter a harmonia do exercício do poder numa forma coerente (MACCORMICK, 2009, p. 52-58).

De um lado, não se pode dissolver todo o direito na moral, porque isso importaria ignorar o papel desempenhado pelas categorias jurídicas construídas ao longo dos séculos como direito subjetivo, dever, ilícito e responsabilidade, e o papel da legislação no desenvolvimento do Direito (ou seja, a natureza institucional do direito moderno). De outro, não se pode pretender que a solução jurídica dissolva a controvérsia moral, tendo em vista que uma decisão do Supremo Tribunal Federal a respeito do aborto não poderá (nem deve) pacificar a mente de todos os cidadãos (apesar de eles estarem vinculados a essa decisão).

2.5.1 A divergência sobre o direito e a influência da moral

A prática judicial evidencia que o direito não se encerra no texto legal, visto que outros fundamentos são invocados na argumentação jurídica. Além disso, nem sempre é possível conceber *a priori* as condições necessárias e suficientes daquilo que será reconhecido como jurídico (DWORKIN, 2007b, p. 99).

Por outro lado, juízes não jogam dados quando se deparam com uma dúvida acerca da melhor interpretação do direito, pois se supõe que têm a obrigação de decidir da melhor maneira possível (e nessa pressuposição os juízes de boa-fé exercem sua jurisdição) (DWORKIN, 2007b, p. 100-103).

Onde, então, está o apoio do Direito em situações controvertidas, em que não é suficiente socorrer-se de uma regra previamente estabelecida que demonstre um consenso (a existência de uma regra com *pedigree*)?

Não basta a capacidade da autoridade de tomar uma decisão definitiva (decisionismo). O fundamento está contido também no conteúdo da proposição que almeja juridicidade, que, para tanto, precisa prestar contas à sociedade e ao entendimento que essa sociedade tem do que seja certo ou errado (isto é, a decisão deve levar em consideração a autonomia moral dos sujeitos a ela submetidos)⁴².

É dizer, o aplicador do direito (cidadão/administrador/legislador/juiz) terá discricionariedade relativa para tomar sua decisão, à luz dos padrões que pessoas razoáveis respeitam e podem adotar, sendo que todos – do cidadão (em maior grau) ao juiz (em menor grau) – estarão sujeitos a prestar contas de suas escolhas. Os Tribunais, advogados e juristas não concebem, em sua prática, a discricionariedade como a possibilidade de tomar qualquer decisão.

⁴² Adotando diferentes perspectivas de enfrentamento para essa resposta, vide DWORKIN (2007b, p. 107-113) e MACCORMICK (2009, Caps. 14 e 16).

A primeira limitação ao arbítrio situa-se no próprio texto legal. Embora demandem interpretação, esses textos são um ponto de partida no processo decisório. Nesse contexto, tem-se que a falta de perfeita determinação do texto revela também uma determinação relativa proporcionada por ele, que serve como ponto de partida comum a diversas pessoas, em contraste com a radical indeterminação interpessoal da pura argumentação moral (MACCORMICK, 2009, p. 266-267). Um sistema jurídico que prestigie a esfera da autonomia moral do agente concebe a justiça como um limite implícito à atuação das autoridades. Apesar de o juiz (e o legislador) estar sujeito à tentação de impor determinadas obrigações morais à comunidade (sua visão particular do que seja certo ou errado), deve lhe ser exigido que restrinja sua atuação a determinar a observância dos deveres de justiça, que, como virtude dos agentes morais, consiste em cumprir as obrigações estabelecidas em favor de outras pessoas (independentemente da motivação⁴³), não mais nem menos (MACCORMICK, 2009, p. 266-267).

Além disso, a autoridade do direito precisa ser uma realidade (tanto para aqueles que concordam como para aqueles que discordam da decisão), que se impõe por meio não só da coerção, mas também pela sua aceitação voluntária ou irrefletida (um hábito) por parte dos cidadãos (MACCORMICK, 2009, p. 259).

Com efeito, para além da circunstância de o direito ter aptidão para gerar decisões (não obstante a controvérsia moral que possa se instalar), é um imperativo lógico que haja aceitação geral do direito pela comunidade. Nesse particular, as determinações jurídicas estão lastreadas tanto no peso da opinião moral quanto na força coercitiva e nas expectativas comuns.

Essa é uma segunda ordem de limitação à ilimitada arbitrariedade da autoridade. De fato, ordens jurídicas institucionalizadas dependem de **hábitos a respeito das regras**, ou seja, na referência habitual, em alguns contextos, a alguma espécie de texto jurídico (leis, precedentes, estatutos).

O hábito ou a disposição prática das pessoas engajadas no trabalho jurídico deve envolver o ânimo de conferir respeito a qualquer material jurídico relevante encontrado em textos, precedentes ou estatutos, lidos em harmonia com os princípios e valores aos quais eles dão expressão, sem a necessidade de engajarem-se numa atitude crítica reflexiva (nenhuma prática social sobrevive à circunstância de os sujeitos problematizarem a todo o momento as instituições nas quais operam) (MACCORMICK, 2009, p. 69).

⁴³ A respeito, adverte MacCormick que não é função do direito ou do Estado regular a opinião moral dos cidadãos ou interferir em sua liberdade de pensamento, de crença ou de sentimento. Os deveres de justiça (segundo uma concepção razoável de justiça) podem ser impostos sob as penas da lei. Para além disso, o direito degenera em tirania (MACCORMICK, 2009, p. 270).

Essa possibilidade de as pessoas adquirirem hábitos a respeito das regras pressupõe uma situação de normalidade na sociedade civil, que MacCormick denomina civilidade⁴⁴.

A civilidade faz com que o conteúdo da ordem jurídica não possa ser arbitrário, embora haja uma grande variedade de escolhas entre distintas formas de preencher as categorias básicas do direito.

No Direito moderno, os hábitos a respeito das regras formaram-se no contexto do Estado de Direito e do constitucionalismo.

Em seus diversos ramos, o Direito moderno está comprometido com a formação das condições de florescimento da sociedade civil (sendo certo que o direito *per se* não é condição suficiente para isso): o direito público trata da regulação do exercício do poder em vista do bem-comum; o direito penal engaja-se na repressão de ofensas que tragam elevada carga de preocupação moral (desde homicídio e crimes contra o patrimônio até crimes de improbidade e de lavagem de dinheiro); o direito privado busca oferecer um sistema de regras que permita a constituição de relações entre sujeitos livres e iguais, definindo as condições para tanto e os remédios compensatórios em caso de danos (justiça corretiva, que cuida de restabelecer as trocas dinâmicas do mercado [propriedade, capital, trabalho, bens e serviços]) (MACCORMICK, 2009, p. 171, 187, 207, 263-264).

Em todos esses ramos, observa-se que o direito é necessariamente guiado por alguma concepção de justiça, levando em conta aspectos distributivos (do direito público), retributivos (do direito penal) e corretivos (do direito privado) da justiça, no contexto do Estado de Direito, que busca legitimar e limitar o poder coercitivo do Estado.

Por mais que possa haver corrupção e desvios por parte dos agentes encarregados de aplicar e interpretar o direito, não é possível a qualquer sujeito participar de forma inteligível das práticas sociais do Direito moderno sem que haja uma orientação voltada à implementação da justiça (nem que seja uma retórica vazia) (MACCORMICK, 2009, p. 264).

Esse pano de fundo da moralidade integra o direito: o direito deve ser justo e deve servir ao bem comum em relação a todos aqueles que estão submetidos a sua autoridade.

Não obstante isso, o direito frequentemente falha em ser o que deveria ser. Isso significa dizer que o compromisso do direito com uma ideia de justiça não garante efetivamente que seja

⁴⁴ Civilidade, de acordo com MacCormick, diz respeito às condições necessárias para que as pessoas tenham confiança mútua de que não estarão sujeitas à violência ilegítima e que situações que provoquem quebra dessa expectativa estarão sujeitas a severo escrutínio (MACCORMICK, 2009, p. 266).

ela alcançada (seja em razão da corrupção, da incompetência ou da divergência). Mas o ponto moral do direito tem consequências, como a de permitir o engajamento da crítica moral do direito, que tem o importante papel de influenciar e modificar, por meio do sistema político, o sistema jurídico por meio de reformas (MACCORMICK, 2009, p. 264).

Sendo assim, o Direito não pode abrir mão de visão de justiça. Com efeito, a ampla divergência sobre o que é justo não impede a constatação pelas pessoas de que há situações injustas em qualquer sentido razoável que se tenha para justiça (MACCORMICK, 2009, p. 241).

Com esses elementos, MacCormick afirma que “é, portanto, possível estabelecer amplos limites para o que pode ser aceito como uma lei válida. Medidas injustificáveis e sem lastro em qualquer argumento moral razoável não podem ser consideradas como leis válidas” (MACCORMICK, 2009, p. 242).

É nesse contexto que se vê, após a II Guerra Mundial, a formação de uma agenda de institucionalização dos direitos humanos, voltada a impor limites materiais sobre o exercício do Poder, para além das clássicas limitações formais do Estado do Direito, transformando princípios morais e limites normativos ao poder público⁴⁵.

Desse modo, apesar da distinção conceitual entre direito e moral, há constantes imbricações entre essas duas esferas, merecendo destaque as atividades de interpretação e de argumentação jurídicas (feitas pelo juiz que aprecia o caso, pelo cidadão que leva sua pretensão aos Tribunais e pelo administrador público que resiste à pretensão do particular etc.) (MACCORMICK, 2009, p. 258-261).

Enfim, a distinção entre as esferas normativas do direito e da moral não autoriza a adoção de um positivismo formalista que torne as normas jurídicas disponíveis e contingentes. O conteúdo do direito – conquanto possa assumir incontáveis configurações (havendo amplas possibilidades de escolha para preencher as categorias básicas do direito) – não é arbitrário, pois há uma agenda moral mínima (MACCORMICK, 2009, p. 169).

⁴⁵ Ainda que permaneçam abertas questões como o fundamento moral dos direitos e sua utilidade (com severas críticas a essa cultura dos direitos), esse cenário de institucionalização é uma realidade no direito (nacional e internacional), cuja constituição passa pela criação da ONU e pela proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), pela Declaração Americana dos Direitos Humanos (1948), pela Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950), pelo Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (1966), pela adoção de uma Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (2000) e pela instituição da Corte Europeia dos Direitos Humanos e do Tribunal Penal Internacional (Estatuto de Roma), pela força dos direitos fundamentais em Constituições pós II-GM (como a constituição alemã) etc. (MACCORMICK, 2009, p. 190-196).

Disso resulta a possibilidade de estabelecer-se uma marca numa régua de justiça em que a ausência de qualquer pretensão de justiça conduz à corrupção do direito? Não. Esse não é um empreendimento viável (MACCORMICK, 2009, p. 272).

Isso porque um critério positivo de certeza da lei é um atributo que institucionalmente se estabelece em determinados contextos e não em abstrato. Pode haver critérios institucionais que sirvam para definir *prima facie* a certeza do direito (a promulgação de uma lei, por exemplo). Mas isso não servirá para todas as situações. Nos casos difíceis, não haverá um critério pré-definido, apesar de haver referências institucionalmente estabelecidas de normalidade que devem orientar a decisão (papel esse que contemporaneamente é cumprido pela institucionalização dos direitos humanos) (MACCORMICK, 2009, p.272-274 e 277).

No limite, isso representa que:

(...) a autonomia moral traz certas exigências para o direito, e louva a recusa à denominação de direito a normas positivadas que violem qualquer concepção razoável de justiça [...]. Nessa análise, as leis não são necessariamente justas ou boas. Elas podem ser baseadas em graves equívocos sobre o bem comum e ainda assim cumprirem os testes internos para a validade jurídica. Mas há moral mínima, sem a qual o pretense direito é não-direito. “Não é mais lei, mas sim uma corrupção da lei”. Então, o dever de uma pessoa decente é evadir-se, desobedecer, até resistir na medida em que isso seja viável. Nessa situação, “obedecer pontualmente, mas censurar livremente” é uma postura errada nas duas pontas: a possibilidade de livre crítica das práticas de governo não está disponível, e os motivos de obediência voluntária não existem.⁴⁶

Em síntese, em situações de normalidade (nas quais se respeite a máxima de que a prática interpretativa do direito seja guiada por qualquer concepção razoável de justiça), a decisão jurídica tem a autoridade do direito para toda a comunidade (os favoráveis e os desfavoráveis à decisão), ainda que se considere a autoridade um agente moral que deve arcar com a responsabilidade moral de sua decisão (MACCORMICK, 2009, p. 260-261)⁴⁷.

⁴⁶ Tradução livre do seguinte trecho: “But autonomous morality makes certain demands of Law, and commends the withholding of the appellation ‘law’ from any positive enactments that absolutely violate any reasonable conception of justice (...). On this analysis, laws are not necessarily just, or good in other ways. They may be grounded in grave misconceptions about the common good, and yet fulfil the law’s own internal tests for legal validity. But there is some moral minimum without which purported law becomes un-law. ‘No longer legal but rather a corruption of law.’ Then the duty of a decent human being is to evade, disobey, even resist to the extent that this is feasible. In this situation, ‘Obey punctually, but censure freely’ is then wrong on both its legs – the opportunity for free criticism (‘censure’) of the practices of government is unavailable, and the grounds for voluntary obedience do not exist.” (MACCORMICK, 2009, p. 278).

⁴⁷ MACCORMICK, Neil. Institutions of Law: an essay in legal theory. p. 260-261.

É dentro dessa situação de normalidade – na qual se funda a concepção de Estado de Direito hoje com o apoio à força dos direitos humanos – que se estabelece a teoria institucional do direito (MACCORMICK, 2009, p. 279).

2.6. Entre o direito e a política: a função do poder na teoria institucional do direito

A política diz respeito ao exercício do poder de governar, o que se manifesta por poderes unilaterais e voltados ao bem comum. Unilaterais na medida em que são formados por atos que geralmente não dependem do consentimento daqueles a quem a decisão é dirigida ou por ela são afetados, pois podem ser impostos por meio do uso da força. Voltados ao bem comum, porque seu exercício deve ser desprovido de favoritismo pessoal (esse é o conteúdo mínimo de interesse público, que não precisa ser necessariamente interesse de todos) (MACCORMICK, 2009, p. 172).

No Estado de Direito, interesse público é associado a um sentido mais forte e está relacionado à ideia de bem comum, o que exige: i) o justo tratamento de todas as pessoas sujeitas à jurisdição estatal, de acordo com uma referência estável de justiça; e ii) que o governo se conduza tendo em vista a manutenção ou a promoção do bem-estar de todos (MACCORMICK, 2009, p. 172-174).

A disputa pelo poder político envolve embates entre programas políticos distintos, com concepções de bem comum e justiça. Como o Estado de Direito é compatível com inúmeras ideologias ou programas políticos, deve ele se caracterizar pela garantia de igualdade de oportunidades no acesso ao poder político (democracia).

No Estado de Direito, contudo, o exercício do poder público encontra limitação não apenas nas obrigações que devem ser perseguidas (voltadas ao bem comum, na forma do programa escolhido democraticamente), mas também na proteção dos direitos fundamentais daqueles que são afetados (que impõem limites aos meios da ação estatal) (MACCORMICK, 2009, p. 174-176).

Disso tudo resulta que, em Estados constitucionais democráticos, o direito público tanto define o conteúdo da política quanto fixa a moldura em que ocorre a ação política⁴⁸. Por outro lado, a política elabora o conteúdo da ordem jurídica que, apesar de não ser arbitrário, pode assumir distintas configurações (MACCORMICK, 2009, p. 169).

⁴⁸ MACCORMICK, Neil. *Institutions of Law: an essay in legal theory*. Oxford University Press, 2009. p.176.

Essa interconexão estreita entre direito e política traz à tona algumas indagações (MACCORMICK, 2009, p. 176-180).

Como o exercício do poder político não conduz ao colapso do direito, considerando a natural propensão de a ação política buscar reformular todo o direito à luz das circunstâncias do momento?

Como o direito não conduz ao esvaziamento da política, na medida em que funciona como um constante limitador de sua atuação?

Basicamente, não ocorre o colapso entre o direito e a política porque a sociedade moderna é formada por sistemas⁴⁹ fechados, autorreferenciados e diferenciados, que se influenciam, mas que não se anulam, haja vista operarem em espaços distintos, com linguagem própria⁵⁰.

No sistema político, as leis são o produto (*outputs*) da atuação da política e, no seu processo decisório, os políticos levam em consideração interesses econômicos, questões morais e até jurídicas.

Essas mesmas leis construídas pelo sistema político segundo sua lógica de poder são recebidas como insumo (*input*) pelos Tribunais (sistema jurídico), que as trata como um material jurídico ao lado de outros (outras leis, a Constituição, tratados internacionais, princípios). Desse processo jurídico, resultará uma decisão jurídica (*output* do subsistema jurídico).

Essa decisão judicial será recebida pela Administração Pública como um insumo político, ao lado de outros (como demandas da comunidade de eleitores, metas políticas, orçamento etc.), e, nesse processo, gerará uma decisão política. E assim por diante.

A lei estabelecida pelo Legislativo gera, portanto, uma comunicação entre o sistema político e o jurídico em diversos momentos, com códigos próprios: i) o processo

⁴⁹ MacCormick sugere que a teoria dos sistemas de Luhmann oferece um poderoso acervo teórico para entender a interconexão entre direito, política e economia (elementos esses que integram a vida social contemporânea). Não ignora MacCormick que, para Luhmann, o ser humano aparece no sistema físico interagindo com os outros sistemas circundantes. Essa tese de Luhmann, no entanto, não convive com a premissa da autonomia moral do sujeito. Nas palavras de MacCormick: “The fundamental premises of the argument form moral autonomy come first, as far as I am concerned. Human societies are societies of persons with capacity to realize moral autonomy in their lives. This can occur in conditions of civil society (perhaps in others as well, but certainly in civil society), where civil interaction of persons is possible. Civil society requires some form of law, and the legal order of a constitutional state, or law-state, is certainly a key element in securing civility. But other key elements are economy relations and politics. To accept system-theory for the light it sheds on these interacting elements does not require one to abandon critical judgment in respect of some less convincing parts of the theory.” (MACCORMICK, 2009, p. 303).

⁵⁰ “Esses sistemas seguem códigos distintos, precisamente, por um lado, o código direito/não-direito, e por outro, o código poder/não-poder. Esses sistemas servem para funções diferentes e assim projetam códigos e funções de modo diverso. São reciprocamente competentes, mas cada um em um sentido diferente. As suas respectivas autoreproduções (*autopoiesis*) são assim realizadas em redes, networks, em tudo muito diferentes. Um mínimo de rigor teórico impede a sua identificação.” (LUHMANN, 2006, p. 16).

legislativo (debates políticos e formulação da lei); ii) a lei promulgada; iii) a interpretação pelos juízes e Tribunais; iv) a resposta dos políticos à interpretação feita pelos Tribunais.

Nessa comunicação, a Constituição ocupa um papel de destaque.

A respeito desse assunto, Luhmann enfatiza que, não obstante “a idéia de que a sociedade política possa ser dada de forma jurídica ou possa ser fundada mediante contrato (...) integra uma longa tradição” (LUHMANN, 2006, p. 4), o Estado Moderno lança novas luzes sobre essa questão ao consagrar a ideia de Constituição como lei fundamental.

Com efeito, no Estado Moderno, a Constituição funciona como uma reação à diferenciação entre direito e política, atuando como uma religação entre esses dois sistemas, um mecanismo de comunicação entre essas duas esferas⁵¹.

De um lado, a Constituição remete-se à política por meio de conceitos jurídicos, o que foi essencial para viabilizar que o direito se formasse como sistema fechado, pelo qual a política sente-se obrigada a respeitar o direito⁵².

Mas não é só. Na consciência do constitucionalismo, as Constituições valem não apenas como instituições do sistema jurídico, mas também como instituições do sistema político. Luhman atribui isso à necessidade de, na teoria política, resolver-se o problema da soberania, o que seria alcançado com a Constituição.

⁵¹ Observa Luhman que não é possível identificar causas específicas e categóricas para demonstrar a razão de a Constituição funcionar como acoplamento estrutural entre esses dois sistemas. Na verdade, constata-se que a Constituição contribui para a estabilização dos sistemas político e jurídico e que hoje funciona como um pressuposto desses sistemas. Pode-se fazer uma comparação, por exemplo, com relação à linguagem, que funciona como acoplamento estrutural entre a comunicação e a consciência; ou, ainda, com relação aos diplomas universitários, que funcionam como acoplamento estrutural entre os sistemas educacional e o econômico. Esses são também exemplos de Luhman de acoplamentos estruturais, que são inevitáveis em sociedades complexas (LUHMANN, 2006, p. 29).

⁵² Nas palavras de Luhmann, “A Constituição constitui e ao mesmo tempo torna invisível o acoplamento estrutural entre direito e política.” (2006, p.16). O conceito de acoplamento estrutural vem explicitado pelo autor: “O conceito de acoplamento estrutural foi escolhido no sentido de evidenciar contemporaneamente os limites dos encargos que [cada sistema] é capaz de suportar, e o que equivale a dizer o seu próprio não funcionamento. Esse conceito, é claro, não pode eliminar a identidade e a autonomia dos sistemas acoplados e não pode tampouco nem mesmo integrá-los em uma ordem hierárquico-assimétrica. E é vã a tentativa de se buscar nesse problema uma idéia definitiva em uma fórmula unitária. A diferenciação funcional entre sistema jurídico e sistema político não pode ser controlada nem por uma parte, nem pela outra. A partir do momento que o sistema político resolve com a Constituição os problemas de sua própria referenciabilidade, esse emprega portanto o direito. Esse emprego do direito só pode funcionar, no entanto, porque os sistemas não são congruentes, porque não se sobrepõem nem mesmo em uma medida mínima, mas, ao contrário, o sistema político pode se servir do sistema jurídico mediante hetero-referenciabilidade e, assim, mediante o recurso a um outro sistema funcional. O conceito de Estado, do mesmo modo, assinala a um só tempo uma organização e uma pessoa jurídica - segundo o sistema a partir do qual seja considerado”. (LUHMANN, 2006, p. 22-23)

Retomando o conceito de Carl Schmitt, para quem soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção, Luhman entende que o problema da soberania “caracteriza a unidade do sistema como um problema de decisão”. Prossegue na mesma assentada: “Em qualquer parte do sistema, assim diz a doutrina, deve existir a possibilidade de se decidir de modo não vinculado (independente, livre, arbitrário) e o sistema só pode se afirmar como uma unidade sem conflito (pacífica) se existir uma instância decisória desse tipo e sempre que não aconteça que todo nobre ou todo sindicato pretenda uma parte para si” (LUHMANN, 2006, p. 16-17). A Constituição funciona como referência política para resolver o problema da soberania.

Em síntese, dado que “nenhum sistema pode nascer e se reproduzir em bases exclusivamente autoreferenciais”, a Constituição permite que se alcance um “incremento de complexidade alcançado com a separação e a conexão entre sistema político e sistema jurídico”. Ou seja, “a novidade do projeto de Constituição do século XVI reside no fato de que a Constituição torna possível, a um só tempo, uma solução jurídica para o problema da auto-referenciabilidade do sistema político e uma solução política para o problema da referenciabilidade do sistema jurídico” (LUHMANN, 2006, p. 23-24)⁵³.

É certo que a projeção desse modelo – em que a Constituição atua como meio de comunicação entre os sistemas político e jurídico – depara-se com desafios para perpetuar-se como modelo no futuro. Seja porque há dúvidas sobre a capacidade de a política institucionalizada pela Constituição dar conta de demandas sociais relacionadas às minorias, à economia globalizada e mesmo às relações internacionais (e, nessa medida, o problema decisório da política precisa repensar a ideia de soberania), seja porque o direito constitucionalizado deixa de ser visto apenas como veículo de resolução de conflitos, mas também é pressionado a induzir comportamentos específicos, interferindo na definição de políticas públicas.

“Isso não significa necessariamente que se possa renunciar às Constituições”, significa, sim, que a Constituição deverá se confrontar com essa realidade (LUHMANN, 2006, p. 35). Ainda hoje, de qualquer modo, a Constituição é espaço privilegiado de compreensão dos sistemas jurídico e político, bem como de suas interconexões.

Enfim, numa perspectiva política, a Constituição é a moldura para a ação política. Numa perspectiva jurídica, a Constituição é a fonte do poder jurídico e o fundamento da validade jurídica (MACCORMICK, 2009, p. 177-178).

⁵³ “A relação entre o sistema político e o jurídico assemelha-se mais com a das bolas de bilhar que, apesar da contínua freqüência com que se entrecrocamos, cada uma continua a percorrer o seu caminho separado, do que com a de gêmeos siameses somente capazes de se moverem conjuntamente.” (LUHMANN, 2006, p. 25).

Deve-se ter claro, no entanto, que nem sempre essa comunicação é tranquila e exitosa.

Não raro, ocorrem falhas na implementação de programas políticos gestados pelo legislador. Isso pode acontecer quando a lei feita pelo legislador, ao ser integrada ao ordenamento jurídico, não permitir alcançar o resultado político previsto ou mesmo pela atuação abusiva do poder jurisdicional de negar vigência à política legitimamente estabelecida.

Significa dizer que a atuação política exitosa – que passa pela implementação da legislação – deve ainda ser coerente com a ordem jurídica posta e veicular de forma eficiente os valores almejados pelo processo político vitorioso (MACCORMICK, 2009, p. 178-180).

E como se deve conduzir o Judiciário?

Sem ignorar que haja uma dimensão política na atividade jurisdicional, isso não precisa significar que haja uma vinculação político-partidária dos magistrados. É dizer, a imparcialidade judicial é um valor político, que é relevante e deve ser perseguido (MACCORMICK, 2009, p. 180-182).

Com efeito, na perspectiva da política, a desvinculação do Judiciário da política partidária é uma preciosa aquisição, que deriva da ideia de Estado de Direito, a qual separa as funções Legislativa e Executiva da Judiciária.

O Judiciário precisa ter claro que, dentro dos limites jurídicos, o exercício do poder político encontra inúmeras possibilidades de atuação. Na verdade, o Direito não dá a receita do sucesso para a política nem tem condições de fazê-lo. É condição necessária, mas não suficiente para a existência de um Estado e de um sistema político (Estado de Direito). A existência e a manutenção de um sistema político e do Estado exigem também força e organização política.

Como sentença MacCormick, “o direito apenas facilita, enquanto o sistema político conduz os negócios do governo” (2009, p. 184), havendo nesse último infundáveis embates entre pretensões de superioridade na condução da vida pública.

Decorre disso tudo que compete à política modificar a forma de vida das pessoas, promovendo o bem-estar dos cidadãos e uma distribuição justa das riquezas entre elas, dentro dos limites do direito⁵⁴.

Considerando que o poder político é um poder jurídico, não pode ser negada a jurisdicionalização de questões políticas, que deverão ser decididas por um Judiciário independente, o qual certificará a legitimidade ou o desvio do poder do ato questionado, a partir de uma argumentação jurídica.

Deverá ser rotulado como indevido o exercício da atividade jurisdicional submetida à interferência política irregular, como a ameaça dos agentes políticos sobre os juízes. Pode também ocorrer interferência política irregular na atividade jurisdicional quando os juízes se envolvem na atividade política, resistindo à legislação que implementou reformas políticas (MACCORMICK, 2009, p. 178).

Tudo isso são anomalias a serem evitadas no Estado de Direito, cujo traço marcante é rejeitar autoridades absolutas, em que as condições de validade do exercício do poder político dependam apenas das palavras de quem o exerce (o que vale tanto para o Legislativo quanto para o Judiciário) (MACCORMICK, 2009, p. 180).

2.7. A dinâmica do direito como ordem normativa institucional

A constituição de uma ordem normativa institucional formal não põe fim exatamente ao problema das noções vagas, mas se volta mais à definição da decisão que deve prevalecer em situações de dúvida. Em ordens normativas formais, há uma instância definida para decidir a respeito de controvérsias e dúvidas, que deve se comportar em conformidade com o sistema normativo ao qual esteja vinculada (MACCORMICK, 2009, p. 22-24).

Para entender a perspectiva de análise que se adota, cabe uma ilustração.

É de conhecimento comum a regra do direito do trabalho que estabelece ser um direito potestativo do empregador rescindir o contrato de trabalho, sendo desnecessária a motivação para tomar essa iniciativa (salvo situações excepcionais previstas na legislação, tais como doença do trabalho do empregado ou estado gravídico da empregada).

⁵⁴ No Estado de Direito, os cidadãos atribuem à legitimidade um importante componente da atividade política (cf. MACCORMICK, 2009, p.183-184).

Se, todavia, a demissão imotivada de um empregado puder ser associada implicitamente à conduta preconceituosa do empregador, a Justiça do Trabalho poderá entender que a rescisão é inválida, amparando-se em interpretação que faça do abuso do direito. Pode-se entender que a leitura mais coerente do sistema de regras levaria à condenação do empregador ao pagamento de indenização, em vez de ao restabelecimento do vínculo de emprego. Mas a Justiça pode entender que a melhor solução para o caso passa pela declaração de nulidade do ato de rescisão⁵⁵.

Esse exemplo ajuda a evidenciar que o sistema de regras do direito confere certa previsibilidade para as condutas, mas não é infalível. Isso porque pode conceber justificativas legítimas para negar validade a atos que estariam conformados às regras⁵⁶.

Enfim, o direito moderno passa por um sistema de regras⁵⁷, mas as práticas sociais (dos Juízes e dos advogados) evidenciam que não se exaure nela.

⁵⁵ Assim entendeu o Tribunal Superior do Trabalho, para reformar acórdão do Tribunal Regional do Trabalho que aplicara o entendimento prevalecente de que é cabível a dispensa imotivada. Entendeu o TST, no caso, que a dispensa imotivada de empregado público (aprovado em concurso público) um dia após tomar posse representaria abuso de direito. A ementa esclarece: “DISPENSA SEM JUSTA CAUSA - SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA - ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 247 DA SBDI-1 - CONDUTA DISCRIMINATÓRIA - ABUSO DO DIREITO 1. Não obstante as sociedades de economia mista, no que se refere às relações trabalhistas, submetam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, podendo efetuar demissões imotivadas, a elas é vedada a prática de atos discriminatórios, como sói acontecer com qualquer empregador. 2. Há de aplicar-se, no caso, a teoria do abuso do direito, pela qual é ilícito o ato que, embora esteja abstratamente nos lindes do direito, afronta a sua finalidade (ou, como diria JOSSERAND, o espírito da lei). 3. Configura-se exercício abusivo do direito de demitir a conduta do Reclamado que, após realização de concurso público, convocou e deu posse ao Reclamante, para demiti-lo sumariamente no dia seguinte. (...) Recurso de Revista parcialmente conhecido e provido.” (TST-RR-97/2001-007-17-00.1, Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Data de Julgamento: 1/6/2005, 3ª Turma, Data de Publicação: 24/6/2005)

⁵⁶ Na vida cotidiana, anota MacCormick, as relações e posições jurídicas das pessoas não são postas em dúvida. Assim, por exemplo, se uma pessoa assina uma petição indicando um número de registro na Ordem dos Advogados do Brasil, não terá essa posição contestada, podendo assinar recursos, participar de audiências. Isso tudo ocorre porque a atuação do sujeito é feita num contexto institucional em que a atuação, seguindo determinados padrões, é presumivelmente válida e, nesse contexto, não será objeto de um entendimento consciente, salvo se algo começar a dar errado. Isso, adverte o autor, traduz uma característica do direito que se refere à possibilidade de as situações jurídicas estarem sujeitas a serem desafiadas perante instituições próprias e serem por elas invalidadas a partir de uma interpretação autoritativa do direito. Essa possibilidade é por ele denominada “*defeasibility*” (contestabilidade) (MACCORMICK, 2009, p. 163-166).

⁵⁷ Regras são normas que possuem dois elementos essenciais: i) a especificação de uma situação de fato (fatos operativos); ii) a fixação daquilo que deve suceder quando essa situação ocorre (consequências normativas). Diferentemente de regras, cujos fatos operativos delineiam circunstâncias específicas de aplicação, há os princípios, que são generalizações de valores cuja observância ajuda a assegurar o valor em questão (valores almejam, por definição, serem universalizados). Valores são normas que inspiram o processo decisório levando em consideração todas as circunstâncias, sem delinear circunstâncias particulares de aplicação. É nesse sentido que MacCormick utiliza “regra” e “princípio” para a teoria institucional do direito, o qual será contemplado neste trabalho.

Como argumenta Dworkin, “uma síntese acurada dos elementos que os juristas devem levar em consideração, ao decidirem um determinado problema sobre deveres e direitos jurídicos, incluirá proposições com a forma e a força de princípios e que, quando justificam suas conclusões, os próprios juízes e juristas, com frequência, usam proposições que devem ser entendidas dessa maneira”. Assim, “uma enunciação ‘plena’ de uma regra deve incluir suas exceções e que a formulação de uma regra que despreze as exceções será ‘incompleta’” (DWORKIN, 2007b, p. 119-120)⁵⁸. Ressalta, ainda, Dworkin que, frequentemente, as exceções não podem ser percebidas *a priori* pelo intérprete e nem podem ser pensadas como uma lista exaustiva.

No mesmo sentido, esclarece Guastini que “todos os princípios metodológicos da interpretação são diretrizes derrotáveis: é dizer, todos admitem exceções que não podem ser enumeradas de forma antecipada” (GUASTINI: 2010; p. 51). Vale ressaltar que a derrotabilidade não é uma propriedade objetiva das normas. Ao revés, é um produto da interpretação. Nas palavras de Guastini, “apenas a interpretação pode introduzir, às vezes, exceções implícitas às normas, mediante a técnica da ‘dissociação’” (GUASTINI: 2010; p. 76)⁵⁹.

De todo modo, não se pode ignorar que o sistema de regras oferece uma fórmula que funciona como presunção, de como as coisas seguirão: em princípio, se uma pessoa, tendo as qualificações *q*, realiza um ato *a*, de acordo com o procedimento *p*, nas circunstâncias *c*, então um caso válido da instituição *I* existe (MACCORMICK, 1992, p. 71).

De forma analítica, explica MacCormick:

Meu ponto é que mesmo em situações nos quais o Direito imponha requisitos claros de validade para um ato jurídico, qualquer ato que seja praticado em conformidade com esse regime deve ser considerado

Entre esses dois polos, há regras que se valem de conceitos indeterminados. É possível que regras formuladas explicitamente incorporem em si padrões, sem explicitar de forma precisa os fatos operativos ou as consequências jurídicas. Considere-se uma regra que diga: “o locatário deve avisar, com prazo razoável, a sua intenção de rescindir o contrato, sob pena de ter de pagar indenização proporcional ao proprietário”. Essa regra tem aplicação absoluta ou estrita, na medida em que afasta a possibilidade de a conduta ser objeto de decisão que parta de um vasto terreno de princípios (a regra estabelece que o direito de rescisão do locatário se baliza no fator tempo e que a consequência jurídica pela inobservância desse preceito é indenização e não outra coisa) (p. 30-31). (Cf. MACCORMICK, Neil. *Institutions of Law: an essay in legal theory*. Oxford University Press, 2009. p. 24-26 e p. 28-30).

⁵⁸ Esse foi um dos motivos que levou Dworkin a apresentar sua distinção entre princípios e regras: “Na verdade, uma das minhas razões para estabelecer a distinção entre regras e princípios foi mostrar quão costumeiramente as regras representam uma espécie de compromisso – que toma essa forma entre princípios concorrentes e como esse ponto pode perder-se ou submergir, quando falamos muito imprecisamente sobre como regras conflitam com princípios.” (2007b, p. 121-122)

⁵⁹ Tradução livre dos seguintes trechos: todos los principios metodológicos de la interpretación son directivas ‘derrotables’ [em inglês: defeasables]: es decir, todos admiten excepciones que no pueden enumerarse de forma anticipada” (GUASTINI: 2010; p. 51) [...] e “Es La interpretación, y solo la interpretación, la que a veces – mediante la técnica de la ‘disociación’ – introduce en las normas algunas excepciones implícitas” (GUASTINI: 2010; p. 76)

presumivelmente válido, salvo se for desafiado. Esse desafio deve ser baseado também na proposição de que condições legais não foram verdadeiramente satisfeitas ou que a presença de um fato superveniente pode viciar a validade do ato ou da instituição (cf. *Riggs v. Palmer*). (MACCORMICK, 1992, p. 72, tradução livre)

Essa postura traz repercussões práticas na forma de encarar o direito moderno e permite ver a interconexão entre as instituições jurídicas e a moralidade política, bem como explicitar as funções do Legislador e do Juiz. Nas palavras de MacCormick:

Em relação à legislação, é certo que compete em primeiro plano aos parlamentos e aos governos decidir as políticas que devem ser implementadas e os meios legislativos adequados para tanto. Mas a função de aplicar o direito de forma segura, harmônica e que lhe dê sentido é dos Tribunais por excelência [...]. Regras como fatos institucionais não são o direito por inteiro, mas elas são uma parte essencial do Direito, pelo menos nos sistemas desenvolvidos. (MACCORMICK, 1992, p. 73, tradução livre)

Essa essencialidade das regras decorre da necessidade de o direito prestigiar valores como uniformidade, autoridade, previsibilidade, coordenação e determinação de direitos, obrigações e responsabilidades (WALDRON, 2007).

Conquanto o *pedigree* das regras jurídicas derive de sua compatibilidade com as instâncias formais de produção jurídica, há de reconhecer-se que o direito, em certos casos, pode também surgir a partir de outros materiais, decorrentes de práticas sociais e do desenvolvimento de um modo de vida (juízos que não estão institucionalmente regulados). Nesses casos difíceis, a interferência da moral e da política podem se fazer sentir com maior intensidade no âmbito jurídico, afastando a solução que ordinariamente se esperaria do sistema (MACCORMICK; BANKOWSKI, 1986, p. 121-135).

Não se pode ignorar, pois, a força normativa da lei, assim como não se deve olvidar a influência da moralidade pública, da política e da economia na criação do direito. Para isso, é importante entender o direito como um feixe de regras que estabeleça as condições ordinariamente necessárias e presumivelmente suficientes para a existência ou criação válida de uma específica situação jurídica, sem desconsiderar que a flexibilidade do direito depende da elaboração e da aceitação de argumentos de política em casos complexos (o direito não é totalmente disponível pela autoridade, mesmo nos casos difíceis).

Mas esse balanceamento das regras não opera uniformemente e com a mesma intensidade para todos.

O sistema jurídico, por meio das normas de segundo nível (aquelas que atribuem competências para decidir)⁶⁰, estabelece os termos de autorização ou competência da autoridade decisória. Algumas vezes, determinará que a decisão seja tomada considerando que as regras devem ser vistas como de aplicação absoluta. Noutras situações, perante outras autoridades, a aplicação da regra pode ser discricionária (em diferentes perspectivas)⁶¹.

É nessa perspectiva que se vê que a força da regra vincula de forma diferente o Legislador, o Administrador Público e o Judiciário.

A compreensão do sistema jurídico passa pelo entendimento de que sua estrutura não decorre apenas de normas de conduta e de normas de competência. O pano de fundo teleológico (que constitui a moralidade institucional) também integra o sistema jurídico. Isso se constata da verificação de que certas autoridades gozam de discricionariedade no seu processo decisório, guiado por valores como eficiência, prudência, razoabilidade, bem comum etc.

Assim, é fundamental reconhecer o papel ocupado pela ideia de justiça na atribuição de sentido ao direito, seja para indicar o espaço de determinação racional do direito, seja para oferecer um parâmetro de avaliação das decisões (MACCORMICK, 1992, p. 17-21). Cuida-se, pois, de pensar a forma de organização do material jurídico (estruturas jurídicas), considerando os diversos órgãos de aplicação do direito (sobretudo, no que tange aos propósitos deste trabalho, do papel do Judiciário em confronto com o do Legislativo).

Em síntese, cabe examinar como o direito (compreendido como ordem normativa institucional) se manifesta no moderno Estado de Direito, que se vincula a alguma ideia de justiça e se forma politicamente, com base tanto na divisão e na efetiva coordenação e equilíbrio na realização de funções quanto nos direitos fundamentais, tendo no direito constitucional o elemento central da ordem normativa institucional (MACCORMICK, 2009, p. 34-37).

⁶⁰ Como visto, as ordens normativas formais são compostas por pelo menos dois níveis de práticas normativas: um nível de formulação da regra e um nível de administração da regra. No Estado moderno, essas funções estão geralmente separadas por diferentes órgãos, como medida para evitar a tirania e a arbitrariedade.

⁶¹ Nas regras de aplicação absoluta, a decisão é tomada sem que se levem em consideração outros elementos além dos fatos operativos. Nas regras de aplicação discricionária, a decisão é tomada considerando-se várias circunstâncias, além dos fatos operativos. O que definirá se uma regra tem aplicação absoluta ou discricionária não é a própria regra a ser aplicada (isso não é verificável internamente), mas as normas que regulam toda a atividade (MACCORMICK, 2009, p. 26-28).

2.8 Conclusão

Ao contrário do que concluiu Kelsen, a aplicação do direito não pode ser reduzida a mero ato de vontade. Pensar assim é ignorar a função orientadora que o direito exerce na sociedade moderna e a expectativa de justiça que lhe é inerente.

Significa dizer que, conquanto a existência da autoridade seja um marco do direito moderno (ou seja, a presença de uma instância institucional responsável por decisões), o conteúdo do direito não é totalmente contingente, definido pela livre vontade da autoridade.

O direito moderno hoje está comprometido com as ideias de justiça, democracia e direitos humanos, sendo certo que as autoridades encarregadas de interpretá-lo e aplicá-lo são demandadas a concretizar esses valores.

Não obstante isso, o consenso quanto à necessidade de o direito buscar a justiça, proteger os direitos humanos e promover a democracia pode camuflar um grande dissenso sobre o que significam exatamente o ideal de justiça, a proteção aos direitos fundamentais e a promoção da democracia e sobre quem deve dar uma resposta a respeito dessas questões (MACCORMICK, 2009, p. 195-201).

Alternativas institucionais foram concebidas pelo direito moderno para lidar com essa situação: i) a proteção jurisdicional dos direitos fundamentais, por meio da qual os tribunais decidem disputas de como regras ou princípios devem ser aplicados em determinado caso concreto e essas decisões funcionam como precedentes que balizarão a aplicação dessas mesmas normas no futuro; ii) a atividade legislativa, por meio da qual se podem tornar mais precisas dúvidas sobre a aplicação de questões controvertidas; ou iii) a adoção de Tribunais Constitucionais, que se valem de ritos judicialiformes para exercer um controle de compatibilidade dos atos estatais com a Constituição. Por fim, outro meio que se institucionaliza são as Cortes Internacionais de Direitos Humanos (como a Corte Europeia de Direitos Humanos (MACCORMICK, 2009, p. 201-205)⁶².

A verdadeira questão é compreender os arranjos institucionais mais adequados para definir o conteúdo dos direitos humanos, proteger a democracia e alcançar a justiça, sendo certo que não há solução capaz de oferecer garantias suficientes para evitar abusos de poder (MACCORMICK, 2009, p. 201-205).

⁶² Essa disputa entre modelos institucionais, adverte MacCormick, não pode ser confundida com uma disputa entre proteção aos direitos X proteção às instituições democráticas.

A lei, no Estado de Direito e em países como o Brasil, constitui uma estrutura institucional relevante. Apesar de não ter condições de oferecer uma zona completa de determinação, ela tem pode sim representar um ponto de partida na interpretação do direito, haja vista que traduz, em certa medida, um relativo consenso moral e político sobre determinada matéria.

Diante disso, não é correto conceber que a divergência sobre o direito opere com a mesma intensidade em todos os seus níveis de aplicação e perante todos os agentes e órgãos. Igualmente, é equivocado diluir o direito numa teoria de justiça.

É necessário reconhecer que há diversos níveis de questionamento sobre a lei: o cidadão, o Legislador, o Administrador Público, o juiz e o Supremo Tribunal Federal lidam com a lei sobre diferentes perspectivas.

De fato, empobrece o fenômeno jurídico concebê-lo apenas como um departamento da moral ou como uma instância da política. Isso porque essa visão ignora a dimensão atômica do direito, estabelecida nas relações obrigacionais do tipo direito-dever, que, na maioria das vezes, nem sequer é problematizada pelos indivíduos. Em verdade, essa forma equivocada de ver o direito focaliza apenas a dimensão molecular do direito, estabelecida em relações mais complexas, fundadas na compreensão de direitos fundamentais (trunfos, na expressão de Dworkin) como o direito à vida, à liberdade de expressão etc. (MACCORMICK, 2009, p. 133).

Como bem destacado por MacCormick, é frustrante ver que essa perspectiva estritamente normativa deixa de dialogar com o amplo material jurídico elaborado por séculos pelos juristas que buscaram elucidar a complexidade do conceito do direito, que vai além da concepção molecular do direito como declarações abstratas e gerais.

É em face disso que se entende que a perspectiva descritiva oferecida pela teoria institucional do direito permite que venha à tona o que realmente deve ser problematizado para se entender a normatividade do direito, sobretudo em situações complexas (que não podem ser banalizadas, porque não acontecem a todo o momento): que circunstâncias e práticas sociais fazem com que seja descartada a solução jurídica mais provável para dada situação? O que torna possível a superação do status de inércia das instituições e que se alcancem resultados até então imprevisíveis?

Com a base teórica enunciada neste capítulo, será possível melhor trabalhar com o tema da omissão legislativa e sua declaração de inconstitucionalidade, tentando evitar cair na

banalização do suprimento judicial da omissão inconstitucional, mas sem ignorar o papel do Judiciário na promoção do Estado Democrático de Direito.

PARTE II

SOBRE A SEPARAÇÃO DE PODERES: rumo à jurisdição constitucional

APRESENTAÇÃO

Com o propósito de controlar o poder e de garantir o exercício das liberdades e dos direitos pelos cidadãos, foram estruturadas na Modernidade diversas instituições⁶³.

Nesse cenário, destaca-se o princípio da separação de Poderes, compreendido basicamente como a divisão dos poderes do Estado entre diversos órgãos (confiados a distintas pessoas), que não teriam vínculos de subordinação entre si, mas esferas de competência próprias, a fim de controlar o exercício do poder pelo Estado e de conservar a liberdade (ou, de forma mais ampla, os direitos fundamentais) dos cidadãos (VILE, 2007, p. 13-23).

Nessa engenharia constitucional, o advento da jurisdição constitucional é um elemento relevante, que foi bem explorado pela Constituição de 1988 e pela leitura que dela fez o Supremo Tribunal Federal nesses quase vinte e cinco anos (de modo que hoje não soa estranho falar na existência de um Tribunal Constitucional, mesmo sabendo-se que qualquer juiz pode exercer o controle de constitucionalidade⁶⁴).

Com essa contextualização, é possível dar maior densidade e sentido ao significado do controle de constitucionalidade das omissões legislativas, tornando mais palpável o contexto em que essa severa intervenção no processo legislativo pode vir à tona e a função que o Supremo Tribunal Federal deve exercer nesse mister.

⁶³ Bem observou Searle, que as instituições (em sentido amplo) não têm como papel fundamental constranger as pessoas, mas criar novas classes de relações de poder. Por assim dizer, as instituições (marcadas por termos como direitos, obrigações, autorizações, necessidades e responsabilidades) criam poder deontico. Explica Searle que estruturas institucionais criam razões para a ação independentemente do desejo. Isso ocorre porque, ao criarmos estruturas institucionais (como governo, dinheiro, propriedade, família, amizade), incrementamos enormemente o poder humano e a capacidade humana para a ação. Mas a possibilidade de ter desejos e de satisfazê-los dentro do âmbito das estruturas institucionais (obter dinheiro, ser presidente, ter um cargo) pressupõe que haja o reconhecimento das relações deonticas [que expressam direitos, obrigações, necessidades] pela comunidade. O reconhecimento do poder institucional se dá tanto pela pessoa que é beneficiária como pelos demais participantes da instituição (SEARLE, 2006, p. 101-103).

⁶⁴ Como observa Riccardo Guastini, “sempre que o controle difuso se combina com o princípio da *common law* do precedente vinculante (*stare decisis*), como sucede nos Estados Unidos, a Suprema Corte dispõe praticamente do mesmo poder que um Tribunal Constitucional” (GUASTINI, 2010, p. 48, tradução nossa). É o que ocorre hoje no âmbito do Supremo Tribunal Federal, mesmo quando exerce o controle difuso, em vista, por exemplo, da objetivação do recurso extraordinário (QUINTAS, 2008).

3 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

3.1 Introdução

O Estado de Direito nasce no final do século XVIII sob a premissa da celebração de um novo pacto social firmado entre indivíduos livres com seus governantes. Esse pacto social serve como metáfora para expressar a base moderna das relações políticas, fundada na garantia de direitos e na limitação do poder, com o propósito claro de evitar o arbítrio dos governantes⁶⁵. Trata-se do advento do constitucionalismo (CANOTILHO; VITAL MOREIRA, 2007, p. 205-207).

De fato, como esclarece Peter Häberle, “a pretensão geral do constitucionalismo é a legitimação, contenção e controle do poder estatal e, em parte, também do poder da sociedade (por exemplo, na eficácia privada dos direitos fundamentais), tendo como base um consenso fundamental” (HÄBERLE, 2007, p. 69).

Tem-se, assim, num primeiro momento, a formalização de diversas Declarações de Direitos ao longo do século XVIII, que enunciam os direitos naturais e suas limitações, admitidas para viabilizar a vida em sociedade. Pressupondo essa declaração de direitos (que, formalizada ou não, antecede logicamente o texto constitucional), a Constituição surge para regular as relações políticas na sociedade (deixando de fora do poder político um núcleo irredutível de liberdade) (FERREIRA FILHO, 2009, p. 5)⁶⁶.

É que, como lembra Jon Elster, citando John Potter Stockton, “Constituições são correntes com as quais os homens se amarram em seus momentos de sanidade para que não morram por uma mão suicida em seu dia de frenesi”, ou, valendo-se das palavras de Cass Sunstein, “as estratégias de pré-compromisso constitucionais poderiam servir para superar a miopia ou a fraqueza da vontade da coletividade” (ELSTER, 2009, p. 120).

A Constituição – como espaço em que se equilibram os poderes e se garantem os direitos (FIORAVANTI, 2001, p. 95) – adquire, portanto, a função ora de restringir a autonomia dos agentes político-estatais, ora de restringir a liberdade de um conjunto de

⁶⁵ A Modernidade surge na história política com a doutrina do pacto social, firmado por indivíduos plenamente livres e com os direitos decorrentes do estado de natureza, com o propósito de “estabelecer a vida em sociedade de seres humanos naturalmente livres e dotados de direitos”, no que se diferencia do Estado Absolutista, que também se vale da doutrina do pacto social para justificar o poder político, porque esse não estabelece o pacto entre indivíduos livres e o soberano, mas entre Deus e o soberano (FERREIRA FILHO, 2009, p. 4).

⁶⁶ Como noticia FERREIRA FILHO (2009, p. 6), “só mais tarde, por economia de tempo e trabalho, é que se passou a estabelecer num mesmo documento a declaração de Direitos (o pacto social) e a Constituição (o pacto político).”

atores político-sociais, resguardando e limitando o processo democrático e a liberdade dos cidadãos.

Esse é o problema que enfrenta o constitucionalismo, preocupado tanto com a contenção do poder como também com a promoção de uma comunidade política vibrante formada por indivíduos autônomos, perseguindo o equilíbrio entre a igualdade do processo democrático e a liberdade do indivíduo.

E ainda assim é hoje. O constitucionalismo, hoje, parte da convicção de que “é necessário estabelecer e apoiar valores que propiciem a estabilidade do sistema político e preservar os procedimentos que protegem a liberdade individual dentro de uma sociedade democrática” (VILE, 2007, p. 413, tradução livre).

Inserida nessa tradição do constitucionalismo, a Constituição de 1988 é chamada a lidar com a difícil tensão entre a autonomia própria da esfera privada de cada cidadão e a igualdade propugnada na esfera pública democrática, entre a lógica liberal do pluralismo (em que cada um é senhor de si mesmo) e a lógica democrática da equivalência (em que cada um, como integrante da comunidade, respeita as deliberações políticas).

Mas quem deve ter a autoridade para determinar se as decisões coletivas obtidas pelo processo democrático infirmam ou não os direitos dos indivíduos, tal como estabelecido na Constituição? Como decidir se a conformidade da Constituição exige o reconhecimento da pretensão individual ou da pretensão coletiva?

A tarefa que a Constituição é chamada a cumprir – de conciliar a emancipação dos indivíduos (resguardando a possibilidade de concretização de seus projetos de vida) com o fortalecimento dos laços da comunidade política – só se completa com a existência de mecanismos e autoridades que a façam valer.

A Constituição de 1988 estabelece algumas balizas para essa empreitada, as quais muitas vezes ressaltam a tensão de que ora se fala.

De um lado, elege como fundamento o pluralismo político e a soberania popular (art. 1º, incisos I e V e p. único), de outro, o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III). De um lado, estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, inciso II), de outro estabelece, em favor dos cidadãos, direitos individuais e sociais que se projetam perante o Estado e toda a sociedade. De um lado, prestigia o princípio democrático e o papel do

Legislativo (art. 1º, p. único, da CF), de outro cria um forte sistema de tutela de direitos (que passa pela garantia da inafastabilidade da jurisdição – art. 5º, XXXV, da CF –, da autoaplicabilidade dos direitos fundamentais – art. 5º, § 1º, da CF – e pela jurisdição constitucional [art. 97, 102 e 103, entre outros dispositivos constitucionais]).

Nesse universo de tensões (que encontram, muitas vezes, no Legislativo e no Judiciário dois polos), o princípio da separação de Poderes (art. 2º da CF) constitui uma via privilegiada de discussão, porque se propõe a entender as instituições políticas do Estado Moderno em suas inter-relações, no contexto do controle do exercício do poder estatal (pois devemos aceitar que o abuso do poder pode vir de qualquer órgão do Estado [Governo, Parlamento, Administração Pública ou Judiciário]) em vista dos valores que o constitucionalismo pretende assegurar (justiça, igualdade, liberdade) (VILE, 2007, p. 1-4, p. 413)⁶⁷.

3.2 A doutrina da separação de Poderes

O germen da separação de Poderes já pode ser visto na concepção inglesa da *rule of law*, dos idos do século XII, pela qual se entendia a impossibilidade de o elaborador da norma ser seu aplicador (no sentido judicial e executivo). Tem, como precursores teóricos, diversos pensadores, com Aristóteles, Políbio, Marsílio de Pádua e Harrington (PIÇARRA, 1989, p.31-74; FIORAVANTI, 2001, p. 87-90; VILE, 2007, p. 62-68).

Não obstante isso, a formulação do princípio da separação de Poderes, tal como identificado hoje, está relacionada basicamente a dois pressupostos: a consideração de que a sociedade civil é formada por indivíduos autônomos (de modo que a formação de governos legítimos demandaria a celebração de um pacto social⁶⁸) e de que a separação de Poderes (funções) entre diferentes órgãos (pessoas) é expediente relevante para conter arbitrariedades (governo limitado) e assegurar a legitimidade do governo.

⁶⁷ Em sua antológica obra de 1967, intitulada *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Maurice J. C. Vile propõe-se a examinar a teoria política e constitucional moderna, desde o século XVII até o pós- II Guerra Mundial, tendo como eixo o princípio da separação de Poderes, a partir da análise dos contextos em que o princípio foi concebido como doutrina, reformulado em vista da influência da teoria da Constituição equilibrada, e assimilado pelo Constitucionalismo norte-americano, inglês (antes e depois do governo parlamentar de Gabinete) e francês (desde o período revolucionário até a V República) (VILE, 2007). Ao lado da soberania, da democracia e dos direitos fundamentais, a separação de Poderes mostra-se um eixo privilegiado para compreender o constitucionalismo.

⁶⁸ Essa premissa não existia na Antiguidade (mesmo na democracia grega), que não via o indivíduo como detentor de autonomia, pois o ser humano apenas adquiria seu sentido pleno na Pólis.

Por isso, pode-se dizer que o princípio da separação de Poderes apenas obteve formulação autônoma com Montesquieu, que se preocupava com a prevenção do absolutismo (MORAES, 2005, p. 370), mas já encontra fundamentos sólidos no pensamento de Locke⁶⁹ (VILE, 2007, p. 67-68).

Montesquieu, que propunha uma divisão do poder soberano, assim entendia: “para que um cidadão não tema outro cidadão, é preciso que os três poderes não sejam exercidos pelo mesmo homem ou pelo mesmo ‘corpo dos principais’ (sejam eles oriundos da nobreza, sejam eles oriundos do povo)” (AMARAL JÚNIOR, 2008; p. 56).

Com efeito, no modelo institucional de Montesquieu, concebido para uma sociedade estamental, a organização do poder estatal deveria considerar a estratificação social e a atuação estatal deveria buscar a neutralidade (ou seja, evitar que a ação do Estado resultasse da vontade de um poder social em detrimento dos outros).

Era, portanto, imprescindível, na visão de Montesquieu, que, para se obter a estabilidade do governo, houvesse a divisão dos centros do poder político: um governo estável não precisa apenas contemplar todos os poderes sociais, precisa ainda evitar que o poder político esteja concentrado em um único centro de poder (MONTESQUIEU, 1997, p. 201-203 [Espírito das Leis, Livro XI, Cap. VI]). Tratava-se, pois, de gerar uma “Constituição Equilibrada”, em que os três poderes sociais (rei, Lordes e Comuns) exercessem a autoridade legislativa, bem como tivessem prerrogativas próprias (VILE, 2007, p. 76).

Essas premissas da doutrina de Montesquieu, ainda inspirada na concepção medieval da constituição mista (Estado Misto), não se harmonizam com outro cânone do pensamento moderno, que também exercia à época forte influência: a doutrina da soberania.

⁶⁹ Como explica Maurice Vile, há autores que apresentam objeções à tese de que Locke seja considerado defensor da doutrina da separação de Poderes, tendo em vista sua firme defesa da supremacia do corpo legislativo, o que não seria compatível com a ideia de divisão de funções entre instâncias diferentes, que atuariam de forma coordenada, sem subordinação (nesse sentido, Piçarra (1989). Essa confusão sobre o posicionamento de Locke é fruto da ambiguidade que cerca os termos “legislativo” e “corpo legislativo” em sua obra. Maurice Vile discorda desse entendimento, por considerar que Locke não propunha verdadeiramente a supremacia do Legislativo, e sim uma supremacia das leis, que é plenamente compatível com a doutrina da separação de poderes. Nas palavras de Vile: “Su expresión [Locke] ‘supremacía legislativa’ no quiere decir que el ejecutivo deba funcionar como un mero ‘chico de los recados’, totalmente subordinado al cuerpo legislativo y limitado al ejercicio de las funciones que le son propias. Muy al contrario, es el poder del cuerpo legislativo el que estará limitado al ejercicio de sus funciones [...]. Así pues, de todo lo dicho se desprende que, con la expresión ‘supremacía legislativa’, Locke no se refería en absoluto a que el cuerpo legislativo tuviera derecho a hacer lo que le viniera en gana, de la manera en que le viniera en gana” (VILE, 2007, p.71). Locke, no entanto, não identifica uma função judicial autônoma (que veio a prevalecer na Inglaterra apenas em 1701, com o *Act of Settlement*), o que se verifica na doutrina de Montesquieu (VILE, 2007, p. 75-76, p. 85-99).

A soberania, outro pilar do Estado Moderno, presente no pensamento de Jean Bodin, Hobbes, Rousseau e Sieyès, busca identificar um núcleo rígido e inalterável do poder político, que reflita as características fundamentais da comunidade política e que seja a base de uma convivência civil suficientemente ordenada e duradoura, que não ceda à força corrosiva das mudanças (FIORAVANTI, 2001, p. 77-81; VILE, 2007, p. 208).

Rousseau atribuiu a soberania ao povo. Por isso mesmo, para ele, não havia de se falar propriamente de separação de Poderes, uma vez que todo o poder soberano – que era do povo – devia estar representado na vontade geral, que se expressa por meio de leis gerais, impessoais, abstratas e voltadas à concretização do bem comum (ROUSSEAU, 1997, p. 105-108 185-113 [Livro II, Capítulo VI, “Do Contrato Social”]; FERREIRA FILHO, 2009b, p. 46-54).

Manoel Gonçalves Ferreira Filho enfatiza, ainda, que, para Rousseau, “o poder do legislador se destinava, pois, a ‘proclamar uma regra anterior e superior a ele’. Uma regra cuja força repousava no *consensus populi*” (FERREIRA FILHO, 2009b, p. 54).

Rousseau consagra, portanto, o monismo do legislador na proclamação do direito (valendo ressaltar que negava a ideia de representação política, por entender que um corpo de representantes não poderia exprimir a vontade geral).

É com base nisso que Maurizio Fioravanti entende ser vã a tentativa de encontrar em Rousseau um limite à soberania popular, pois o povo, manifestando a vontade geral, seria o melhor intérprete das leis fundamentais. Desse modo,

[...] a constituição está para ele [Rousseau] totalmente absorvida pela soberania, no sentido de que para Rousseau segue sendo verdadeiro o que Hobbes havia afirmado: que a única lei fundamental é a que obriga a preservar a integridade do poder soberano, que agora, no umbral da Revolução, se manifesta na forma de lei geral e abstrata, em si produtora de igualdade (FIORAVANTI, 2001, p. 85, tradução livre⁷⁰)

Elementos da doutrina da soberania popular e da separação de Poderes influenciaram as Revoluções do século XVIII (notadamente a americana e a francesa), o

⁷⁰ No original: “la ‘constitución’ está para él [Rousseau] totalmente absorbida por la soberanía, en el sentido de que para Rousseau sigue siendo verdadero lo que Hobbes había afirmado: que la única ‘ley fundamental’ es la que obliga a preservar la integridad del poder soberano, que ahora, en el umbral de la Revolución, de manera todavía más clara y transparente se manifiesta en la forma de la ley general y abstracta, en sí productora de igualdad.”

desenvolvimento do pensamento político e constitucional a partir de então e a fixação de arranjos político-institucionais voltados a oferecer uma conciliação entre os ideais da soberania popular, da democracia moderna, da proteção dos direitos e do governo das leis, elementos esses que passam a interagir no constitucionalismo moderno (FIORAVANTI, 2001, p. 100-120).

Para realizar essa síntese, o constitucionalismo beneficia-se da ideia de poder constituinte (que encontra formulação teórica na obra de Sieyès, em 1789, e expressão histórica na Revolução norte-americana). Como bem elucida Maurizio Fioravanti:

No exercício do poder constituinte, estava contida uma indestrutível expressão da soberania, com a qual todo um sujeito coletivo pretendia reconstruir toda uma nova forma política. Era o que o constitucionalismo sempre havia temido. Mas o que era realmente extraordinário era a circunstância de essa vontade soberana associar-se à constituição (...). O poder constituinte das revoluções pode ser representado como o ponto em que as duas distintas e opostas tradições, da soberania e da constituição, tendem a confluír e a relacionar-se (FIORAVANTI, 2001, p. 103-104, tradução livre)⁷¹.

Ao fim, emergiu uma constituição democrática dirigida a instituir um governo limitado, no sentido específico de um governo compreensivo de que possui poderes intrinsecamente limitados, precisamente porque não eram originários, mas sim derivados do poder constituinte que fixou as suas competências, dentre das quais é exercido o poder de forma legítima [...]. (FIORAVANTI, 2001, p. 106-107, tradução livre)⁷²

Desse contexto, Ingeborg Maus distingue duas espécies de institucionalização de divisão de poderes no constitucionalismo moderno: a parlamentarista e a não parlamentarista (MAUS, 2010).

Para a Autora, a divisão de poderes no chamado governo parlamentarista:

⁷¹ No original: “En el ejercicio del poder constituyente estaba contenida una indestructible expresión de la soberanía, con la que todo un sujeto colectivo pretendía reconstruir toda una nueva forma política. Era lo que el constitucionalismo siempre había temido. Pero lo realmente extraordinario de lo que estaba sucediendo era que esa misma voluntad soberana tendía a asociarse explícitamente a la constitución, a convertirse en voluntad generadora de orden, de renovada estabilidad. El poder constituyente de las revoluciones puede ser representado como el punto en el que las dos distintas y opuestas tradiciones, de la soberanía y la de la constitución, tienden a confluír, a relacionarse.”

⁷² No original: “Lo que al fin emerge fue una constitución democrática dirigida a instituir un gobierno limitado, en el sentido específico de un gobierno comprensivo de poderes que resultan ser todos intrínsecamente limitados, precisamente porque no eran originarios, sino derivados del poder constituyente que los había previsto en la constitución con ciertas competencias, de manera que los considera legítimamente operantes sólo en un determinado ámbito previamente definido [...]”.

[...] baseia-se em uma institucionalização (representativa) do princípio da soberania popular. O parlamento é compreendido como comissão do povo, o governo como comissão do parlamento [...]. Esta concentração de todo o poder de legislação no parlamento não significa [...] nada mais que a indivisibilidade da soberania (do povo), a qual é identificada pelos contratualistas com a competência para a legislação. Destarte, a versão da separação dos poderes parlamentarista, baseada na soberania popular, tem uma estrutura de controle (e legitimação) vertical, que transcorre de baixo para cima: o povo controla, de forma ideal, o parlamento, o parlamento controla o governo. (MAUS, 2010, p. 28-29)

Fácil deduzir que a referência histórica desse modelo pode ser situada no Gabinete Parlamentar inglês, de meados do século XIX, em que o Governo é concebido como uma delegação da assembleia parlamentar, experiência essa que servirá como um contraponto para pensar alternativas (ou para estabelecer uma crítica) ao desenvolvimento da separação de Poderes tal como praticada, por exemplo, nos Estados Unidos e na França, na vertente não parlamentarista da divisão de poderes (VILE, 2007, p. 237-265).

A divisão de poderes não parlamentarista, de seu turno, é associada ao modelo de Montesquieu, que se consagrou como o princípio da separação de Poderes, segundo o qual

[...] os poderes separados unicamente de forma pessoal trabalham no mesmo âmbito funcional da legislação, concorrendo, assim, uns com os outros como fatores de poder parcialmente soberanos, eles se mantêm mutuamente dentro de certos limites. O legislativo e o executivo estão também obrigados através de um direito de veto unilateral a uma cooperação moderada; dentro do legislativo, a Câmara dos Comuns e a Câmara dos Pares (ocupada pela nobreza) inibem-se pelo direito de veto recíproco. A liberdade dos súditos, tema importante em Montesquieu, é assegurada em uma monarquia moderada por este equilíbrio horizontal de ‘checks and balances’ que hoje é considerada o sistema da divisão dos poderes pura e simplesmente. (MAUS, 2010, p. 29)

Nessa forma de ver a separação de Poderes, o equilíbrio da função legislativa – exercida por poderes distintos, para garantir o balanceamento de pontos de vista e de opiniões – estaria, inicialmente, assegurado pela coparticipação dos poderes sociais na função legiferante (VILE, 2007, p. 90-93).

Com o constitucionalismo norte-americano, o modelo de Montesquieu é adaptado para que, consagrada a ideia de soberania popular (todo o poder emana do povo, cuja

vontade se manifesta por seus representantes), haja a divisão de poderes (ou, melhor dizendo, funções, pois não há mais vinculação entre poder social e poder estatal, considerando que a sociedade norte-americana não é estratificada), no modelo de *checks and balances* (freios e contrapesos), em que não há independência absoluta entre os poderes, porque há espaço para a interdependência (HAMILTON *et. al.*, 2011, n. 47).

Nos Estados Unidos, no último quarto do século XVIII (notadamente entre 1776 e 1787), estava claro que o ponto de partida da organização política na nova nação era a liberdade e a igualdade dos cidadãos (pelo menos do ponto de vista de ideal político) (VILE, 2007, p. 167-168). Tinha-se consciência de que não haveria como se falar em liberdade onde houvesse poderes absolutos, fossem eles exercidos pelo monarca, fossem eles exercidos por um corpo legislativo (VILE, 2007, p. 153). Também estava claro que a doutrina da separação de Poderes era o único princípio constitucional coerente sobre o qual se poderia construir uma Constituição que prescindisse da monarquia e da aristocracia (e da existência de poderes sociais) (VILE, 2007, p. 158).

Mas havia várias questões abertas. Por exemplo, na formação do Poder Executivo (num contexto político em que não havia Rei), cabia definir o processo de escolha de seu Chefe (eleição direta ou indireta?), seus poderes (participaria ou não do processo legislativo?), mecanismos de controle (faria sentido falar em *impeachment*?), forma de nomeação dos cargos (livre nomeação ou escolha pelo Legislativo?), representação externa (poderes para firmar tratados, declarar a guerra e celebrar a paz) (VILE, 2007, p. 158-159).

Na formação do Poder Legislativo, tinha-se em mente a importância de garantir que suas decisões prevalecessem na criação do direito, mas que o corpo legislativo não fosse um poder onipotente. Para maior parte dos norte-americanos, o povo constituía o poder constituinte e o corpo legislativo seria mero poder delegado (VILE, 2007, p. 160).

Nesse quadro de indefinições, uma separação de Poderes absoluta, que partisse apenas de uma diferenciação intelectual das funções do Estado (sem fundamento em qualquer diferenciação social), deixaria apenas aos eleitores a aplicação das sanções por eventual descumprimento do arranjo constitucional (responsabilidade eleitoral), a evidenciar a fragilidade de eventual arranjo constitucional posto nesses termos. Essa compreensão levou os constitucionalistas norte-americanos a recorrerem ao expediente da Constituição equilibrada – consagrada na expressão “*checks and balances*” –, pelo

qual, além da responsabilidade eleitoral, os poderes estariam submetidos ao controle recíproco⁷³ (VILE, 2007, p. 162-163).

Esse expediente de prever hipóteses de atuação de um poder na atividade de outro, conquanto não se amoldasse a uma forma absoluta de ver a separação de Poderes, era paradoxalmente necessário para aplicar de forma eficaz essa doutrina (VILE, 2007, p. 170).

Essa engenhosa estrutura constitucional engendrada na Constituição norte-americana, que serviu de inspiração para outros países, não esteve isenta de críticas e reformulações com a passagem do tempo.

Nos Estados Unidos, após a Guerra de Secessão e até meados do século XX, o Constitucionalismo norte-americano esteve em crise. Podem-se enumerar, pelo menos, três fatores que contribuíram para a percepção de que a estrutura constitucional pensada pelos *Founding Fathers* seria insuficiente.

Em primeiro lugar, havia a compreensão de que a separação de Poderes, com seus freios e contrapesos, era uma barreira à participação popular direta nas deliberações políticas e que servia ao propósito de preservação do *status quo*. De certo, trata-se de uma releitura do pensamento republicano de Thomas Jefferson, mas com referências históricas, sociais e ideológicas próprias. Para ilustrar, pode-se lembrar de que, do ponto de vista histórico, havia um movimento contra o poder econômico e político dos grandes capitalistas (magnatas do petróleo, das ferrovias e os financeiros) e a favor de uma participação maior do Estado na atividade econômica para a promoção da igualdade (vide o *New Deal*) (VILE, 2007, p. 293-296, p. 303-306).

Em segundo lugar, há a crescente consciência da importância dos partidos políticos, dos grupos de pressão e da opinião pública nas deliberações políticas (sobretudo legislativas). Essa tomada de consciência sobre a importância dos grupos de pressão levou à indagação sobre o papel das teorias constitucionais que centravam sua análise quase que exclusivamente nas instituições formais do Estado (VILE, 2007, p. 297, p. 316-318).

⁷³ Como anota Maurice Vile, “[...] en Estados Unidos el esquema de frenos y contrapesos se convirtió en un elemento necesario, pero subordinado, de un sistema en el que las ramas del Estado, separadas mediante una división funcional, podían mantener su independencia. Así, reaparecían transformadas las ideas de Bolingbroke y Montesquieu, despojadas de todos sus componentes hereditarios, y aplicadas a un sistema de gobierno inequívocamente democrático.” (2007, p. 169)

Por fim, a estrutura estatal norte-americana passou a incorporar a noção de Administração Pública, que se manifestava por meio de *Agencies* ou *Comissions* e que não se ajustava à compreensão clássica que se tinha da separação de Poderes. Com efeito, os Estados Unidos, por influência da Europa continental (notadamente França e Alemanha), passaram a ter um interesse crescente pela reforma da Administração Pública e da burocracia estatal e com o desenvolvimento do direito administrativo. Nesse cenário, o desenvolvimento de novos procedimentos de criação normativa por meio de Comissões e Agências levou ao questionamento da clássica divisão dos poderes do Estado (VILE, 2007, p. 297, p. 308-312).

Em face desse contexto, anota Maurice Vile que a teoria política do século XX chegou à conclusão de que o Legislativo não é o único emissor de normas dentro do sistema político, pois tanto os órgãos executivos quanto os Tribunais criam normas, bem como é certo que certas instâncias administrativas resolvem controvérsias. As funções administrativas, judiciais e legislativas não são exclusivas de estruturas específicas: cada uma das estruturas políticas ou estatais pode realizar várias funções, havendo, por assim dizer, uma multifuncionalidade das estruturas políticas (VILE, 2007, p. 323-324).

Todas essas circunstâncias colocaram em xeque o prestígio do princípio da separação de Poderes, seja em sua versão pura e absoluta, seja na perspectiva dos *checks and balances*. De fato, questionou-se o próprio valor do princípio da separação de Poderes no novo contexto social e político. O seu valor explicativo (descritivo) parecia ter se exaurido, pois as estruturas estatais e sociais não mais se conformavam ao modelo clássico. O seu valor normativo estaria esgotado ante a percepção de que não teria condições de oferecer um padrão decisório consistente (VILE, 2007, p. 318, 325).

Do ponto de vista descritivo, ganhou espaço uma análise comportamental dos processos sociais e políticos: o valor da análise política e social estaria nos problemas cotidianos da gestão estatal. Do ponto de vista normativo, a separação de Poderes deixou de oferecer uma base segura de reflexão e avaliação. Exemplo dessa situação é a criação de expressões como poderes “quase-legislativos” ou “quase-judiciais”, como refúgios

semânticos para camuflar a incapacidade de utilizar verdadeiramente o critério da separação de Poderes (VILE, 2007, 318-321)⁷⁴.

Não obstante isso, a doutrina da separação de Poderes permanece sendo uma referência necessária para pensar os sistemas políticos que se fundam no constitucionalismo (ACKERMAN, 2009).

Esse apanhado histórico da doutrina da separação de Poderes quer evidenciar que não se deve ter a expectativa de nela encontrar (ou em alguma versão dela) uma resposta definitiva sobre a adequada estruturação do poder estatal. Por outro lado, põe-se em evidência que dispensar a reflexão sobre as estruturas constitucionais e centrar-se apenas em aspectos comportamentais da ação política traz graves perigos para o constitucionalismo, na medida em que se perde o anteparo teórico que permite avaliar e julgar os resultados produzidos por determinado sistema político.

Não é possível extrair da doutrina da separação de Poderes um sentido normativo forte, que traga uma resposta peremptória sobre a forma adequada de realizar a divisão das funções do Estado, entre Legislativo, Executivo e Judiciário, seja numa divisão estanque e absoluta, seja com freios e contrapesos. Mas não é prudente contentar-se apenas com uma descrição dos sistemas políticos, sem que haja um parâmetro de avaliação dos resultados produzidos por eles, sob pena de perder-se a capacidade crítica a respeito de sua qualidade à luz dos valores constitucionais (como governo limitado, promoção da democracia, proteção de direitos *etc.*).

Apesar da impossibilidade de se retirar da doutrina da separação de Poderes uma conformação precisa sobre questões práticas, isso não significa que a doutrina careça de valor. Ela servirá, quando menos, para aportar princípios gerais ao sistema político que sirvam de orientação para encontrar soluções em problemas específicos, contribuindo para criar uma atmosfera intelectual em que se excluam automaticamente certos tipos de ações políticas, ainda que não esteja clara a melhor as alternativas. Além disso, põem-se em relevo os valores a que se deve dar prioridade e as formas de avançar em direção a eles (VILE, 2007, p. 329-330).

⁷⁴ A propósito, Vile narra que a Suprema Corte (Corte de John Marshall) formulou, em 1825, uma *self-denying ordinance*, que proibia a investigação judicial desnecessária do problema da separação de poderes (Wayman v. Southard, 10 Wheat. 1 (1825), 45. Quando se aventurou a exercer esse juízo sobre a adequada separação de Poderes, chegou a declarar a inconstitucionalidade de lei aprovada pelo Congresso que limitou a 8 horas a jornada de trabalho das crianças (VILE, 2007, p. 293, p. 319). Deve-se recordar, ainda, o embate entre a Suprema Corte e o Presidente Franklin Delano Roosevelt, durante a implementação do New Deal (SHESOL, 2011; SHERWOOD, 1998, Parte I).

Para além da doutrina, somam-se as disposições constitucionais que, embora não ofereçam estruturas blindadas e imodificáveis, permitem que haja certa continuidade das instituições ao longo do tempo, a moldar ou, pelo menos, a restringir o âmbito de ação política do Estado e de seus agentes (VILE, 2007, p. 348).

Cabe pensar, por isso, num sentido normativo mais brando para a separação de Poderes, que lhe permita ser um parâmetro de avaliação dos resultados produzidos pelos sistemas políticos, dentro da estrutura constitucional vigente. Nesse sentido normativo brando, o princípio da separação de Poderes é concebido como princípio de governo que propõe um equilíbrio e uma limitação no exercício do poder político por meio de certa divisão de funções estatais, atribuídas a diferentes órgãos e pessoas, a fim de promover um controle do poder e um governo eficaz, porém limitado⁷⁵.

É o que se passa a desenvolver.

3.3 O sentido institucional-normativo do princípio da separação de Poderes

Como enfatizava Bobbio, o Estado Moderno, na luta pela limitação do poder estatal, engendrou várias formas para impedir os abusos que caracterizavam o Estado absoluto: i) impor um limite externo ao poder do Estado (notadamente os direitos fundamentais, vistos como direitos naturais); ii) estabelecer limites internos (teoria da separação de Poderes); e iii) retirar o poder soberano do monarca e atribuí-lo ao povo. É nesse cenário que se desenvolve toda a doutrina política que forjou o constitucionalismo (BOBBIO, 1995, p. 15-17).

Ressalta Maurizio Fioravanti que “a primeira e fundamental máxima do constitucionalismo é precisamente essa: quem tem o formidável poder de fazer a lei não pode nem deve dispor dos recursos e dos meios de governo, incluindo o também formidável poder de coerção sobre os indivíduos; e quem dispõe de tudo isso não pode ser, por seu turno, o titular do poder legislativo” (2001, p. 93, tradução livre)⁷⁶

⁷⁵ Nesse sentido, defende Maurice Vile que “la idea de que el poder debe estar controlado y equilibrado, aunque sólo sea por la coexistencia de intereses contrapuestos en el seno de una sociedad plural, sigue constituyendo un sidero teórico al que pueden agarrar-se los constitucionalistas actuales” (2007, p. 321-322). Por outro lado, “la simple investigación de lo que ocurre en realidad, aunque es una parte esencial de la teoría política, no sirve por sí sola para explicar los sistemas políticos, sino que precisa de algún marco teórico en el que situar esa información” (2007, p. 322). Essa descrição das estruturas, por fim, tem valor normativo, como se viu.

⁷⁶ No original: “la primera y fundamental máxima del constitucionalismo es precisamente ésta, según la cual quien tiene el formidable poder de hacer la ley no puede ni debe disponer de los recursos y de los medios de gobierno, incluido el también formidable poder de coacción sobre los individuos; y quien dispone de todo esto no puede ser a su vez titular del poder legislativo”.

Dessa forma, “não há (...) qualquer dúvida da estreita interligação constitucional entre a defesa da separação de Poderes e dos direitos fundamentais como requisito *sine qua non* para a existência de um Estado Democrático de Direito” (MORAES, 2005, p.369)

O cerne do problema com que o princípio da separação de Poderes lida, como se vê, é (i) evitar a tentação das autoridades de expandirem seus poderes e de corromperem a política estabelecida constitucionalmente, e (ii) impedir a degeneração despótica do governo (inclusive na democracia).

Com efeito, é difícil supor que um governante, por mais bem intencionado que esteja, cumpra os compromissos constitucionais simplesmente porque são constitucionais.

Não seria estranho (nem irracional) que o governante atual não se sentisse vinculado à Constituição promulgada antes de seu governo ou, embora concordasse com a Constituição, considerasse que o presente reclamasse outro curso de ação política. Esse é o problema da inconsistência temporal (ou dinâmica), que “ocorre quando a melhor política planejada atualmente para algum período futuro não é mais a melhor política quando o período chega” (ELSTER, 2009, p. 188, p. 40).

Também podem ser considerados entraves ao cumprimento da Constituição as paixões e os interesses: um crime bárbaro pode conduzir facilmente um governante a buscar a implementação da pena de morte (com ampla aprovação popular).

O problema dessa falta de compromisso com o quadro constitucionalmente estabelecido para a atuação política é que a eficácia da política vincula-se de forma profunda à ideia de credibilidade: os compromissos políticos assumidos devem ser críveis e cumpridos. Um poder supremo, que não tema a frustração de expectativas, pode até rever suas promessas, mas não terá credibilidade para fazer mudanças que demandem colaboração⁷⁷.

⁷⁷ Diante do paradoxo da onipotência – segundo o qual o onipotente, por não estar submetido a qualquer sujeição, é livre para obrigar-se, mas, para ser soberano, não pode estar obrigado nem mesmo perante a si próprio –, Elster opõe que, apesar de logicamente correta, a última assertiva (de que o soberano não está vinculado a seus compromissos) não é verdadeira. O soberano não respeitar as próprias disposições pode representar perda de legitimidade (religiosa, política). Trata-se da irreversibilidade das promessas, circunstância que torna falsa a assertiva de Hobbes no sentido de que “aquele que pode acorrentar pode libertar”. Prossegue Elster: “Em política, como em tudo o mais, fazer uma promessa e depois quebrá-la é pior que não fazê-la” (2009, p. 190).

Nessa perspectiva, a questão, portanto, é evitar a instabilidade política e do governo, que é potencializada quando todo o poder político está concentrado em um único centro (FIORAVANTI, 2001, p. 26).

Em vista dessas circunstâncias, Jon Elster defende que “o poder, para ser eficaz, precisa ser dividido” e que “a onipotência, longe de ser uma benção, pode ser uma maldição” (2009, p. 188).

Além disso, a separação de Poderes pode servir a outros propósitos: ao assegurar a especialização funcional, a separação de Poderes pode aumentar a eficiência e diminuir a corrupção (ELSTER, 2009, p. 196).

A separação de Poderes é, desse modo, um poderoso dispositivo para assegurar que os compromissos constitucionais assumidos tenham perspectiva real de cumprimento e para garantir a estabilidade no exercício controlado do poder político.

O sentido normativo do princípio da separação de Poderes dependerá, no entanto, da resposta que se dê a vários dilemas da governança de um Estado Constitucional e Democrático, merecendo destaque, a partir do século XX, os relativos a (i) dispersão e concentração de poder e (ii) limitação do poder e democracia.

O dilema entre dispersão e concentração de poder advém das aspirações antagônicas do constitucionalismo de (i) separar as funções do Estado para obter um governo limitado e (ii) de concentrar o poder para viabilizar a unidade de ação política, ínsita ao seu exercício eficaz (VILE, 2007, p. 279-280).

O dilema entre a limitação do exercício do poder político e a democracia surge quando se indaga a respeito da função da separação de Poderes no regime democrático. Ressaltando as virtudes da democracia e a inconveniência de se restringir o alcance de suas deliberações, a separação de Poderes tende a ser limitada a uma espécie de divisão do trabalho voltado ao ganho de eficiência, haja vista que o governo democrático seria legítimo por natureza (VILE, 2007, p. 283). Receando a instabilidade da democracia, a separação de Poderes é instrumento que busca evitar a concentração do poder político em uma determinada instância ou pessoa e a manipulação das massas (VILE, 2007, p. 288).

As diversas experiências do constitucionalismo têm buscado uma resposta a esses problemas longe dos extremos. Um regime de ausência de separação de Poderes traz o risco do exercício arbitrário do poder, seja por um tirano, seja por uma assembleia

onipotente. A separação total é também anacrônica, porque pressupõe, de forma equivocada, que o governo limitado possa ser alcançado pela simples divisão de tarefas, deixando de observar que sem a possibilidade de controles recíprocos, o poder político exercido por cada Poder tende a expandir-se. Necessários se fazem, em maior ou menor grau, freios e contrapesos, mesclando o princípio da diferenciação e colaboração das funções estatais (VILE, 2007, p. 285).

Uma compreensão mais ampla do sentido normativo do princípio da separação de Poderes, que apreenda essas circunstâncias, pode ser obtida a partir de três perspectivas interdependentes: função, estrutura e processo (VILE, 2007, cap. 12).

Do ponto de vista das funções, o princípio da separação de Poderes leva ao entendimento de que há uma tendência de determinado Poder a exercer de forma predominante certa tarefa essencial do Estado: legislar, ao Parlamento; aplicar a lei, ao Executivo; e julgar, ao Judiciário.

Essa distribuição funcional parte, idealmente, da divisão dos atos do Estado entre atos de vontade (incumbidos idealmente ao Legislativo) e atos de execução (afeitos idealmente ao Executivo e ao Judiciário).

Esse critério, no entanto, é insuficiente para ordenar a separação de Poderes, em vista da já referida multifuncionalidade dos Poderes e da complexidade dos atos estatais: os mais complexos dos três Poderes poderão demandar atos de criar normas, julgar e aplicar a lei. Essa realidade fica patente quando se pensa sobre a questão de quem cria a norma: Os técnicos do governo que a redigem? O corpo legislativo que a aprova? Os órgãos e agências que a regulamentam? As instâncias que a aplicam? Ou o magistrado que julga? Em certa medida, todos participam do processo de criação da norma. É nesse sentido, portanto, que se diz que a multifuncionalidade é uma característica dos Poderes hoje (VILE, 2007, p. 354-359).

É importante, por isso, observar que a separação de Poderes também se assenta numa base estrutural e procedimental. De fato essas duas perspectivas ajudam a responder a seguinte indagação: Qual Poder tem a melhor estrutura e adota procedimento mais adequado para exercer determinada função?

As estruturas põem em evidência a aptidão de certas organizações (conjunto de elementos que possuam uma coesão interna) a exercer certas funções (GOZZI, 2004, p. 446-449). Os processos, de seu turno, trazem para o sistema político um elemento

dinâmico dentro de certa ordem, a exprimir um conjunto de atos, praticado segundo um padrão, tendente a determinada finalidade, orientado por valores estabelecidos (VILE, 2007, p. 381-384).

Para fins de sistematização, podem-se fixar dois elementos contrapostos, que dão lugar a possibilidades de representação muito distintas e ao desenvolvimento de procedimentos e valores próprios: hierarquia e colegialidade (VILE, 2007, p. 374-375).

De fato, no plano da representação, a organização colegiada facilita a participação de todas as opiniões e interesses; disso se extrai que, no processo decisório, a organização colegiada prestigia o consenso da ação política e, por essa razão, parece *a priori* estar mais relacionada com a criação de normas gerais. Enquanto isso, a organização hierárquica dificulta uma ampla representação e enfatiza a eficácia da ação política, adaptando-se melhor à aplicação da norma (VILE, 2007, p. 374-376)⁷⁸.

Pode-se perceber que essa visão abrangente da separação de Poderes, que passa pela compreensão das funções, das estruturas e dos procedimentos, revela uma perspectiva institucional: como instituições, os Poderes são dotados de certa estabilidade e coerência, tendo um padrão de conduta (em vista de normas explícitas e implícitas que regulam sua atuação) para o exercício predominante de determinadas funções segundo determinados valores (VILE, 2007, p. 334).

De fato, de modo coerente com a visão institucional, é importante relacionar as diferenças funcionais, estruturais e procedimentais a partir dos valores que presidem a atuação dos Poderes. Disso resulta que “os procedimentos que constituem o núcleo de todo processo político podem considerar-se como a expressão institucional dos sistemas de valores de cada sociedade. Esses sistemas de valores são extremamente complexos, mas, em termos gerais, a evolução na época moderna dos três principais procedimentos de governo tem refletido a importância dos três valores dominantes no mundo ocidental: *a eficiência* [que deve presidir a atuação do Executivo], a democracia [que melhor se

⁷⁸ O Parlamento e o Executivo constituem, novamente, as duas estruturas básicas de organização estatal que personificam esses dois tipos ideais de organização, não obstante hoje se perceba a tentativa de diluir as formas hierárquicas na estrutura Administrativa dotada de grande discricionariedade mediante a introdução de tribunais administrativos e procedimentos judicialiformes na estrutura Administrativa (VILE, 2007, p. 378-381).

manifesta no Legislativo] e a justiça [perseguida pelo Judiciário]”⁷⁹ (VILE, 2007, p. 385-386, tradução livre⁸⁰).

É essencial identificar a manifestação dessa diretriz normativa do princípio da separação de Poderes em cada ordenamento jurídico, tendo ciência de que, como adverte Maurice Vile, os sistemas de valores são extremamente complexos. Sem isso, não é possível estabelecer um parâmetro de aferição de competências em situações de impasse, nos quais vários Poderes reivindicam legitimidade para atuar pretensamente em conformidade com a Constituição.

É o que adverte Bruce Ackerman, para quem, “sem orientação normativa específica, o debate sobre a separação dos poderes degenera para uma engenharia constitucional simplória. A própria idéia ‘da eficiência’ institucional é completamente vazia, salvo se for vinculada a fins mais substantivos” (ACKERMAN, 2009, p. 6).

Esse arranjo institucional, que forma o sentido normativo da separação de Poderes, certamente parte de uma estrutura constitucional adequada e é conformado pelo comportamento político, mas também se liga em certo grau à doutrina político-jurídica do constitucionalismo, que situa os problemas com os quais a separação de Poderes é chamada a lidar.

3.4 O princípio da separação de Poderes na Constituição de 1988

A Constituição de 1988 rendeu homenagens à rica tradição da filosofia política do constitucionalismo e do princípio da separação de Poderes, o que se verifica pela consagração desse princípio, textualmente referido em seu art. 2º, e pela divisão de tarefas estatais, de atividades entre distintos órgãos autônomos contemplada em seu texto (MORAES, 2005, p. 370).

Do ponto de vista estritamente jurídico, pode-se dizer, em linhas gerais, que o princípio constitucional da separação de Poderes enuncia a regra de que cada um dos

⁷⁹ Nos últimos cem anos, no entanto, a introdução do valor “justiça social” introduziu nova complexidade ao sistema político e uma nova dimensão para o Estado Moderno, cuja realização se impôs para todos os Poderes e veio a trazer um elemento de instabilidade para a execução das funções estatais (VILE, 2007, p. 385-386). Esse fenômeno pode ser percebido na referida crise da função administrativa nos Estados Unidos, bem como na análise que se fará adiante sobre a crise da função legislativa e judiciária no Brasil.

⁸⁰ No original: “los procedimientos que constituyen el núcleo de todo proceso político pueden considerarse como la expresión institucional de los sistemas de valores de cada sociedad. Estos sistemas de valores son extremadamente complejos; pero en términos generales, la evolución en la época moderna de los tres procedimientos de gobierno principales ha reflejado la importancia de los tres valores dominantes en el mundo occidental: la eficiencia, la democracia y la justicia.”

Poderes é independente, em princípio, nos seus processos decisórios, mas se acha sujeito à interferência dos outros Poderes nas situações expressamente previstas no texto constitucional⁸¹ (QUINTAS, 2007, p. 165-170).

Significa também que os Poderes possuem o dever constitucional de organizar, de forma ótima, as funções estatais. Sendo assim, tem-se que a Constituição, cometendo determinado dever a um Poder, outorga-lhe, também, os instrumentos necessários para a consecução de suas tarefas, desde que esteja orgânica e funcionalmente preparado para exercê-las. Em outras palavras, destinada, pela Constituição, determinada função a um Poder, é necessário reconhecer-lhe certos poderes instrumentais, quando o órgão tiver condições funcionais para cumprir de forma legítima e responsável essa função⁸² (QUINTAS, 2007, p. 162-165).

Por essa última dimensão, verifica-se que o sistema de controle dos freios e contrapesos não pode inviabilizar o governo, evitando dar uma excessiva importância à função de controle interno que se associa à separação de Poderes, dado que é necessário assegurar que haja um governo forte, eficaz e estável como condição para o exercício da democracia e das liberdades (VILE, 2007, p. 367-372, p. 423).

São essas duas dimensões⁸³ que devem ser adotadas como parâmetros de resolução de conflitos institucionais, de forma que se prestigie a otimização das funções estatais (em casos que envolvam problemas de delimitação de competência). Com isso, privilegia-se que determinada função seja exercida por quem tem legitimidade para decidir e responsabilidade pela decisão (PIÇARRA, 1989, p. 262).

⁸¹ São vários os casos em que esse jogo de coordenação entre os diversos Poderes é estabelecido expressamente no texto constitucional. O Poder Legislativo interfere na função executiva, por exemplo, quando fiscaliza a administração financeira e a execução do orçamento (com auxílio do TCU); o Poder Legislativo interfere na função jurisdicional quando julga o Presidente e o Vice-Presidente da República e o Ministro do Supremo Tribunal Federal por crimes de responsabilidade; o Poder Executivo interfere na função legislativa quando edita Medidas Provisórias ou exerce o poder de veto, ou na função judicial quando indulta ou comuta pena; o Poder Judiciário interfere na função legislativa quando tem a iniciativa legislativa para dispor sobre o Estatuto da Magistratura, ou na função administrativa quando não permite que o Presidente da República conceda a extradição.

⁸² Assim, se, nos termos do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição, nenhuma lesão ou ameaça de lesão será afastada do Judiciário, não é possível conceber a existência de imunidade de jurisdição para atos administrativos discricionários. Idêntico raciocínio explica o poder normativo da Administração Pública: se lhe compete ordenar a sociedade em uma perspectiva dinâmica, há de ser reconhecida a existência de poder normativo do Executivo, que pode expedir normas primárias, desde que haja lei que lhe fixe essa competência. Pode-se citar, por fim, o exemplo dos poderes investigatórios das Comissões Parlamentares de Inquérito. Prevista, na Constituição, a possibilidade de o Congresso Nacional instituir CPIs, devem lhe ser reconhecidos certos poderes investigatórios.

⁸³ Maurice Vile denomina essas duas dimensões de função de controle e de coordenação (VILE, 2007, Caps. 12 e 13).

Canotilho, nesse sentido, reconhece que a possibilidade de exercício adequado e justo da função deve ser um critério de aferição (que se irradia a partir do princípio da separação de Poderes) da legitimidade de atribuição de determinada função estatal (CANOTILHO, 1999, p. 246).

Vale a advertência de que o princípio da separação de Poderes, tal como previsto na Constituição de 1988, não incorpora uma doutrina específica ou um modelo teórico particular (AMARAL JÚNIOR, 2005; p. 66). Traz, sim, um arranjo institucional próprio, que se faz perceber do conteúdo efetivo posto na ordem constitucional positiva (STF, ADI 135, ADI 3.367).

Para os fins deste trabalho, merece especial consideração o arranjo institucional estabelecido para o Poder Legislativo e para o Poder Judiciário.

3.5 A distinção entre legislação e jurisdição

Como visto, a separação de Poderes de Montesquieu preocupava-se em prevenir o abuso do poder por meio da divisão do poder político entre os estamentos, que, em sua atuação, buscavam alcançar a neutralidade. Assim, o poder político estava dividido entre o Rei, a Câmara Alta (composta pelos membros da nobreza hereditária) e a Câmara Baixa (dos Comuns).

Do concurso da vontade desses três poderes políticos e sociais, decorreria a legislação: a Câmara Baixa e a Câmara Alta com poderes de estatuir e impedir, enquanto o Rei, com o poder de impedir (veto) (AMARAL JÚNIOR, 2008, p. 61-64).

Também na tradição do constitucionalismo norte-americano, fixa-se, no que se refere ao exercício da função legislativa, a superioridade do processo legislativo na criação do direito, mas não do Poder Legislativo, tendo em vista o concurso da vontade do Executivo na elaboração das leis. Trata-se, portanto, de firmar a supremacia da lei (que vincula o Executivo e o Judiciário), e não do Legislativo, “pois uma coisa é estar subordinado à lei, e outra bem distinta é ser dependente do corpo legislativo” (HAMILTON et. al., 2011, n. 71)⁸⁴.

Em sintonia com a diretriz de que a harmonia e o controle do poder não decorriam da mera separação de funções entre os Poderes, mas da neutralização de cada

⁸⁴ Tradução livre do seguinte excerto do artigo de n. 71, de 18/3/1788, do *Federalist Papers*: “It is one thing to be subordinate to the laws, and another to be dependent on the legislative body. The first comports with, the last violates, the fundamental principles of good government” (HAMILTON, 2011, n. 71).

função, observa-se, na função legislativa, que a neutralização resultava da necessidade de comunhão entre o Legislativo e o Executivo para a edição de leis, em seu sentido formal.

Do ponto de vista material, a preocupação em fixar o sentido de lei fez com que, na esteira da tradição rousseauiana, fosse fixada, no século XIX, a essência da função legislativa pela sua aptidão de conceber comandos gerais e abstratos que seriam qualificados como leis, sobre os quais as demais funções do Estado (administrativa e judicial) seriam exercidas (com o que se fixava a centralidade do princípio da legalidade no Estado de Direito) (VILE, 2007, p. 277).

O constitucionalismo, como se vê, permanece fiel à crença iluminista de que a lei (*veritas*, em contraposição à simples *autoritas*) é norma geral justa (em contraposição à ordem real concreta), que é fruto da deliberação racional legislativa (contrapondo-se à ação do Executivo) (SCHMITT, 1926, p. 43-45).

Enfim, no Estado de Direito forjado pelo constitucionalismo, alcança-se, pela deliberação parlamentar, realizada de forma discursiva e equilibrada no curso do processo legislativo (em que pode haver a participação de outros Poderes, em diferentes graus de intensidade, a depender do sistema jurídico), a aproximação possível entre lei e verdade (SCHMITT, 1926, p. 43-45).

Por seu turno, o Judiciário, para Montesquieu, não era Poder, porque não representava qualquer poder social, mas mera função neutra, destinada a aplicar a lei (AMARAL JÚNIOR, 2008, p. 56-57). Representativa desse pensamento é a conhecida citação de Montesquieu, no sentido de que “os juízes de uma nação não são [...] mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor” (MONTESQUIEU, 1997, p. 208 [Espírito das Leis, Livro XI, Cap. VI]).

A função judicial, embora fosse independente das funções legislativa e executiva que devesse ser exercida por um corpo próprio, não deveria ser representada por qualquer força social específica. Isso para que a judicatura fosse imparcial na apreciação dos conflitos de interesse que pudessem surgir (VILE, 2007, p. 99).

Em face desse quadro, observa-se que “a diferenciação precisa do Judiciário, na divisão dos poderes, é determinada em Montesquieu de forma funcional: a justiça é um

poder distinto [*rectius*, função distinta] por ter exclusivamente tarefas de aplicação do direito, mas não de criação” (MAUS, 2010, p. 30).

Montesquieu identifica, pois, a liberdade dos indivíduos com o respeito às expectativas constituídas pelas leis estabelecidas e pela vinculação do Judiciário à lei (MAUS, 2010, p. 30).

Também em Rousseau, o Judiciário (bem como o Executivo) seria, no máximo, função estatal, que não deveria ter a pretensão de exercer o controle do poder político, que estaria concentrado no Legislativo (povo soberano) (PIÇARRA, 1989, p. 135).

Na experiência do constitucionalismo norte-americano, há uma modificação radical da função judicial com a introdução do controle judicial de constitucionalidade (*judicial review*), como decorrência direta da doutrina da separação de Poderes, vinculada à ideia de freios e contrapesos e que tem como ponto de partida a noção de soberania popular e de rigidez constitucional, conforme já se antevia na força dos argumentos dos Federalistas (VILE, 2007, p. 176-177).

Deveras, nos artigos dos Federalistas, especialmente nos de n.^{os} 78-83 (escritos em 1788), já se divisava a importância de um Judiciário independente (cuja vinculação ao ordenamento jurídico é um atributo essencial para a imparcialidade da magistratura) para realizar a defesa da Constituição contra a atuação abusiva do Legislativo, e com competência para “declarar a invalidade de todos os atos legislativos manifestamente

contrários à Constituição, sem o que a proteção dos direitos individuais seria reduzida a nada”⁸⁵.

Conforme aduzido, a Constituição de 1988 não mimetiza esse modelo clássico, nem outro. Apesar disso, distante da preocupação de assegurar a neutralização dos poderes sociais, ainda busca na separação de Poderes o equilíbrio no exercício das funções estatais, com o fim de assegurar o exercício controlado do poder, evitando arbitrariedades e ofensa aos direitos dos cidadãos.

Primeiramente, a Constituição consagra o primado da lei. De fato, ao prescrever, no inciso II do art. 5º, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, reconheceu (i) o princípio da legalidade, que se manifesta pela submissão do governo a leis preestabelecidas, gerais e abstratas (MORAES, 2005, p. 418-419) e (ii) a previsão da liberdade de ação, segundo a qual “a liberdade, em qualquer de suas formas, só pode sofrer restrições por normas jurídicas preceptivas (que impõem uma conduta positiva) ou proibitivas (que impõem uma abstenção), provenientes do Poder Legislativo e elaboradas segundo o procedimento estabelecido na Constituição. Quer dizer: a liberdade só pode ser condicionada por um sistema de legalidade legítimo” (SILVA, J.A., 2009, p. 81).

A edição de leis, por sua vez, constitui uma função típica do Poder Legislativo (MORAES, 2005, p. 372), que conta com o concurso da vontade do Poder Executivo, em

⁸⁵ Tradução livre de trecho contido no seguinte fragmento do Artigo n. 78 do “Federalist Papers”: “By a limited Constitution, I understand one which contains certain specified exceptions to the legislative authority; such, for instance, as that it shall pass no bills of attainder, no ex post facto laws and the like. Limitations of this kind can be preserved in practice no other way than through the medium of courts of justice, whose duty it must be to declare all acts contrary to the manifest tenor of the Constitution void. Without this, all the reservations of particular rights or privileges would amount to nothing [...]. No legislative act, therefore, contrary to the Constitution, can be valid. To deny this, would be to affirm, that the deputy is greater than his principal; that the servant is above his master; that the representatives of the people are superior to the people themselves; that men acting by virtue of powers, may do not only what their powers do not authorize, but what they forbid. If it be said that the legislative body are themselves the constitutional judges of their own powers, and that the construction they put upon them is conclusive upon the other departments, it may be answered, that this cannot be the natural presumption, where it is not to be collected from any particular provisions in the Constitution. It is not otherwise to be supposed, that the constitution could intend to enable the representatives of the people to substitute their will to that of their constituents. It is far more rational to suppose, that the courts were designed to be an intermediate boy between the people and the legislature, in order, among others things, to keep the latter within the limits assigned to their authority. The interpretation of the laws is the proper and peculiar province of the courts. A constitution is, in fact, and must be regarded by the judges, as a fundamental law. It therefore belongs to them to ascertain its meaning, as well as the meaning of any particular act proceeding from the legislative body [...]. Nor does this conclusion by any means suppose a superiority of the judicial to the legislative power. It only supposes that the power of the people is superior to both; and that where the will of the legislature, declared in its statutes, stands in opposition to that of the people, declared in the Constitution, the judges ought to be governed by the latter rather than the former. They ought to regulate their decision by the fundamental laws, rather than by those which are not fundamental” (HAMILTON et al., 2011, n. 78)

vista do seu poder de veto e sua prerrogativa de iniciar o processo legislativo em certas matérias e de editar Medidas Provisórias.

A Constituição de 1988 vai ainda além do modelo de Montesquieu, ao conferir ao Judiciário função política de também atuar sobre a vontade legislativa, em vista do controle judicial de constitucionalidade.

Segundo Amaral Júnior, “esta mecânica [da declaração de inconstitucionalidade] não está em Montesquieu, mas o resultado vai ao encontro da essência de ‘O espírito das leis’. Isso porque, ao criar mais um elemento de trancamento do poder, radicaliza o modelo de Montesquieu e, com isso, ajuda a realizar o objetivo liberal clássico”, que era o de conter o poder para garantir a liberdade dos cidadãos (AMARAL JÚNIOR, 2008, p. 66).

Dessa forma, para além da função jurisdicional típica – consistente na aplicação da lei numa situação controvertida, fazendo com que a vontade do Estado-juiz se substitua à vontade dos litigantes –, o Poder Judiciário passa a ter uma atuação política forte quando exerce poder de veto sobre os atos emanados do Poder Legislativo (e do Executivo).

Essas balizas, no entanto, não são hoje suficientes para compreender toda a amplitude da atuação política do Judiciário, sobretudo quando o foco do controle de constitucionalidade deixa de mirar diretamente o controle do exercício dos poderes estatais e põe em primeiro plano a implementação de direitos.

3.6 A distinção entre legislação e jurisdição em crise

Sob a perspectiva do Judiciário, o atrito entre a função jurisdicional e as funções administrativa e legislativa encontra um ponto privilegiado de observação no controle jurisdicional das políticas públicas, na medida em que o Judiciário é chamado a providenciar a proteção de um direito fundamental cuja tutela exige implementação de uma política pública não reconhecida pela legislação ou pela administração (CARBONELL, 2010b, p. 11-13).

Tendo em vista a amplitude de direitos outorgados pela Constituição de 1988, cuja concretização exige uma ação coordenada do Estado e da sociedade (tais como, saúde, educação, moradia, meio ambiente equilibrado, segurança etc.), ganha relevância

a discussão sobre o papel do Judiciário no controle e na implementação dessas medidas. Trata-se da questão relacionada ao controle jurisdicional das políticas públicas.

A política pública é definida como um programa ou quadro de ação governamental voltado à obtenção de uma vantagem para a comunidade, haja vista consistir num conjunto de medidas legislativas e administrativas articuladas, cujo escopo é dar impulso ao governo para realizar um objetivo da ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito (BUCCI, 2006, p. 14).

Na política pública, há, pois, uma ação política, legislativa e administrativa coordenada, com a escolha de prioridades para o governo em benefício da comunidade política. A política pública transcende os instrumentos normativos do plano ou do governo, que são apenas a materialização dessas ações políticas (BUCCI, 1996, p. 141).

Considerando os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil fixados no art. 3º da Constituição, defende Ada Pellegrini Grinover que o Judiciário está habilitado a exercer o controle sobre as políticas públicas e que isso se manifesta como controle de constitucionalidade (GRINOVER, 2009, p. 39).

Nas palavras da Autora, “o Poder Judiciário pode exercer o controle das políticas públicas para aferir sua compatibilização com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (CF, art. 3º); (...) conseqüentemente, o Judiciário pode intervir nas políticas públicas – entendidas como programas e ações do Poder Públicos objetivando atingir os objetivos fundamentais do Estado – quer para implementá-las, quer para corrigi-las quando equivocadas” (GRINOVER, 2009, p. 57).

Opina Hermes Zaneti Jr. que o Judiciário teria estrutura adequada para fazer o controle e a implementação de políticas públicas, sendo que qualquer discordância a respeito representaria impor ao Judiciário uma restrição descabida (uma leitura pobre e limitada da função jurisdicional, nas palavras do autor). “Isso porque, como é sabido, não são os direitos fundamentais que devem andar no quadro determinado pela lei e pelo administrador, mas a lei e o administrador público que devem ser conformados pelos direitos fundamentais” e “todo direito fundamental seria jurisdicionalizável” (ZANETI JR., 2010).

Já Luís Francisco Aguilar Cortez afirma:

A tutela jurisdicional dos direitos é, então, reconhecida como um direito fundamental por derivação, na medida em que é necessária para

dar efetividade aos demais direitos fundamentais, cabendo ao Judiciário assegurar tal tutela, sem prejuízo dos outros meios de atuação democrática. (CORTEZ, 2010, p. 2)

Em sentido convergente, avalia Carlos Alberto de Salles que “o processo judicial acaba tornando-se espaço privilegiado para sua [das políticas públicas] discussão, pois nele eclodem aqueles conflitos resultantes do mau funcionamento ou das disfuncionalidade dessas políticas. As políticas públicas, portanto, passam a fazer parte da matéria-prima com a qual trabalha o Poder Judiciário, tornando-se elemento da decisão judiciária.” (SALLES, 2005, p. 38)

Inevitável reconhecer que inúmeros são os precedentes judiciais que já incorporam essa forma de atuação da tutela jurisdicional.

Confira-se, para ilustrar, o julgamento da Apelação Cível n.º 231.136-5/9-00, em que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento ao recurso do Ministério Público para obrigar o Município de Ribeirão Preto a adaptar as escolas públicas de modo a dar acessibilidade aos portadores de deficiência.

Assim veio fundamentado o acórdão:

O artigo 227, § 2º, da Constituição Federal, dispõe que, a lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

De acordo com o artigo 244, a lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme o disposto no artigo 227, § 2º.

[...]

O artigo 280 da Constituição Estadual dispõe que, ‘É assegurado, na forma da lei, aos portadores de deficiências e aos idosos, acesso adequado aos logradouros e edifícios de uso público, bem como aos veículos de transporte coletivo urbano’.

No Estado de São Paulo, inclusive, a questão está regulada pela legislação infraconstitucional. A Lei n.º 3.710, de 4.1.83, estabelece condições para acesso aos edifícios públicos pelos deficientes físicos; a Lei n.º 9.086, de 3.3.95, determina aos órgãos da Administração Direta e Indireta a adequação de seus projetos, edificações, instalações e mobiliário ao uso de pessoas portadoras de deficiência, e a Lei n.º 9.938, de 17.4.98, dispõe sobre os direitos da pessoa portadora de deficiência. [...]

Como foi decidido no Agravo de instrumento n.º 178.034.5/8, Relator Desembargador NIGRO CONCEIÇÃO, ‘se é assegurado a todos, indistintamente, o acesso à Justiça, a fim de assegurar direitos

postergados ou violados, inegavelmente, não tem o Judiciário, para cumprir sua sagrada missão de julgar, outra alternativa senão a de apreciá-los, em face das normas que os concedem ou asseguram, para garantir-lhes o exercício ou eficácia’.

‘Limitar a atuação do Judiciário, nesse campo, data máxima vertia, é obstar o próprio cumprimento da Lei Maior quando assegura o acesso à Justiça, sempre que exista um direito violado ou na iminência de o ser’.

Não há dúvida, portanto, que a ré, no tocante ao prédio escolar mencionado na inicial, deixou de cumprir preceitos constitucionais e a legislação infraconstitucional, daí a inarredável procedência da ação.

Nesse precedente, fica clara a relação feita entre a normatividade dos princípios constitucionais e legais e a competência do Judiciário de atribuir-lhe o exato sentido.

Indo um pouco mais além, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região determinou que os fornecedores de bebidas alcoólicas indicassem em seus produtos o prejuízo que sua ingestão causava à saúde, de forma semelhante ao que ocorre com os cigarros. A ementa esclarece:

[...] 1. É possível e exigível do Judiciário, impor determinada conduta ao fornecedor, sem que esta esteja expressamente prevista em lei, desde que afinada com as políticas públicas diretamente decorrentes do texto constitucional e do princípio da plena informação ao consumidor (art. 6º, II, III e IV, da Lei 8.078/90), pois traduz-se em dever do Estado, do qual o Judiciário é poder, de acordo com o art. 196 da Constituição.

2. O consumo de alcoólicos não interessa só à comunicação social, propaganda e ao comércio de tais produtos, interessa sob o aspecto da saúde pública, da proteção do menor e do adolescente, da segurança veicular, do direito de informação e de proteção ao consumidor.

3. O comando do art. 9º, do Código do Consumidor, indica os direitos básicos do consumidor à informação adequada e clara sobre o produto e sobre os riscos que apresenta, sobretudo, tratando-se de produto potencialmente nocivo à saúde, cuja informação deve ser feita de maneira ostensiva, a despeito da previsão do art. 4ª, § 2º, da Lei 9.294/96 determinar que os rótulos de bebidas alcoólicas conterão advertência para que os consumidores evitem o consumo excessivo de álcool.

[...] 5. Condenada a ré União a exigir na rotulagem de todas as bebidas alcoólicas produzidas ou comercializadas no território pátrio, do teor alcoólico e do alerta em expressão gráfica adequada, de que "O ÁLCOOL PODE CAUSAR DEPENDÊNCIA E EM EXCESSO É PREJUDICIAL À SAÚDE" e a ABRABE a expedir esta informação a todas as suas associadas e comunicar aos demais produtores de alcoólicos, quanto à necessária adequação.

6. Provido o recurso. (Tribunal Regional Federal da 4ª Região, AC 2002.04.01.000610-0, 2003)

Nesse caso, foi desprezada a circunstância de a legislação já conter determinação restritiva, que foi judicialmente ampliada para agravar a situação das empresas. Ou seja, criou-se, a partir dos princípios constitucionais, obrigação para empresas não prevista na legislação, que já dava a solução que entendia adequada.

Num terceiro caso, em que a intervenção do Judiciário foi mais forte, o Superior Tribunal de Justiça desconsiderou a literalidade de regra legal para aplicar princípios. Os detalhes do caso podem ser apreendidos pela leitura da ementa do acórdão:

DIREITO CIVIL. SEGURO DE VIDA. SUICÍDIO. ART. 798 DO CC/02. INTERPRETAÇÃO LITERAL. IMPOSSIBILIDADE. PRESUNÇÃO DE BOA FÉ DO SEGURADO. PROVA DA PREMEDITAÇÃO. NECESSIDADE.

1. As regras relativas aos contratos de seguro devem ser interpretadas sempre com base nos princípios da boa-fé e da lealdade contratual. Essa premissa é extremamente importante para a hipótese de indenização securitária decorrente de suicídio, pois dela extrai-se que a presunção de boa fé deverá também prevalecer sobre a exegese literal do art. 798 do CC/02.

2. O biênio previsto no art. 798 do CC/02 tem como objetivo evitar infundáveis discussões judiciais a respeito da premeditação do suicídio do segurado, geralmente ocorrido anos após a celebração do contrato de seguro. À luz desse novo dispositivo legal, ultrapassado o prazo de 02 anos, presumir-se-á que o suicídio não foi premeditado, mas o contrário não ocorre: se o ato foi cometido antes desse período, haverá a necessidade de prova, pela seguradora, da premeditação.

3. É desrazoável admitir que, na edição do art. 798 do CC/02, o legislador, em detrimento do beneficiário de boa-fé, tenha deliberadamente suprimido o critério subjetivo para aferição da premeditação do suicídio. O período de 02 anos contido na norma não deve ser examinado isoladamente, mas em conformidade com as demais circunstâncias que envolveram sua elaboração, pois seu objetivo certamente não foi substituir a prova da premeditação do suicídio pelo mero transcurso de um lapso temporal.

4. O planejamento do ato suicida, para fins de fraude contra o seguro, nunca poderá ser presumido. Aplica-se à espécie o princípio segundo o qual a boa-fé é sempre pressuposta, enquanto a má-fé deve ser comprovada.

5. Há de se distinguir a premeditação que diz respeito ao ato do suicídio daquela que se refere ao ato de contratar o seguro com a finalidade única de favorecer o beneficiário que receberá o capital segurado. Somente a última hipótese permite a exclusão da cobertura contratada, pois configura a má-fé contratual.

6. Recurso especial provido. (Superior Tribunal de Justiça, REsp 1188091/MG)

De fato, no julgamento desse Recurso Especial, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça deu nova configuração ao regime legal dos contratos de seguro de vida,

afastando expressamente a aplicação do art. 798 do Código Civil⁸⁶ para fazer prevalecer o princípio da boa-fé e da razoabilidade.

Conforme se depreende desses exemplos, o Judiciário, julgando com base em princípios, tomou três espécies de decisões:

i) no primeiro caso, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo retirou das normas constitucionais e legais a exigibilidade de uma obrigação que já emanava desses princípios (acessibilidade dos prédios públicos a pessoas com deficiência);

ii) no segundo caso, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região extraiu dos princípios constitucionais e do Código de Defesa do Consumidor uma obrigação para o administrado (de informar ao consumidor, no rótulo dos produtos, os males causados pelas bebidas alcoólicas) que ia além das obrigações legalmente estabelecidas, as quais também se inspiram nos mesmos princípios constitucionais invocados pela decisão; e

iii) no terceiro caso, o Superior Tribunal de Justiça afastou uma regra específica para dar lugar a determinado princípio que imprimiria melhor sentido ao ordenamento jurídico (para tanto, esvaziou o disposto no art. 798 do Código Civil, o qual determina textualmente que se presume premeditado o suicídio ocorrido antes de dois anos da contratação do seguro de vida).

As questões que afloram nesse debate, e que estão postas na prática judiciária cotidiana, são profundas, voltadas à compreensão do papel político do Judiciário num Estado Democrático de Direito: o Judiciário contribui para a realização da democracia quando dirige sua atuação para a implementação de políticas públicas ou deve preocupar-se apenas com a tutela de direitos legalmente estabelecidos? Rompe-se o equilíbrio entre os Poderes com essa atribuição acentuada de poderes políticos ao Judiciário?

⁸⁶ Eis o que dispõe o Código Civil no que diz respeito à exclusão da cobertura de seguro de vida em caso de suicídio do segurado: “Art. 797. No seguro de vida para o caso de morte, é lícito estipular-se um prazo de carência, durante o qual o segurador não responde pela ocorrência do sinistro. Parágrafo único. No caso deste artigo o segurador é obrigado a devolver ao beneficiário o montante da reserva técnica já formada. Art. 798. O beneficiário não tem direito ao capital estipulado quando o segurado se suicida nos primeiros dois anos de vigência inicial do contrato, ou da sua recondução depois de suspenso, observado o disposto no parágrafo único do artigo antecedente. Parágrafo único. Ressalvada a hipótese prevista neste artigo, é nula a cláusula contratual que exclui o pagamento do capital por suicídio do segurado.”

Nesse cenário, surge a indagação sobre o papel do Judiciário, que deixa de ser pensado como Poder destinado a resolver lides (conflitos de interesses individuais qualificados por uma pretensão resistida).

Essa mudança de enfoque da atividade exercida pelos Tribunais foi bem percebida, já em 1976, por Abram Chayes, que identificava o surgimento de um novo padrão de processo civil nos Estados Unidos, por ele denominado “*public law litigation*”, no qual o objeto do litígio passa a ser a reivindicação de políticas públicas ou políticas estabelecidas na Constituição (CHAYES, 1976, p. 1274).

Comparando o padrão de conflito jurisdicional tradicional com aquele advindo da judicialização das políticas públicas, Chayes argumenta:

[...] a concepção tradicional está relacionado a um sistema em que as relações sócio-econômicas são remetidas à esfera privada, enquanto o novo modelo está relacionado a um sistema de regulação das relações sociais e econômicas estabelecida por leis. Nesse novo sistema, a efetividade da lei é necessariamente implementação de uma política pública. A lide judicial se torna, de forma explícita, um fórum político e os Tribunais são mais um instrumento do processo político. (CHAYES, 1976, p. 1304, tradução nossa)⁸⁷

Chayes entende que o *public law litigation* é, em certa medida, mais intrusivo e, noutra, menos intrusivo do que o tradicional *judicial review*: seria mais intrusivo porque impõe uma forma para atender a determinada política e menos intrusivo porque tal interferência se faria geralmente pela definição da maneira de implementação da política, atuando sobre o administrador público, e não sobre o legislador.

Na atual conjuntura, merece reparo essa última conclusão de Chayes, que professa a natureza menos intrusiva do “*public law litigation*”, haja vista que essa espécie de jurisdição não atua hoje apenas sobre o ajuste da atividade administrativa, mas interfere potencialmente no âmbito de conformação do legislador, quando não há regime legal dispondo sobre a política pública ou quando o juiz a desconsidera.

Com efeito, a atuação judicial sobre as políticas públicas invade espaço que se considerava próprio da atividade legislativa (e, num segundo momento, da

⁸⁷ Tradução livre do seguinte fragmento: “(...) the traditional concept reflected and related to a system in which social and economic arrangements were remitted to autonomous private action, so the new model reflects and relates to a regulatory system where these arrangements are the product of positive enactment. In such a system, enforcement and application of law is necessarily implementation of regulatory policy. Litigation inevitably becomes an explicitly political forum and the court a visible arm of the political process.”

administrativa), que teria papel de protagonismo no preenchimento do sentido das normas constitucionais, com ampla liberdade de conformação do ordenamento jurídico.

Essa situação mostra que há um descompasso entre a teoria e a prática, a denunciar a necessidade de uma nova reflexão, que permita verificar se estamos diante de uma patologia ou de uma nova conformação das funções estatais, assumindo que a dimensão normativa do princípio da separação de Poderes é importante anteparo teórico para se fazer essa avaliação.

3.7 Conclusão

A complexa imbricação entre direito e política, entre tutela de direitos e democracia que hoje se instala no Judiciário põe em evidência a crise de uma certa forma de pensar a separação de Poderes, a impor a necessidade de se repensar o núcleo da função judicial em vista da função legislativa (e, num segundo plano, da administrativa).

A atuação política do Judiciário não se justifica hoje apenas pelo controle de constitucionalidade sobre a legislação. Para além dela, concebe-se como algo natural “a existência de espaço para a criação do direito pelo magistrado”. Isso porque, “admitido que o Direito não é um sistema dotado de completude, que não é axiomático-dedutivo nem lógico formal, é forçoso concluir que há inevitáveis espaços de criação na construção da norma jurídica individual” (NUNES, 2010, p. 62).

Desse modo, Jorge Amaury Maia Nunes, na esteira de Mauro Cappelletti, ressalta que “o verdadeiro problema é o do ‘grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade da criação do direito por obra dos tribunais judiciários’ ” (NUNES, 2010, p. 63).

Considerando todas essas circunstâncias, é ainda mais atual a necessidade de se examinar a distinção entre função legislativa e judicial, tendo em vista a finalidade última da separação de Poderes, de contenção do poder e da garantia das liberdades, considerando não só as funções de cada Poder, mas também suas estruturas e procedimentos, à luz dos valores específicos que perseguem.

Cabe, enfim, refletir sobre o significado, na prática institucional que se observa, da atuação política do Judiciário *vis-à-vis* a função legislativa.

Para tanto, vale resgatar a diretriz normativa que orienta a função legislativa e a judicial, a fim de viabilizar uma crítica sobre os limites da função jurisdicional e sobre a forma adequada de controle da função legislativa. Volta-se, pois, para a “velha questão acerca de quem deve ter a última palavra sobre as questões constitucionais, para a qual há apenas duas respostas: o juiz ou o legislador” (CARBONELL, 2010b, p. 17).

Com esse objetivo, os dois capítulos que se seguem pretendem discutir o valor da legislação e da jurisdição na promoção do Estado Democrático de Direito, bem como suas deficiências.

4 SOBRE O PODER LEGISLATIVO E A LEGISLAÇÃO

4.1 Introdução: a legislação no direito moderno

O Parlamento moderno é comprometido com a democracia e com o princípio da soberania popular, podendo ser compreendido como assembleia (ou um sistema de assembleias, como ocorre no Brasil, que adota o bicameralismo) baseada num princípio representativo e voltada à elaboração e à execução das opções políticas, a fim de correspondam à vontade popular (COTTA, 2004, p. 879-880).

Ainda pensando idealmente, o Parlamento moderno é formado, do ponto de vista estrutural, por representantes investidos mediante eleições populares, com base no sufrágio adulto universal, com mandados de duração limitada, com o que se prestam homenagens ao princípio da soberania popular e se realiza a ligação entre o governo e a sociedade. Com essa conformação, o Parlamento reproduz a dialética das forças políticas que o momento eleitoral põe em relevo, a qual, muitas vezes, baseia-se na polarização entre maioria e oposição (COTTA, 2004, p. 880-883).

As atividades parlamentares modernas podem ser globalmente compreendidas no quadro das quatro funções parlamentares fundamentais: i) representação política da sociedade (que é a base das suas outras funções); ii) legitimação do governo (o Parlamento ajuda a conferir ou a subtrair legitimidade política ao governo, na medida em que, da pluralidade das opiniões, emerge no Parlamento a unidade da expressão política); iii) elaboração da legislação (atividade típica do Parlamento moderno, consubstanciada na elaboração de normas gerais, que se inicia com a definição de pautas, passa pela coordenação do trabalho parlamentar e culmina com a deliberação); e iv) controle do Executivo (expressa pelo controle sobre o orçamento, por manifestações perante a opinião pública, pelo controle de contas e pelo seu poder investigativo ⁸⁸) (COTTA, 2004, p. 883-886).

⁸⁸ José Levi Mello do Amaral Júnior (2005) ressalta essa função de controle nos parlamentos modernos, em geral, e no Congresso Nacional brasileiro, em específico, que se manifesta, por exemplo, pela possibilidade de o Congresso Nacional (i) sustar atos normativos do Poder Executivo (art. 49, inciso I, da Constituição), (ii) convocar Ministros de Estado e requerer informações, (iii) fazer o controle de legalidade e eficiência dos atos do Poder Executivo por meio do Tribunal de Contas da União, (iv) instaurar comissões parlamentares de inquérito, (v) participar da elaboração do orçamento e fazer a conversão em lei de medidas provisórias e (vi) realizar o *impeachment* do Presidente da República (e, também, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal). Por isso mesmo, argumenta o José Levi que, “no caso brasileiro, não obstante o sistema de governo presidencialista, a função de controle político tem sido o grande alento do Congresso Nacional. Muitos resultados positivos já foram colhidos do seu exercício em favor da democracia.” (2005, p. 16)

Como bem pontua José Levi Mello do Amaral Júnior (2005), a representatividade política do Parlamento deriva de suas características institucionais, que permitem a reprodução, no seu seio, das relações reais das forças sociopolíticas e constituem espaços democráticos de debate e de esclarecimento dos cidadãos, “aptos a decantar, ao menos em parte, as deficiências e distorções inerentes ao debate político moderno”, demasiadamente influenciado pela mídia e por grupos de interesses, “justamente porque operados por atores que delas têm plena consciência” (2005, p. 5 e 11).

É certo, portanto, que, para bem exercer a representação política da sociedade (e legitimar, por exemplo, o exercício da função legiferante), espera-se que o Parlamento viabilize, no Estado de Direito, a discussão pública de argumentos e contra-argumentos, os debates e conversações públicas (SCHMITT, 1926, p. 34-35). Para criar as condições do debate, emergiu no Estado Moderno a exigência da publicidade da vida política (para assegurar a publicidade da opinião, que se contrapõe à teoria dos segredos de Estado) e a demanda pela repartição de poderes (que procura suprimir a concentração de poder contida no absolutismo) (SCHMITT, 1926, p. 36-38).

O debate e a publicidade constituem, assim, as duas ferramentas essenciais para controlar a arbitrariedade, a corrupção e outras doenças políticas; para garantir a tomada de decisões corretas e justas (SCHMITT, 1926, p. 37-38).

Assume-se que o regime democrático, fundado nessas bases, seja superior a outros regimes de governo, a partir da crença de que haveria concorrência livre de ideias, em que seria possível aflorar a sensatez. É com essa aspiração que o projeto de legislação, centrado no Parlamento, surge no Estado Moderno.

Assim, é lícito esperar que a legislação, elaborada pelo Parlamento eleito democraticamente, esteja no centro da tradição positivista da teoria moderna do direito, por resultar de um processo legítimo de elaboração do direito, porque representativo da sociedade. Disso também provém a constatação de que a essência da legislação está vinculada à possibilidade de “mudança deliberada” do direito, quando se entender que a norma merece ser repensada (ou seja, a contingência da legislação) (WALDRON: 2003, p. 13-20).

A força legitimadora do direito positivo moderno, nessa tradição, residiria, sobretudo, na política, da qual resulta a lei⁸⁹. Para o direito, no entanto (e como já visto na Parte I deste trabalho), apenas interessa o resultado do processo deliberativo político: o texto normativo⁹⁰.

De fato, no Estado de Direito, a lei resulta do processo legislativo como fonte do direito no sentido de norma qualificada por certas características lógicas, isto é, norma “geral, preestabelecida, integradora de todas as coisas, sem exceções e em princípio válida em todos os tempos” (SCHMITT, 1926, p. 41). A lei do Estado de Direito é compreendida então como *ratio*, em contraposição ao sentido de lei do Estado Absolutista, que é o de vontade ou de ordem concreta da autoridade (medida ou disposição individual), “comando pessoal exercido caso a caso e que considera relações concretas particulares”. (SCHMITT, 1926, p. 41-42).

Um sistema jurídico assentado nessas bases ostentaria maior legitimidade e, conseqüentemente, autoridade.

4.2 Legislação e vontade geral: uma utopia?

Como enfatiza Carl Schmitt, a grande finalidade que justifica a Legislatura, realizada pelo Poder Legislativo (formado por representantes eleitos), é a discussão e a publicidade. Esse é o princípio, o sentido, a ideia-diretriz da legislatura baseada no Poder Legislativo moderno, a garantir que haja uma efetiva representação política da sociedade (SCHMITT, 1926, p. 4).

Com efeito, “o Parlamento só é ‘autêntico’ na medida em que a discussão pública é levada a sério e é efetivamente realizada” (SCHMITT, 1926, p.6). Não se trata de mera negociação, como as que se fazem comerciantes, ditadores e monarcas. A discussão pública “é um intercâmbio de opiniões com o objetivo de convencer o opositor de algo

⁸⁹ Waldron critica a tradição positivista (como a exposta por Raz) de ligar a autoridade da legislação ao seu reconhecimento pelos Tribunais. Com efeito, a teoria do direito de Raz vincula a ideia de sistema jurídico não à posição estratégica de uma legislatura (a característica da Legislação como fonte institucional do direito), mas “ao fato de que existe um conjunto de instituições aplicadoras de normas (como os tribunais), que reconhecem as normas como válidas em virtude dos mesmos critérios baseados nas fontes” (WALDRON, 2003, p. 18). Raz, portanto, não considera que a legislação é essencial para a teoria do direito.

⁹⁰ Disso decorre que não se deve pensar na teoria da legislação como a teoria da vontade do legislador. Os legisladores argumentam politicamente para elaborar o direito: legislação é simplesmente ação intencional, de modificar o direito, que se faz por meio do estatuto decretado (WALDRON, 2003, p. 30-33). Por isso, não há sentido prático em se buscar a intenção do legislador. Para além do texto, não há intenção relevante. Por isso mesmo, ver a intenção legislativa como fonte de interpretação é incorreto. Nas palavras de Waldron: “Mas o que importa no caso é simplesmente a intencionalidade do ‘sim’ ou ‘não’ a uma dada moção e não alguma esperança, aspiração ou compreensão que possa ter acompanhado o voto.” (WALDRON, 2003, p. 33).

verdadeiro ou correto, por meio de argumentos racionais”. Nesse sistema, “as leis são feitas a partir de um conflito de opiniões (e não um conflito de interesses). A discussão é composta de convicções comuns, como premissas: de predisposição para se deixar convencer, de desvinculação de ligações partidárias, isenção de interesses egoísticos.” (SCHMITT, 1926, p. 7).

Prossegue Schmitt:

A publicidade e a discussão são os dois princípios sobre os quais se baseiam o pensamento constitucional e o sistema parlamentar de um sistema amplamente conseqüente e abrangente. Eles pareciam essenciais e imprescindíveis ao sentimento de justiça de toda uma época. Afinal, o que deveria ser alcançado por meio do equilíbrio garantido pela publicidade e pela discussão, era nada menos que a própria verdade e justiça. Com a simples publicidade e a discussão acreditava-se poder vencer o poder e a força simplesmente reais [...] e conseguir a vitória do direito sobre a força. Existe uma frase bastante característica para esse modo de pensar: ‘La discussion substituee a la force’.” (SCHMITT, 1926, p. 47).

Para Schmitt, esse ideal das discussões e da publicidade, todavia, seria inalcançável no Parlamento moderno, a revelar “a crise do sistema parlamentar” (1926, p. 7). A realidade teria demonstrado que, diferentemente dos princípios que animaram a criação da Legislatura moderna, “o sistema parlamentar conseguiu transformar todas as questões públicas em objeto de cobiça e de compromisso dos partidos e dos agregados, e a política, longe de ser a ocupação de uma elite, passou a ser a desprezível negociata de uma desprezível classe de gente” (SCHMITT, 1926, p. 6).

Ainda consoante Schmitt, esse deslocamento da Legislatura moderna dos princípios que a deveriam orientar não seria um acidente, mas antes uma consequência natural da hegemonia de uma forma de pensar a democracia: a democracia liberal de massas:

A situação do sistema parlamentar tornou-se hoje extremamente crítica, porque a evolução da moderna democracia de massas transformou a discussão pública, argumentativa, numa simples formalidade vazia [...]. Os partidos [...] atualmente não se apresentam mais em posições divergentes, com opiniões passíveis de discussão, mas sim como grupos de poder sociais ou econômicos, que calculam os interesses e as potencialidades de ambos os lados para, baseados nesses fundamentos efetivos, selarem compromissos e formarem coalizões. As massas são conquistadas por meio de um aparato de propaganda, cujos bons resultados derivam de um apelo a interesse e paixões mais imediatos. O argumento, no seu sentido mais literal,

característicos da discussão autêntica, desaparece (SCHMITT, 1926, p. 8).

Sentencia, então, Schmitt, que a Legislatura moderna não parte da premissa de “convencer o opositor de uma verdade ou de uma atitude correta, mas sim de conquistar a maioria, para poder exercer o poder por meio dela” (SCHMITT, 1926, p. 8)

Essa ordem de coisas seria fruto da expansão da igualdade formal no liberalismo, por meio do qual se assegura o direito universal e igual de voto, sem haver uma igualdade substancial que confira um mínimo de homogeneidade ao corpo político que viabilize uma noção comum de justo e verdadeiro (SCHMITT, 1926, p. 13-14)⁹¹.

A crise do Estado moderno e da Legislatura estaria, portanto, na incapacidade de a democracia construir decisões políticas representativas da verdadeira vontade do povo (*volonté générale*)⁹² (SCHMITT, 1926, p. 15-17).

Com Schmitt, haveria de concluir-se que não há valor na legislação moderna, desprovida que seria de razão, verdade e justiça para a sociedade civil pluralista e heterogênea.

4.3 A legislação moderna e suas possibilidades

Com Schmitt, identificam-se as enormes dificuldades para aceitar a ideia de que a legislação moderna confere legitimidade ao direito, e as dúvidas sobre sua capacidade de alcançar decisões políticas representativas da vontade geral.

Como é possível atribuir validade jurídica às deliberações políticas tomadas por multidões heterogêneas⁹³ com base no princípio majoritário, sabendo-se que a lei parece se impor por uma questão meramente numérica (arbitrária) e não pela razão? O princípio

⁹¹ Nas palavras de Carl Schmitt: “Sensatamente, o direito universal e igual de voto é só a consequência da igualdade substancial no interior do círculo dos iguais, e não vai além disso. Um direito igual como esse tem o seu significado onde há homogeneidade. Mas o tipo de universalidade do direito de voto preconizado pelo ‘uso da linguagem internacional’ significa outra coisa: toda pessoa adulta, só como pessoa, deve o ter o mesmo direito político de qualquer outra”(1926, p. 13).

⁹² “A opinião unânime de cem milhões de indivíduos não é a vontade do povo, e nem uma opinião pública” (SCHMITT, 1926, p. 17)

⁹³ Assim sintetiza Waldron o desconforto latente contra as deliberações do Legislativo: “A legislação não é apenas deliberada, administrativa ou política: é, acima de tudo, no mundo moderno, o produto de uma assembléia – os muitos, a multidão, o populacho (ou seus representantes) [...]. Fazendo eco a Blackstone, exige-se um longo percurso de treinamento para que alguém se torne juiz, mas todo membro do populacho enviado pelos eleitores a Westminster pensa em si como um legislador nato.” (2003, p. 37).

majoritário pode fundamentar uma decisão política? Em síntese, é possível levar a legislação a sério como fonte do direito? (WALDRON, 2003, p. 154-157)

A questão situa-se, portanto, na atribuição de status de direito (legal e legítimo) às deliberações políticas do Parlamento moderno (pluralista e heterogêneo), tomadas por decisão majoritária.

Naquilo que diz respeito aos valores democráticos, as decisões parlamentares auferem sua legitimidade do fato de procederem de um corpo de representantes escolhidos diretamente pelo povo (voto universal adulto), por meio de eleições periódicas, imparciais e regulares.

Nesse cenário, as funções do Legislativo pautam-se no *ethos* da representação e na responsabilidade eleitoral (mesmo que se considere que há situações nas quais os parlamentares se voltam para a defesa de seus próprios interesses, isso não infirma o *ethos* que anima o Parlamento). A legitimidade de seu processo deliberativo repousa na igualdade política e no direito democrático ao voto (mesmo sabendo-se das distorções do sistema representativo). Já o possível mérito de suas deliberações políticas resulta do engajamento do debate parlamentar em vista das questões econômicas, sociais, morais e religiosas e até jurídicas, que podem aflorar sem constrangimentos no debate parlamentar⁹⁴ (não se ignorando a existência de defeitos em muitas deliberações) (WALDRON, 2010, p. 107, p. 109, p. 120, p. 134).

Todos esses aspectos põem em evidência que, institucionalmente, a legitimidade das deliberações parlamentares não se fundamenta apenas no procedimento que as produziu, mas também nos resultados que podem alcançar, em vista do engajamento e da participação que o processo legislativo habilita.

⁹⁴ Comparando a forma de apresentação de argumentos nos Tribunais e no Parlamento, Waldron articula a seguinte crítica: “Distraídos por essas questões de legitimidade, os tribunais se concentram no que outros tribunais fizeram ou no que diz o texto da Declaração de Direitos, enquanto os legisladores – apesar de todos os seus defeitos – tendem ao menos a ir diretamente ao cerne da questão. Sob esse aspecto, é admirável o quão rico é o raciocínio nos debates legislativos sobre importantes questões de direitos em países que não possuem o *judicial review*” (WALDRON, 2010, p. 132). Adiante, fazendo uma comparação entre o debate legislativo britânico e o raciocínio judicial norte-americano acerca do aborto, conclui no sentido de que “a diferença chave entre o debate legislativo britânico e o raciocínio judicial norte-americano é que este último está principalmente preocupado com interpretação e doutrina, enquanto naquele debate os agentes que decidirão são capazes de focalizar firmemente na própria questão do aborto e naquilo que acarreta – no status ético do feto, na situação da mulher grávida e na importância de suas escolhas, sua liberdade e sua privacidade, nos conflitos e dificuldades morais que tudo isso envolve e nas questões pragmáticas sobre o papel que o direito deveria desempenhar com relação a questões morais privadas.” (WALDRON, 2010, p. 133).

Não obstante hoje o debate político e as negociações ocorram, com certa (e indesejada) frequência, à sua margem, o Parlamento ainda é espaço relevante para mediar a competição política, uma vez que permite a presença simultânea de múltiplas forças políticas, bem como dispõe de instrumentos para regular as relações entre elas e institucionalizar a sua cooperação (COTTA, 2004, p. 886-888).

A prática parlamentar, pela sua intrínseca necessidade de reciprocidade de comportamentos, de intercâmbio de comunicações, de colaboração e mútuos favores, constitui um fator que pode contribuir, de modo bastante significativo, para criar um fundo de coesão entre as forças políticas, capaz de transcender as suas divergências, e pode servir para contrabalançar as pressões centrífugas que nascem inevitavelmente da dialética política. (COTTA, 2004, p. 887)

Além disso, mesmo considerando que muitas decisões políticas da atualidade impõem-se sem a sua participação direta, permanece válida a assertiva de que o Parlamento é ainda relevante como foro deliberativo para várias questões políticas centrais no Estado moderno, como, por exemplo, na política externa, fiscal, previdenciária e judiciária, além de fornecer o necessário arcabouço institucional para o desenvolvimento da economia e da vida civil (COTTA, 2004, p. 887).

Para que o Parlamento esteja habilitado a exercer seu papel (e evite a erosão de sua importância política), no entanto, é necessário que seja ele dotado de uma vida institucional própria e real, fundada, como já dito, no *ethos* político da representação e da responsabilidade eleitoral, que esteja arraigado (por meio de normas, convenções informais e costumes) na sociedade e que seja capaz de impor-se a todas as forças políticas (COTTA, 2004, p. 886-888).

De todo modo, há ainda razões para se atribuir ao Parlamento o *locus* privilegiado para a tomada de decisões políticas que se converterão em direito.

Resta, ainda, a dificuldade da deliberação majoritária como veículo para a elaboração das leis, por parecer arbitrário confiar o processo criativo do direito a uma questão meramente aritmética, de contagem de votos⁹⁵.

⁹⁵ Apesar de ser um traço marcante das deliberações políticas no Parlamento, não se pode atribuir um vínculo direto entre democracia e princípio majoritário. O princípio majoritário é utilizado sempre que temos decisões a serem tomadas por um grupo; na verdade, parece ser inerente à generalidade dos processos decisórios (a respeito de regras gerais) tomados em assembleias, conselhos ou comissões (WALDRON, 2003, p. 153; 2010, p. 137, nota de rodapé 112).

O que, no entanto, confere racionalidade à decisão majoritária não é a contagem de votos, mas o consenso que se estabeleceu antes da deliberação a respeito da necessidade de tomar decisões políticas das quais todo o povo, por seus representantes, deva participar.

Como argumenta Waldron a respeito desse ponto, não há necessariamente arbitrariedade na decisão majoritária, pois ela se assenta no valor moral do consentimento: a minoria deve ceder à decisão majoritária porque consentiu em participar da comunidade (ou seja, não se submeter à decisão majoritária significa que o consentimento originário não foi sério)⁹⁶.

De fato, o consentimento que fundamenta a decisão majoritária não é o consentimento sobre o resultado da deliberação, mas sobre o interesse em haver uma deliberação. Significa dizer que estão na gênese da decisão majoritária a existência e a manutenção da sociedade civil.

Alicerçar a decisão majoritária no princípio do consentimento também ajuda a compreender a correlação de forças e a decisão daí resultante no processo deliberativo majoritário. Em sua forma ideal, a decisão política majoritária expressa a deliberação que surgiu entre diversas opiniões de todos os participantes sobre o que seja melhor para a sociedade civil, sem que haja escolhas *a priori*.

Desse modo, o corpo social se moverá numa direção que foi proposta pela comunidade no interesse da comunidade e não necessariamente no sentido da força política majoritária, pois a maioria precisa ser construída (WALDRON, 2003, p. 172-173). Conclui Waldron:

Assim, a lógica do consentimento individual como força motriz na política é que o corpo político não deve mover-se em nenhuma direção a não ser na direção que foi explicitamente proposta e em que alguém consentiu uma proposição. Não pode se mover em uma direção que ninguém tenha oferecido como proposta simplesmente como resultado de votação entre outras propostas que foram oferecidas. (WALDRON, 2003, p. 173)

⁹⁶ A decisão majoritária, no legislativo, justifica-se, nessa lógica, pelo fato de o Legislativo ser composto por representantes eleitos. Esse argumento, no entanto, não está disponível para fundamentar a decisão majoritária praticada nos Tribunais, em que é um simples dispositivo técnico de decisão: “A decisão majoritária é apropriada para pessoas que tenham uma razão moral para insistir em serem vistas como iguais em alguns processos decisórios. No entanto, não consigo ver qualquer base moral para essa razão no caso dos Juízes da Suprema Corte. Eles não representam ninguém.” (WALDRON, 2010, p. 141)

Fundamentar o princípio majoritário no consentimento também permite lidar melhor com a ausência de real igualdade material entre os participantes da sociedade civil. O consentimento de participar da sociedade civil é dado por todos independentemente do poder, do *know-how* e da persuasão de cada participante. A igualdade está no consentimento individual de engajar-se no debate, no grupo, na sociedade civil (WALDRON, 2003, p. 173-175). Na síntese de Waldron:

[...] a única coisa que move adequadamente um corpo político é o consentimento dos indivíduos que o compõem. Para o propósito dessa proposição normativa, o consentimento é uma questão de autoridade e legitimação individuais. As pessoas podem variar em influência política e *know-how*. Mas não é a mesma coisa que uma variação na força normativa do consentimento individual [...]. Nosso estado natural, a partir do qual deve ser conjurado o princípio da decisão majoritária, é um estado de ‘igualdade, no qual todo poder e jurisdição são recíprocos, ninguém possuindo mais do que outro’ (II: 4 [Locke]). A importância do consentimento baseia-se puramente nessa igualdade natural da autoridade legitimadora, e isso ajuda a tornar irrelevantes quaisquer outras diferenças na eficácia política entre nós no que diz respeito aos elementos da decisão política. (WALDRON, 2003, p. 174-175)

O consentimento baseado em bases tão singelas está longe de garantir consenso nas deliberações políticas. Contudo, seria de se esperar que maior consenso nas deliberações políticas atribuísse mais força motivadora à decisão?

Essa indagação ganha relevância na medida em que se verifica a promoção do valor do consenso entre os defensores da democracia deliberativa. Segundo essa forma de ver, a deliberação almeja chegar a um consenso racionalmente motivado, e a discordância é necessariamente um sinal do caráter incompleto ou politicamente insatisfatório da deliberação (WALDRON, 2003, p. 184-186)⁹⁷.

Ocorre que essa visão ignora que “a discordância entre os cidadãos quanto ao que devem fazer, como corpo político, é uma das circunstâncias da política”, isto é, integra os aspectos

⁹⁷ Nas palavras de Waldron: “Com Rousseau, os teóricos deliberativos estão sempre inclinados a suspeitar que uma divisão de facções de maioria e minoria é um sinal de que alguns ou todos estão votando sobre uma base estreita de interesse próprio e não enfrentando as questões do bem comum no espírito que os modelos deliberativos pressupõem [...] Ainda assim, eles pensam que, assim que conseguirmos uma democracia genuinamente deliberativa, a questão sórdida da contagem de votos será, em boa parte, desnecessária, pelo menos em assuntos sérios de princípio. A autoridade da legislação consistirá na sua proveniência legislativa, não nas suas credenciais majoritárias.” (WALDRON, 2003, p. 185-186)

factuais da condição humana moderna: há a necessidade de as pessoas agirem conjuntamente, embora discordem quanto ao que fazer (WALDRON, 2003, p. 188).

É equivocado pensar que a necessidade de chegar-se a uma visão comum para balizar uma ação coordenada faz desaparecer a discordância. A realidade é bem distinta: a visão comum apenas pode ser forjada “no calor das nossas concordâncias, não fundamentada na suposição de um consenso sereno que existe apenas como ideal.” (WALDRON, 2003, p. 189)

A autoridade da legislação e o respeito a ela derivam, portanto, da circunstância de ela viabilizar uma ação concertada e coordenada numa sociedade real, em que florescem divergências de toda ordem⁹⁸, por meio de instituições representativas, eleitas pelo sufrágio adulto universal⁹⁹.

Deve ser rejeitada, por isso, a visão do consentimento como força motivadora das deliberações, associando-se maior consenso à maior legitimidade das deliberações. O consentimento não é uma força motivadora das deliberações, mas uma força de autorização e legitimação. Por essa razão, não se afere a legitimidade de uma deliberação em virtude de seu resultado refletir maior ou menor consenso¹⁰⁰.

Nesse cenário, a prevalência da decisão majoritária justifica-se pela equidade (justiça): se participamos de uma comunidade que toma suas próprias deliberações a partir de um conhecimento humano e do debate público, a decisão mais justa é respeitar a determinação da maioria (WALDRON, 2003, p. 178-179).

⁹⁸ Assim conclui Waldron a respeito: “Se aceitarmos essa tese sobre as circunstâncias da política, podemos, então, começar a construir uma resposta agressivamente afirmativa à acusação de arbitrariedade no que diz respeito à legislação majoritária [...]. Nosso respeito pela legislação é, em parte, o tributo que devemos pagar à conquista da ação concertada, cooperativa, coordenada ou coletiva nas circunstâncias da vida moderna.” (WALDRON, 2003, p. 190) “Nas circunstâncias da política, tirar cara ou coroa pode ser uma maneira de estabelecer um curso comum de ação. Se o prazo para a ação estiver próximo o suficiente e a necessidade de ação concertada for suficientemente premente, podemos adotar qualquer método arbitrário que torne o curso de ação mais notável.” (WALDRON, 2003, p. 191)

⁹⁹ Essas virtudes não são encontradas nas decisões tomadas pelos Tribunais a respeito de questões políticas controvertidas, para além da legislação. Um cidadão que discorde do conteúdo de uma decisão do Tribunal terá dificuldades de encontrar uma resposta suficiente para as perguntas: por que o Tribunal decidiu esse assunto e qual o fundamento para o procedimento adotado? (WALDRON, 2010, p. 139)

¹⁰⁰ Deve ser rejeitada, por isso, a visão utilitarista, segundo a qual, “se o consentimento de cada pessoa reflete uma percepção precisa dos seus próprios interesses, então, a agregação dos consentimentos individuais poderia implicar uma conclusão confiável a respeito do interesse geral, compreendido de maneira benthamiana” (WALDRON, 2003, p. 176). Essa visão desconsidera que a igualdade formal de cada indivíduo não significa que os interesses ou preferências em jogo sejam iguais ou afetem igualmente todos os indivíduos, de modo que é impreciso fazer um cálculo de utilidade geral a partir desse pressuposto. Além disso, há fundados questionamentos sobre a adequação da visão utilitarista para lidar com elementos fundamentais do projeto social e constitucional (WALDRON, 2003, p. 176-177).

O princípio majoritário é o que dá mais peso ao indivíduo: a opinião do indivíduo é minimamente decisiva e confere a maior força possível ao indivíduo, respeitando a igualdade. Assim põe a questão Waldron:

Então, a métrica básica de qualquer situação na qual os indivíduos tenham visões diversas e contrárias a respeito da ação do corpo que eles compõem deve ser uma métrica de equidade. Devemos nos perguntar: qual é a base mais equitativa sobre a qual proceder em uma situação na qual somos confrontados com tal discordância? (WALDRON, 2003, p. 179)

Quando colocamos a questão dessa maneira, parece que podemos nos mover diretamente para o princípio majoritário como a resposta evidente. Pois pode ser demonstrado que nenhum outro princípio dá maior peso às visões de qualquer membro individual exceto dando a suas opiniões maior peso do que o atribuído às de algum outro membro individual. Na verdade, o método de decisão majoritária tenta dar à opinião de cada indivíduo nesse processo o maior peso possível que seja compatível com um peso igual para as opiniões de cada um dos outros [...]. Mas não apenas isso: o método de decisão majoritária também confere caráter decisivo máximo a cada membro, sujeito apenas à restrição da igualdade. Nesse sentido, a decisão majoritária apresenta-se como um método equitativo de decisão e como interpretação natural da agregação física das forças na física do consentimento. (WALDRON, 2003, p. 180-181)

Em conclusão: o fundamento último do princípio majoritário, numa sociedade civil formada pelo consentimento de indivíduos com diferentes interesses e preferências, é a igualdade dos membros do corpo político. Dessa forma, o processo majoritário justifica-se como legítimo, porque há o dissenso, a discordância entre os iguais. Essa forma de ver permite que deixemos de encarar a legislação como algo arbitrário e, assim, que ela ganhe mais dignidade. “Quando estamos decidindo uma questão para a qual precisamos de uma decisão comum e há opiniões individuais díspares, a decisão majoritária pode parecer um procedimento político antes respeitável que arbitrário” (WALDRON, 2003, p. 183).

Então, temos como justificativas para o processo deliberativo majoritário (WALDRON, 2003, p. 192-194):

- i) o processo majoritário pode parecer arbitrário em relação à decisão, mas não é arbitrário em relação ao problema da decisão (a deliberação);
- ii) a decisão majoritária não é apenas um processo decisório eficaz, mas também um processo respeitoso: respeita indivíduos quanto à sua singularidade (isso não é relativismo, pois os indivíduos são tratados como iguais na autorização da ação política, independentemente da objetividade da moral, que é irrelevante).

Isso pode parecer uma base pouco firme para assentar as decisões políticas firmadas no processo legislativo, mas “nas circunstâncias da política, tudo com que podemos trabalhar é a ‘compreensão implausivelmente estreita’ do igual respeito” (WALDRON, 2003, p. 197), tendo em vista que a unanimidade não está disponível na sociedade moderna¹⁰¹.

4.4 Limites à deliberação legislativa

A autoridade do direito legislado decorre da necessidade de coordenar a ação e o comportamento da sociedade dentro de uma moldura comum, independentemente da discordância entre os indivíduos sobre qual seria o melhor curso de ação individual e a melhor conformação dessa moldura, o que é mais bem realizado no Legislativo, que pressupõe a igualdade dos indivíduos (WALDRON, 2004, p. 7).

A legislação, portanto, tem fundamento no (prévio) consentimento de uma comunidade – formada por indivíduos com igualdade política – em constituir uma sociedade civil, mesmo considerando a impossibilidade de consenso nas deliberações particulares. A autoridade da lei produzida democraticamente, desse modo, deriva de seu status comunitário, independentemente dos méritos substantivos de suas proposições (CAPUSTIN, 2007, p. 310).

Essa base (confessadamente empobrecida, mas a única possível para dar coesão à sociedade moderna, pluralista e formada por indivíduos autônomos) para a legitimidade das deliberações político-legislativas põe em evidência os seus limites.

A autoridade da lei deve ser posta em dúvida nas situações em que a deliberação do Parlamento é apta a gerar a erosão da sociedade civil, de pôr em risco as bases da civilidade e da convivência democrática. Isso porque o consentimento dado para a formação da sociedade civil moderna não é incondicionado, e o procedimento justo não é a única medida da justa razão.

Por isso, Mark Capustin afirma que, mesmo se considerando as circunstâncias da política, há razões para se estabelecerem limites morais para a autoridade da lei. “Apesar de serem necessários procedimentos decisórios para viabilizar as deliberações, em face da discordância na sociedade, isso não significa que todas essas deliberações são sempre

¹⁰¹ Como se verá, nem mesmo a fundamentação das decisões judiciais permite alcançar o consenso e superar o sentimento de arbitrariedade que se atribui às deliberações legislativas.

autoritativas” (CAPUSTIN, 2007, p. 312, tradução daqui). Em outras palavras, a razão impõe, no mais das vezes, que se aceite como autoritativo o justo resultado do procedimento democrático, salvo nas situações em que esse resultado seja manifestamente injusto (CAPUSTIN, 2007, p. 299).

Conforme detalhado na Parte I deste trabalho, é possível, em retrospectiva, ponderar se uma lei tem lastro em alguma concepção de justiça e infirmar sua autoridade caso não tenha.

Do ponto de vista institucional, pode haver virtude em atribuir a outro órgão esse juízo de censura, estranho à estrutura Legislativa, sem que isso represente a erosão da função legislativa de lidar com a divergência e, nas circunstâncias da política, conseguir uma ação social coordenada.

Para tanto, a relação interinstitucional deve se pôr não como de submissão, mas de veto, no pressuposto de que há uma regra geral de autoridade que apenas pode ser afastada quando houver fundadas razões para tanto¹⁰².

Para ilustrar essa ideia, Mark Capustin traz à consideração a inter-relação entre Legislativo e Suprema Corte nos Estados Unidos para defender o seguinte:

Mesmo se a Suprema Corte estiver numa excelente posição para tomar decisões autoritativas sobre a constitucionalidade das leis, ela pode não estar na melhor posição para criar regras gerais. Os corpos legislativos podem estar em melhor posição para tomar decisões sobre como as regras irão operar na ampla generalidade dos casos. Em outras palavras, em uma ampla gama de questões, a Legislatura está em melhores condições para levar em consideração todas as espécies de razões que incidem sobre questões de preocupação comum, e, dessa forma, a Legislatura está, do ponto de vista de autoridade, melhor posicionada para aprovar regras gerais para resolver por nós o que fazer. (CAPUSTIN, 2007, p. 320, tradução livre)

Com alguma reserva, Waldron admite (ou, quando menos, não recusa) a possibilidade de haver, em certas situações, um controle sobre a legislação aprovada pelo Poder Legislativo, de forma semelhante ao modelo do *judicial review*.

Esclarece Waldron que o seu “argumento contra o judicial review é condicional; se qualquer das condições não for satisfeita, ele pode não se sustentar” (2010, p. 105).

¹⁰² Mark Capustin traz como ilustração dessa dinâmica a inter-relação entre os poderes exercidos pelos pais (pai e mãe) sobre os filhos (CAPUSTIN, 2007, p. 318-319).

As condições por ele referidas para tornar desnecessário o controle judicial de constitucionalidade sobre a legislação são quatro:

- i) a existência de “instituições democráticas em condições de funcionamento razoavelmente boas, incluindo um legislativo representativo, eleito por sufrágio adulto universal”;
- ii) “um conjunto de instituições judiciais, também em boas condições de funcionamento, erigidas sobre uma base não representativa para conhecer de ações individuais, resolver controvérsias e defender o Estado de direito;
- iii) um comprometimento da parte da maioria dos membros da sociedade e da maioria de suas autoridades com a ideia de direitos individuais e de minorias; e
- iv) discordância persistente, substancial e de boa-fé quanto aos direitos entre os membros da sociedade que estão comprometidos com a ideia de direitos.” (WALDRON, 2010, p. 106)

Na falta de um desses pressupostos, entende Waldron que deixa de haver uma razão fundamental para se opor ao *judicial review*, não se podendo garantir, no entanto (e essa perspectiva do autor deve ser enfatizada), que a via do controle judicial de constitucionalidade seja capaz de proteger minorias, reparar o sistema político e restabelecer a representação (WALDRON, 2010, p. 157).

Apesar disso, resulta claro que o Legislativo não é imune a abusos e, indo além, que é possível, em certas situações, emitir um juízo de censura sobre leis aprovadas de forma regular pelo Parlamento, sendo recomendável pensar alternativas institucionais voltadas ao controle externo desses abusos legislativos.

4.5 O Legislativo no Brasil: uma visão sobre a política legislativa

O apreço ao princípio da legalidade no Brasil, inserido na tradição da *civil law* e do direito continental europeu, traz um sentido de vinculação maior do Judiciário e do

Executivo à lei, compreendida como forma por excelência de inovação no ordenamento jurídico¹⁰³.

No âmbito da moldura institucional estabelecida pela Constituição de 1988, deve-se indagar em que medida se pode confiar na legislação como legítima interpretação da Constituição. Há de se por a pergunta: dentro de sua ampla liberdade de conformação do ordenamento jurídico, o Legislativo brasileiro tem aptidão para atuar em observância das normas fundamentais que estabelecem a base de nossa sociedade civil (direitos fundamentais dos cidadãos e organização e estrutura dos Poderes)?

Embora tenha o Brasil adotado um sistema de governo presidencialista (que se caracteriza pela independência funcional e orgânica do Executivo e do Legislativo, em contraposição ao parlamentarismo, no qual os governos, para chegar e se manter no poder, precisam do apoio de uma maioria legislativa), a dinâmica da política institucional brasileira, em especial a legislativa, evidencia que a separação de Poderes no processo legislativo não é tão clara, evidente e eficaz como a teoria político-jurídico clássica propõe (CHEILUB; ELKINS, 2009, p. 56; MORGENSTERN; NEGRI, 2009, p. 43-44).

Com efeito, análise acurada das vias de relação entre Executivo e Legislativo instituídas na Constituição de 1988 e da forma que se estruturou o comportamento político nesses mais de 20 anos de Constituição põe em evidência que o modelo adotado pelo Brasil no aspecto institucional normativo mistura elementos relevantes dos sistemas parlamentarista e presidencialista de governo¹⁰⁴.

Nas palavras de Cheilub e Elkins:

¹⁰³ Na tradição anglo-saxã, no entanto, há circunstâncias históricas e políticas que evidenciam uma desconfiança com a legislação, o que não se põe com a mesma força na tradição romano-germânica, que se desenvolveu fortemente ligada à ideia da força da lei. De fato, observa-se, no direito anglo-saxão, dúvida quanto à possibilidade de a palavra final sobre o direito e os princípios seja dada pela regra da maioria, no Parlamento, no embate entre partidos políticos. “Parece que tal fórum é considerado indigno das questões mais graves e mais sérias dos direitos humanos que uma sociedade moderna enfrenta” (WALDRON: 2003, p. 5). Anota Waldron, a propósito, que Blackstone observava, em suas palestras, a respeito do direito consuetudinário da Inglaterra que, naquela época, “todo homem de fortuna superior acha que é um legislador nato”, do que decorria que “o direito consuetudinário da Inglaterra saiu-se como outros edifícios veneráveis da antiguidade, que operários rudes e sem experiência se aventuraram a vestir de nova roupagem e a refinar, com toda a fúria do progresso moderno.” (apud WALDRON: 2003, p. 9).

¹⁰⁴ Após a II Guerra Mundial, identifica-se, em vários países, uma convergência entre as constituições presidencialistas e parlamentaristas no que se refere aos atributos do Executivo e do Legislativo, com o fortalecimento do Executivo, no que diz respeito à iniciativa legislativa, poderes de veto e de decreto, dispositivos de emergência, dissolução da Assembleia e supervisão legislativa (havendo, no entanto, forte diferença de intensidade entre os países) (CHEILUB; ELKINS, 2009, p. 62). É, por isso, impróprio falar-se em sistemas puros de governo parlamentarista ou presidencialista.

Assim, a partir da distinção básica entre constituições parlamentaristas e presidencialistas – o fato de que a primeira requer que o Governo obtenha a confiança da Assembleia enquanto a segunda não –, uma série de características devem seguir, estabelecendo assim dois sistemas coerentes. Constituições parlamentaristas deveriam possibilitar um controle executivo forte da agenda legislativa, um poder fraco de veto executivo, poderes de decreto executivo relativamente fortes, dispositivos de emergência relativamente fracos, sujeição da Assembleia à dissolução pelo Executivo, e instrumentos de supervisão pouco desenvolvidos. Por outro lado, as constituições presidencialistas seriam caracterizadas por um fraco controle executivo da agenda legislativa, fortes poderes de veto executivo, poderes de decreto relativamente fracos, dispositivos de emergência fortes, sem dissolução da Assembleia pelo Executivo, e dispositivos de supervisão relativamente bem desenvolvidos.

Entra em cena a Constituição brasileira de 1988, que organiza a relação entre presidente e Congresso de tal forma a desafiar a perspectiva de que constituições presidencialistas e parlamentaristas – e o processo político que elas organizam – sejam fundamentalmente diferentes [...]. Poucos contestarão o fato de que a Constituição de 1988 confere ao presidente poderes que são frequentemente encontrados em sistemas parlamentaristas e que esses poderes lhe permitem um comportamento muito semelhante ao de um primeiro-ministro. Os legisladores, por sua vez, enfrentam uma estrutura de incentivo que não os distingue muito de seus equivalentes em um sistema parlamentarista típico. (CHEILUB; ELKINS, 2009, p. 58)

No que se refere ao processo legislativo, a Constituição de 1988 prestigiou o fortalecimento do Poder Executivo, que exerce forte controle da agenda legislativa. Conforme análise de Limongi e Figueiredo (2009, p. 77):

Os constituintes preservaram as vantagens institucionais com que o regime militar havia dotado o Poder Executivo. Nas áreas de maior interesse, como tributação, orçamentação, regulamentação e alterações na estrutura de cargos, salários e gratificações do funcionalismo público e da burocracia nomeada, o Executivo tem a prerrogativa exclusiva de propor legislação. O Executivo conta também com uma poderosa arma para alterar unilateralmente o *status quo* legal: as medidas provisórias, cuja entrada em vigor é imediata, mesmo que precise ser validada pelo Legislativo dentro de um período determinado. No caso da legislação orçamentária, ainda mais importante do que a prerrogativa da iniciativa são as limitações impostas ao poder de emenda do Congresso que, em última análise, só pode remanejar verbas alocadas em investimento, dado que as receitas são estimadas pela proposta original e os gastos destinados a pessoal, custeio e pagamento da dívida não podem ser cortados.

Apesar de o Executivo ter o controle sobre a proposição da agenda legislativa, não significa que tenha capacidade de aprová-la. A experiência brasileira pós-Constituição de 1988 demonstra, no entanto, que a agenda sugerida pelo Poder Executivo

tem prevalecido, seja pela alta taxa de aprovação das medidas que apresenta, seja pela taxa de dominância de suas propostas nas leis (LIMONGI; FIGUEIREDO, 2009, p. 78).

Essa governabilidade é construída por aquilo que se convencionou chamar de presidencialismo de coalizão¹⁰⁵, no qual se observa a fusão dos Poderes (Executivo e Legislativo), o que “implica a fusão das agendas [do Executivo e do Legislativo]”, o que não representa necessariamente uma agenda exclusiva do Executivo, mas aquela correspondente à maioria ou ao governo a evidenciar “uma agenda única em que os dois Poderes atuam de forma complementar”¹⁰⁶ (LIMONGI; FIGUEIREDO, 2009, p. 79-80).

Deve-se reconhecer o mérito desse arranjo institucional, que permitiu a consolidação da democracia no Brasil pós-Constituição de 1988, com instituições capazes de lidar com o desafio da governabilidade, sobretudo considerando-se o ceticismo que a Carta de 1988 trouxe para diversos cientistas políticos, que entendiam ser o Brasil ingovernável sob sua égide (ou seja, que não seria possível fazer política a partir dela).

Giovanni Sartori, para quem as constituições são antes de tudo planos ou molduras de governo (“a estruturação eficiente do sistema político”), afirma, por exemplo, que a Constituição brasileira de 1988 “é uma constituição repleta não só de

¹⁰⁵ Presidencialismo de coalizão, expressão cunhada pelo cientista político Sérgio Abranches em 1988, é hoje largamente utilizada para identificar o perfil institucional do presidencialismo brasileiro, que opera de forma semelhante aos regimes parlamentaristas (no sentido de que os presidentes formam seus governos distribuindo ministérios aos partidos e formando uma coalizão que deve assegurar a maioria no Legislativo). Essa conformação decorre da necessidade de o Presidente, para manter a governabilidade, lidar com a representação proporcional e o sistema multipartidário, o federalismo, o bicameralismo e a exigência de supermaiorias para aprovar emendas constitucionais (AMORIM NETO, 2009, p. 106-107). “No presidencialismo de coalizão, é esperado que presidentes se comportem de forma semelhante aos primeiros-ministros europeus em sistemas multipartidários: compartilhando o poder e governando em coalizão com distribuição interpartidária proporcional para poder aprovar legislação no Congresso e governar” (PEREIRA; POWER; DAILE, 2009, p. 208). Isso é necessário para compensar os efeitos fragmentadores do ambiente institucional formado pelo somatório de elementos como presidencialismo, federalismo e representação proporcional. O somatório dessas instituições estabelece os parâmetros de relações Executivo-Legislativo (PEREIRA; POWER; DAILE, 2009, p. 208).

¹⁰⁶ A existência de uma agenda única e complementar do Legislativo e do Executivo “não implica identidade de interesses e ausências de conflitos. Significa que a atuação dos dois Poderes é baseada em um princípio de coordenação” (LIMONGI; FIGUEIREDO, 2009, p. 84), para a formulação dessa agenda comum. “A agenda efetivamente submetida pelo Executivo ao Legislativo é a agenda da maioria, cuja elaboração se dá no interior da coalizão de governo da qual, por definição, participam membros do Executivo e do Legislativo. A agenda do governo é formada endogenamente” (2009, p. 86). Disso resulta que não se pode falar propriamente de uma submissão dos parlamentares ao Executivo. “O parlamentar filiado a um partido que pertence à coalizão governamental não apenas vota com o Governo. Ele participa da formulação e da implementação das políticas do Governo [...]. Em suma, apesar da crença generalizada de que governos presidencialistas não podem funcionar com o apoio de coalizões partidárias, [...] procuramos mostrar como Executivo e Legislativo se interpenetram e se fundem, tomando como exemplo a política orçamentária. Partidos representados no Parlamento, que fazem parte do Governo, assumem funções executivas e essas funções não se resumem à ocupação de uma pasta ministerial, elas se estendem ao Legislativo.” (LIMONGI; FIGUEIREDO, 2009, p. 100)

detalhes triviais como de dispositivos quase suicidas e promessas impossíveis de cumprir” (1996, p. 209-212)

Alcançando quase 25 anos de democracia, sob a égide da Constituição de 1988, há consenso de que o Brasil é uma democracia estável. Não se pode negar, ainda, que os governos, dentro do arranjo que se estabelece entre Legislativo e Executivo, promoveram avanços substantivos (política substantiva).

Isso significa que não se identifica no sistema político brasileiro uma forte centralização e concentração do poder político num determinado ator, na medida em que se pode identificar como relevante para a governança a representação da diversidade de interesses encontrada na sociedade (PEREIRA; POWER; DAILE, 2009, p. 212).

Significa, também, que, na prática político-institucional brasileira, é inadequado falar-se em agendas próprias do Executivo e do Legislativo, que decorreriam do princípio da separação de Poderes (LIMONGI; FIGUEIREDO, 2009), uma vez que o governo (Executivo e sua coalizão parlamentar) estabelece sua pauta antes do início da discussão parlamentar.

Nessa dinâmica do jogo parlamentar, em que o governo de coalizão forma uma maioria que carteliza o processo legislativo, a atuação da oposição tem oportunidades muito reduzidas na definição da agenda legislativa. De ordinário, a atuação da minoria restringe-se à criação de obstáculos à implementação da agenda da maioria, elevando os custos de sua aprovação (INÁCIO, 2009, p. 359).

Nessa perspectiva, as regras que regulam o processo legislativo brasileiro preveem certos recursos que viabilizam a intervenção da minoria na dinâmica do processo decisório: i) a verificação do quórum de votação, que altera o procedimento de votação de simbólica para nominal, com o que a oposição pode testar maiorias, e expõe o parlamentar; ii) o requerimento de retirada de parte da proposição para ser votada em separado (destaque para votação separada – DVS), que tem o propósito de aumentar o número de votações relativas à matéria e impõe à maioria o custo de garantir a aprovação das partes destacadas; iii) a obstrução parlamentar, que tem o objetivo de adiar decisões legislativas e reconfigurar o contexto das negociações legislativas (INÁCIO, 2009, p. 357-358).

Essa atuação da minoria, como já dito, não é suficiente para transpor o poder de agenda do Governo. Nas palavras de Limongi e Figueiredo:

O poder de agenda significa que a maioria conta com os meios institucionais para aprovar as medidas, aquelas que preferem o *status quo*, superando, portanto, tanto os obstáculos que a minoria anteporá às suas pretensões quanto seus problemas de coordenação ou ação coletiva. A minoria tentará parar a tramitação dos projetos de interesse da maioria. Controlar comissões de votações nominais e assim por diante são as armas clássicas a que a minoria recorre. O poder de agenda dota a maioria dos meios para transpor esses obstáculos. No caso concreto do Brasil, dois mecanismos são fundamentais: o pedido de urgência e a medida provisória. Recorrendo a um ou outro desses instrumentos, a maioria tem como forçar a deliberação da matéria. E, note-se, em geral, a urgência é solicitada pela maioria legislativa e não pelo Executivo. (LIMONGI; FIGUEIREDO, 2009, p. 101)

Considerando a especificidade do sistema político brasileiro (o chamado presidencialismo de coalizão) e seu impacto na formação da legislação, cabe suscitar dúvida sobre a efetividade do controle do Executivo sobre o Legislativo e vice-versa.

Isso porque, no presidencialismo de coalizão, evidencia-se o empenho do Executivo e do Legislativo na governabilidade, por meio da promoção de uma agenda coordenada (voltada à política cotidiana). Por isso, há motivos para assumir-se que o Legislativo e o Executivo estão envolvidos diretamente na política cotidiana e não estão institucionalmente preparados para lidar com outra esfera da política, a do pacto da convivência, que funda a sociedade civil e que encontra sua expressão normativa na Constituição.

Não havendo um efetivo sistema de freios e estando cartelizado o debate parlamentar pelas maiorias formadas antes de se pôr o debate político-legislativo, há risco real de que as leis não estejam cercadas daquele mínimo de consentimento que legitima assumir-se a deliberação parlamentar autoritativa num sistema jurídico (referente às condições de civilidade, que passa pela proteção dos direitos fundamentais, e à observância das competências e dos procedimentos definidos na Constituição para balizar a disputa política).

4.6 Conclusão

O Parlamento moderno ainda constitui *locus* privilegiado para tratar de política, porque consegue criar uma coesão entre as forças políticas que compõem a sociedade e constitui, por isso, espaço de negociação de várias questões políticas fundamentais da sociedade moderna, pluralista e heterogênea.

É, no entanto, presente hoje a consciência de que o Parlamento pode falhar e ser opressor e de que a lei é insuficiente para assegurar a proteção dos direitos fundamentais em todas as circunstâncias. A história do século XX mostra que o Parlamento cometeu numerosas violações à ordem constitucional, pondo em risco as bases da sociedade moderna (FAVOREU, 2004, p. 20-21).

Dada a peculiar conformação institucional brasileira, no âmbito do sistema presidencialista, é correto afirmar que também no Brasil há riscos em se colocar no processo legislativo capitaneado pelo Poder Legislativo toda a responsabilidade da proteção dessas bases da sociedade moderna (que se manifesta na ordem constitucional), seja no que se refere à salvaguarda dos direitos fundamentais, seja no que tange à organização e à divisão dos Poderes.

Contra a soberania do legislador, opõe-se a realidade de que a experiência demonstra a impossibilidade de deixar-lhe, em todos os casos, o cuidado de respeitar a ordem constitucional (FAVOREU, 2004, p. 24). Nas palavras de Hauriou, no distante ano de 1929, “Percebemos a necessidade de controlar os parlamentos porque sua legislação, emudecida pelas paixões eleitorais, tornou-se uma perigosa ameaça para as liberdades” (apud FAVOREU, 2004, p. 25).

Explica Favoreu:

Essa necessidade tornou-se imperiosa quando os regimes parlamentaristas ou semi-parlamentaristas evoluíram para o sistema no qual se exerce, sem limites, um poder majoritário composto pela maioria parlamentar ligada a um governo estável e monolítico, às vezes reforçado por um chefe de Estado eleito, da mesma tendência. Em face do bloco majoritário, a oposição tem necessidade de proteção e a própria maioria tem necessidade de um contrapeso, uma vez que, caso contrário, não estaremos mais em um regime parlamentarista. A onipotência de um poder majoritário estável e homogêneo faz surgir a necessidade de uma justiça constitucional nos regimes parlamentaristas ou semi-parlamentaristas europeus do tipo continental. Isto foi expresso, por exemplo, a respeito da Alemanha Federal: ‘O desaparecimento na prática da responsabilidade parlamentar do governo faz com que o Tribunal Constitucional Federal seja levado cada vez mais a assumir essa função, a fim de garantir um controle efetivo do governo’. (FAVOREU, 2004, p. 25-26)

O Parlamento ‘pode fazer mal’ e, em seu seio, a maioria pode oprimir. De fato, ao contrário dos Estados Unidos, não há mais separação de Poderes em razão do monolitismo do bloco majoritário parlamentar-governo [...]. Nos sistemas europeus hostis ao exercício da justiça constitucional pelos tribunais ordinários, a evolução do regime parlamentarista para um ‘regime majoritário’ terminou conferindo

uma imunidade jurisdicional às ações do Governo, na medida em que elas tomam a forma de projetos de leis, votados sem pestanejar por uma maioria parlamentar ‘submissa’. (FAVOREU, 2004, p. 26)

Esse risco, como já dito, também é presente no Brasil, em que o Executivo, para garantir a governabilidade, busca construir uma ampla coalizão que lhe assegure maioria parlamentar para aprovar sua agenda política, reduzindo, com isso, o espaço de debate público do Parlamento e a possibilidade de obter-se dele a certeza da proteção dos valores constitucionais.

Nesse cenário, há justificativas para se pensar em alternativas institucionais que se ponham como um contrapeso à hegemonia parlamentar na criação do direito, a fim de se permitir um controle efetivo do governo, para salvaguardar os direitos dos cidadãos e garantir a observância das competências e atribuições fixadas na Constituição.

Nos Estados Unidos, como destaca Maurice Vile (2007, p. 406), a incapacidade das Assembleias legislativas para exercer um controle adequado sobre a Administração e o Governo fez que o Judiciário emergisse como uma alternativa para remediar essa falta.

Cabe inquirir se, no Brasil, o Poder Judiciário pode fazer frente a esse desafio e se está habilitado a cumprir essa tarefa.

5 SOBRE O PODER JUDICIÁRIO E A JURISDIÇÃO

5.1 Introdução

A Constituição outorga à magistratura diversas garantias, como a inamovibilidade e a vitaliciedade (art. 95, CF), tudo isso para assegurar a independência do Poder Judiciário e a imparcialidade dos magistrados no exercício de seu mister. No âmbito da jurisdição, no entanto, é agudo o debate sobre qual seria essa função do Poder Judiciário e do juiz.

Para refletir sobre a função do Judiciário, é oportuno pensar a respeito da atuação do juiz, a quem é dado prestar a jurisdição. Como afirma Sotelo, o modelo de juiz e o modelo de processo é, certamente, o grande tema que se põe no debate doutrinário e teórico do processo civil (SOTELO, 2009, p. 4-5).

Nesse contexto de pensar os limites e as possibilidades da atuação judicial, é profícuo examinar os requisitos da sentença, compreendida como o ato processual emanado do agente estatal investido da jurisdição e mediante o qual é decidida a causa submetida ao seu conhecimento.

De certo modo, a sentença constitui o ponto culminante do processo, da ação e da jurisdição, pois representa o desfecho do litígio, momento em que o juiz declara o direito, tornando-o tangível, com a criação de uma norma jurídica concreta e individualizada (COUTURE, 2007, p. 227, p. 248-256).

Como já assentou Sergio Chiarloni, o devido processo legal vai muito além do contraditório e da produção de prova, sendo necessário verificar a justiça da decisão. Nesse aspecto, anota Chiarloni que a justiça da sentença está vinculada a um duplo critério: a correta interpretação da norma (e do ordenamento jurídico) e de uma exata reconstrução dos fatos (CHIARLONI, 2007, p. 8).

Levando esse entendimento às últimas consequências, é comum hoje reduzir o problema da legitimidade da jurisdição a uma mera questão de motivação de suas decisões. Como se toda a problemática a respeito dos limites e possibilidades da prestação jurisdicional se resolvesse na fundamentação da sentença, que, levando em conta o contraditório entre as partes, teria o condão de convencer os seus destinatários (e tornar-se legítima).

Para Hermes Zaneti Júnior, por exemplo, a legitimidade e a autoridade do Judiciário estariam atreladas, em última instância, “à capacidade de fundamentar adequada e racionalmente suas decisões” (ZANETI JR., 2010).

Definitivamente, a legitimidade do controle jurisdicional não pode ser superada por uma logomaquia contida numa sentença. É essa visão de processo que se pretende confrontar.

5.2 Os compromissos da jurisdição e a função do processo civil

Como dito, a percepção dos problemas do processo civil e a definição de soluções exigem um modelo de processo que traga uma ideia acerca de sua finalidade e de sua importância na realização do direito.

De um lado, é preciso ter uma perspectiva de processo justo, que sirva de tipo ideal a ser perseguido pelo legislador, pelo juiz e pelos cidadãos, evitando que se caia no derrotismo da realidade estabelecida. De outro, cabe entender que a teoria, como um parâmetro crítico da prática, não pode dela se alhear para não incidir num idealismo inatingível.

Dessa forma, a teoria do processo deve observar e compreender os valores que impulsionam a prática processual, segundo as justificativas e fundamentações invocadas pelos juízes, advogados e juristas, para poder identificar aquilo que é compatível e incompatível com esse vetor.

O modo de ver o processo, no Brasil, sofre profunda influência da visão instrumentalista, que postula a integração do processo no quadro das instituições sociais e reconhece a sua interconexão com o direito material. “Daí a proposta de colocar o próprio sistema processual como objeto de exame a ser feito pelo ângulo externo, ou seja, a partir da prévia fixação dos objetivos a perseguir e dos resultados com os quais ele há de estar permanentemente comprometido” (DINAMARCO, 2008, Prefácio à 1ª edição [de 1986]).

Há, portanto, dois aspectos que a instrumentalidade do processo suscita: o negativo, que “corresponde à negação do processo como valor em si mesmo e repúdio aos exageros processualísticos a que o aprimoramento da técnica pode insensivelmente conduzir” (guardando semelhança com a ideia de instrumentalidade das formas), e o aspecto positivo, que “é caracterizado pela preocupação em extrair do processo, como instrumento, o máximo de proveito quanto à obtenção dos resultados propostos” (o que suscita a questão da efetividade do processo, em vista de sua função sócio-político-jurídica) (DINAMARCO, 2008, p. 377).

De fato, comprometido também com a efetividade, proclama-se o método do processo civil de resultados, cuja síntese parece ainda estar contida na máxima de Chiovenda (2000, p. 67), segundo a qual o processo deve propiciar a quem tem um direito, na medida do que for praticamente possível, tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tenha o direito de conseguir.

Nas visão de Dinamarco, trata-se da atuação da vontade concreta do direito, em que “o concreto deixa de identificar-se com o ‘individual’” – que reduz de forma equivocada o objeto da atuação jurisdicional aos “direitos e interesses de uma pessoa só e particularizados em uma concreta situação jurídica só” – e passa a ser associado de forma mais abrangente à defesa e proteção de um modo de vida (com a afirmação do processo como um instrumento ético e não meramente técnico) (DINAMARCO, 2008, p. 251, p. 255-257, p. 374).

Esse é o vetor jurídico da jurisdição e do processo, que ganha seu sentido apenas quando relacionado às suas motivações sociais e políticas. Dessa forma, não se podem desprezar os escopos do processo relacionados à realização da pacificação social e à promoção da cultura dos direitos (escopo social), bem como à fixação da autoridade do Estado e do espaço de liberdade do cidadão (escopo político, em que se inserem indagações sobre o valor da segurança jurídica, da democracia e da igualdade) (DINAMARCO, 2008, p. 188-193, p. 198-202, p. 374).

São “diferentes ângulos visuais, a partir dos quais há de ser feita a consideração teleológica da jurisdição”, que, como se vê, supera o tradicional binômio “proteção do interesse da parte e tutela do direito objetivo” (DINAMARCO, 2008, p. 182).

5.3 Poderes do juiz na tutela jurisdicional: o debate posto

Não obstante a importância dessa visão sobre o processo civil, que ajuda a colocar em evidência a natureza ética do instrumento e não apenas a técnica, ela é insuficiente para oferecer diretrizes mais precisas sobre o sentido do processo justo, que lhe sirvam de vetor seguro para o seu desenvolvimento, veículo de uma tutela jurisdicional segura e efetiva.

Inicialmente, deve-se estar atento à circunstância de que a outorga de poderes aos juízes para resolver conflitos concretos conforme o direito não traduz mera divisão do trabalho entre diferentes órgãos.

Constitui, sim, a promoção de um modo de conceber o controle do poder estatal, próprio do Estado do Direito, no qual a imparcialidade do juiz manifesta-se como um valor prestigiado e perseguido como meio de melhor alcançar os objetivos do processo, buscando-se retirar (ou quando menos mitigar) a possibilidade de o julgador criar a regra a ser aplicada.

Essa realidade não passou despercebida por Dinamarco (2008, p. 249), que argumenta:

A independência intelectual do juiz não autoriza o arbítrio e a lei é limitativa das escolhas do juiz, como fase de um afunilamento que parte da Constituição e que ainda é menos estreito quando passa pela fase da legislação (o juiz não é legislador e a sentença não é *lex specialis*). A positivação do poder em casos concretos, representada pela atividade jurisdicional, é um ato, político, destinado à preservação de valores pelos quais opta o Estado sem a participação do juiz enquanto tal.

Compreendida essa dimensão político-social da atividade jurisdicional, em que se vê que a distribuição da Justiça está inserida num determinado modelo de exercício controlado do poder político e de proteção do cidadão, depara-se com a discussão sobre os melhores meios para que o Judiciário possa cumprir sua missão institucional de resolver conflitos e fazer prevalecer o direito.

Nesse campo, surgem novas polêmicas.

Procura-se definir em que medida a prestação jurisdicional e o processo (que é seu instrumento) devem se aproximar mais do interesse das partes ou da tutela do direito objetivo, da busca da verdade ou da efetividade, da justiça do caso concreto ou da segurança, da iniciativa da parte (como corolário da liberdade e autonomia do cidadão) ou da autoridade do juiz (voltada à promoção da pacificação social).

Com efeito, no desenvolvimento da técnica processual, uns ressaltam o interesse privado na condução do processo, a dizer que o processo deve estar mais preocupado em resolver o litígio, segundo o interesse e a atuação das partes. Outros, enfatizam o interesse público que preside o processo, a dizer que o processo deve primar pela pacificação social nos termos do direito posto. Exacerbando as tensões, há aqueles que defendem que o juiz deve observar, na sua atuação, a neutralidade e o distanciamento, enquanto outros sustentam que o juiz deve estar comprometido com a realização da justiça, mesmo que precise se afastar da legislação posta ou complementá-la.

Trata-se da discussão sobre o *ativismo* e o *garantismo* judicial, que devem ser pensados mais como dois modelos ideais, que ocupam polos opostos, do que como sistemas reais, efetiva e integralmente adotados com todo o seu rigor pelos diversos ordenamentos jurídicos existentes no mundo (GRECO, 2008)¹⁰⁷.

Em feliz síntese, assim enuncia Glauco Gumerato Ramos (RAMOS, 2009, p. 8) as trincheiras em que se situam essas duas visões:

¹⁰⁷ Leonardo Greco, em seu texto, focaliza mais a discussão sobre os sistemas processuais, contrapondo os sistemas adversariais (privatistas) e os inquisitivos (publicistas).

Em linhas gerais, é um debate em torno: i) dos aspectos ideológicos do processo civil; ii) dos seus sistemas de enjuizamento – inquisitivo ou dispositivo (*inquisitorial system* e *adversarial system*); iii) do papel do juiz e da atitude das partes na relação processual; iv) da dimensão constitucional da jurisdição; v) do conteúdo e do significado do devido processo legal; vi) da garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório, dentre outros.

Para o garantismo, deve-se enfatizar a importância do método (processo) sobre a meta (justiça), enquanto para o ativismo, sobressai a meta (justiça) sobre o método (processo) (SÁNCHEZ ALFARO OCAMPO, 2010).

De fato, o garantismo processual defende a promoção do devido processo legal, com a valorização da liberdade das partes, da ampla defesa, do contraditório e da imparcialidade do juiz.

Nesse viés, é expressivo o pensamento do jurista italiano Franco Cipriani (CIPRIANI, 2007, p. 51-52), que define como autoritarismo processual a atribuição de poderes discricionários em demasia ao juiz, conferindo-lhe uma esfera de atuação sem controle, pela falta de meios de impugnação e pela imposição de uma disciplina mortificante aos advogados, pela proeminência dada ao princípio da oficialidade em detrimento do dispositivo. O autoritarismo processual se manifestaria, assim, na inundação de multas processuais e na ampliação dos poderes discricionários do juiz (e não apenas pela simples ampliação dos poderes instrutórios do juiz).

A ideia motriz do jurista italiano foi bem percebida por Luís Correia de Mendonça (MENDONÇA, 2009) no seguinte fragmento:

Por isso Cipriani vem afirmando, em suma, desde há mais de uma década, [...] que é tão absurdo construir o processo do ponto de vista do juiz e não das partes, como um hospital do ponto de vista dos médicos e não dos doentes; que ‘um código que retira garantia às partes e dá poderes discricionários ao juiz é, em qualquer latitude, antiliberal e autoritário’; que é tempo de inverter a rota e orientar o processo em conformidade com os princípios e valores constitucionais [...]; que deve ser valorizada a elasticidade processual, adequando o processo às necessidades da causa em concreto [...]; que chegou o momento de se reconhecer que não é certo que os advogados queiram somente perder tempo; que não pode duvidar-se que os advogados ‘quando defendem a parte que tem pressa, têm pressa, muita pressa, seguramente mais pressa do que o juiz’; que ‘quando as partes não têm pressa, é muito melhor para todos’; que o ‘essencial é que cada parte tenha a possibilidade de obter de imediato (ou o mais rápido possível) uma resposta aos seus pedidos ou às suas exceções’ [...]; que os actuais problemas do processo italiano não se resolvem contra os advogados, mas aumentando o número dos juízes e repartindo

racionalmente as respectivas competências; que há que usar, da melhor forma possível, os recursos disponíveis, a começar no juiz, o qual, em vez de perder tempo com tarefas inúteis, que decorrem de ser ‘o director e o propulsor vigilante, solícito e sagaz’ do processo, ‘deve hoje limitar-se a julgar: o que não é certamente pouco’.”

Para Barbosa Moreira, essa visão é distorcida. Sendo certo que o juiz, na sua atividade judicante, precisa lidar com direito e fatos, é certo também que “a apuração destes, nos lindes oportunamente indicados, entra por força na zona de competência do órgão judicial, como pressuposto do desempenho cabal de sua missão”. Arremata o jurista:

Quem quer o fim, quer os meios. Se a lei quer que o juiz julgue, não pode deixar de querer que ele julgue, tanto quanto possível, bem informado; logo, não deve impedi-lo de informar-se, pelos meios que tenha à mão.

Quando o juiz determina a realização de prova para melhor esclarecimento dos fatos relevantes, [...] [e]le não atua como substituto da parte, atua como juiz - como juiz empenhado em julgar bem. (BARBOSA MOREIRA, 2007, p. 95-96)

Ao argumento de que a atribuição de mais poderes ao juiz violaria as garantias constitucionais das partes, contrapõe Barbosa Moreira que a outorga de mais poderes ao juiz não representa a compressão dos direitos conferidos àquelas pela lei, “pressupondo-se que, como cumpre, elas sejam devidamente cientificadas das iniciativas oficiais, e que se lhes abra a possibilidade de participar das diligências, de impugná-las, caso lhes pareçam descabidas, e de manifestar-se sobre os respectivos resultados, não se descobre que garantia terá sido desrespeitada” (BARBOSA MOREIRA, 2007, p. 97).

Enfim, não se mostraria razoável às partes “pretender a tutela jurisdicional e, ao mesmo tempo, objetar a que o juiz se muna dos elementos necessários para verificar se deve ou não prestá-la nos termos requeridos” (BARBOSA MOREIRA, 2007, p. 98).

Noutro giro, no ativismo judicial, postula-se que o juiz esteja atento à “justiça das decisões, representada pela solução juridicamente adequada à situação concreta”, por considerar que a justiça “é o fim último e a razão de ser da atividade jurisdicional” (BEDAQUE, 2006, p. 129).

O juiz, para o adequado exercício desse mister, deve “conferir conteúdo substancial, não apenas formal, à igualdade das partes, assumindo a direção material do processo” (BEDAQUE, 2002, p. 21). Para Bedaque, a igualdade constituiria “o grande fundamento de todos os princípios constitucionais do processo”, que “existem exatamente para garantir o

tratamento isonômico das partes, a fim de que elas possam apresentar-se no processo com paridade de armas, ou seja, com chances equivalentes de afirmar suas razões e demonstrar os fatos necessários ao reconhecimento do direito deduzido” (BEDAQUE, 2002, p. 21)¹⁰⁸.

Disso resultaria a necessidade de promover a igualdade material entre as partes, do que deriva a ideia de que o contraditório também envolve a participação ativa do juiz. Com esses elementos, conclui:

Se assim é, nada mais natural que considerar o juiz também comprometido com o resultado do processo. Não mais se admite a neutralidade do julgador, pois, da forma que as partes, ele está à busca de resultados.

Além do mais, a integração do julgador contribui para afastar eventuais desigualdades entre os litigantes, conferindo ao princípio da isonomia seu verdadeiro significado. (BEDAQUE, 2002, p. 21)

Como se vê, o *ativismo judicial* confia nos magistrados, conferindo-lhe amplos poderes para cumprir seu mister de distribuir o pão da justiça (PEYRANO, 2011). Esses poderes criativos dados ao juiz emanariam, em última instância, da Constituição, ainda que não haja previsão legal que autorize determinada atuação (RAMOS, 2009, p. 9).

Essa visão de processo, assinala Montero Aroca, esconde vários mitos, como o de que o juiz faz justiça, apesar da conduta das partes, e, para tanto, precisa de amplos poderes. Cuida-se, prossegue Montero Aroca, da ideia ilusória de que quanto maiores os poderes dos juízes, tanto mais justiça poderá ser obtida (MONTERO AROCA, 2006, p. 148).

Entre essas visões antagônicas, estabelece-se o dilema entre duas formas muito razoáveis de se ver a administração da justiça: uma enfatizando a liberdade e a autonomia das partes na condução do processo, outra ressaltando a capacidade do juiz para obter a melhor solução possível par o litígio. Não há escolhas fáceis entre essas alternativas.

¹⁰⁸ Sem pretender, nesse momento, tomar posição no debate, cabe advertir que conceber a igualdade como vetor de interpretação do processo é uma premissa altamente polêmica na filosofia política contemporânea. Há quem defenda que a atuação dos agentes públicos, no sistema político-constitucional, deve mirar a promoção da liberdade. A igualdade material seria vista, nesse aspecto, como condição ou meio para que o sujeito possa fruir da verdadeira liberdade, consistente em exercer sua autonomia e de tomar suas decisões (Rawls e Habermas). Há, sim, aqueles que elegem a igualdade como virtude soberana da comunidade política, argumentando que o Estado deve prover uma igualdade de recursos (Dworkin). Para obter uma boa resenha sobre essa discussão, ver trabalho de Claudio Pereira de Souza Neto, Professor da Universidade Federal Fluminense (SOUZA NETO, 2006).

Há, no entanto, outro foco para a discussão, que pode se mostrar mais profícuo. Colocando em segundo plano o debate sobre os poderes do juiz e das partes, caberia convergir esforços na reflexão sobre o que pode ser jurisdicionalizado e a que limites devem ficar circunscritas as decisões judiciais. Nesse cenário, ficaria diluída a tensão entre partes e juiz, pois o foco estaria naquilo que pode ser decidido pelo Judiciário e na forma de fazê-lo.

É dizer, a discussão não precisa limitar-se ao embate sobre o melhor juiz: o ativista (que interfere na condução do processo) ou o garantista (que adota uma postura de expectador).

A discussão sobre os poderes do juiz pode ser enriquecida se posta em outros termos, a partir da observação de que o exercício da função jurisdicional traduz-se no exercício do poder do Estado, num modelo de organização político-social regulada pela Constituição, que capacita o exercício do poder político, impõe limites àquilo que pode ser decidido e estabelece como deve ser decidido (MIGUEL, 2004, p. 64). Tudo isso, por óbvio, deve ir além da mera manipulação retórica de princípios e regras constitucionais.

5.4 Limites constitucionais à tutela jurisdicional: novos problemas para a teoria do processo

É certo que não há novidade metodológica em ver na Constituição a matriz do processo.

Entre os nossos, já assentava José Frederico Marques, em 1952, que o direito processual civil tinha como uma de suas tendências “a de construir seus postulados e princípios fundamentais como corolários das normas de Direito Constitucional”. Isso porque “todo o arcabouço legal que o envolve não passa, em última *ratio*, de regulamentação do exercício de uma das funções capitais do Estado moderno, qual seja o poder jurisdicional que ao Judiciário vem atribuído”. Nesse contexto, já se identificava, em meados do século passado, que “os estudos constitucionais sobre o processo civil podem ser apontados, lembra Prieto Castro, como um dos característicos mais salientes da atual fase científica do Direito Processual Civil” (MARQUES, 2000, p. 3-5).

Numa visão analítica das relações entre Processo e Constituição, Dinamarco identifica dois vetores: i) o vetor *Constituição – Processo*, no qual está em foco “a tutela constitucional do processo”, que busca “assegurar a conformação dos institutos do direito processual e o seu funcionamento aos princípios que descendem da própria ordem constitucional”, destacando-se as garantias processuais previstas na Constituição, os objetivos e os fundamentos constitucionalmente estabelecidos para a República Federativa do Brasil; e ii) o vetor *Processo-Constituição*, que trata (ii.a) da *jurisdição constitucional*, “voltada ao controle da

constitucionalidade das leis e atos administrativos e à preservação de garantias oferecidas pela Constituição”, e (ii.b) da *instrumentalidade processual em si mesma*, que apresenta o processo como “sistema estabelecido para a realização da ordem jurídica, constitucional inclusive” (DINAMARCO, 2008, p. 26-27).

Visto o processo como instrumento que deve guardar correspondência com a ordem constitucional, a questão está em compreender o significado da jurisdição para o atual quadro constitucional, em tempos que, contraditoriamente, tanto se apregoa o ativismo judicial quanto se criticam os juízes-legisladores, tudo a partir de leituras que se fazem da Constituição.

Sob o prisma constitucional (voltado ao controle do exercício do poder e à proteção do cidadão), a adequada compreensão sobre a função do processo e da jurisdição exige que se resgatem dois aspectos inerentes a essa discussão: i) identificar o valor intrínseco da forma; e ii) entender o que representa o ato do juiz de dizer o direito.

Ver o valor intrínseco da forma é uma advertência necessária para não se enveredar num instrumentalismo deturpado, que põe o processo a serviço do direito material a qualquer custo.

Não se pode ignorar que princípios como o contraditório, o devido processo legal e a ampla defesa são demonstrações inequívocas de que a forma do processo possui valor intrínseco, a qual não pode ficar submissa à tutela do direito material. Será que a tutela jurídica efetiva justifica qualquer sorte de leniência com o processo? Definitivamente, não.

É certo que a tutela jurídica efetiva só poderá assim qualificar-se se puder ser fundamentada do ponto de vista formal (processual), pois, sob o ponto de vista do direito material, a efetividade da tutela sempre poderá ser posta em dúvida, em vista da controvérsia que cerca o direito moderno.

Com efeito, as divergências no direito – manifestadas nas sentenças que são reformadas pelos Tribunais, nos julgamentos Colegiados com votos divergentes, nas mudanças de jurisprudência – indicam que a prática do direito não é marcada pelo consenso, mas pelo dissenso.

Assim, dizer que “fez-se justiça” pelo resultado alcançado é, no mínimo, pretensioso. Na verdade, a decisão judicial tem o indelével mérito de por fim à controvérsia, não por meio do consenso, mas por meio da decisão, que terá que se amparar, para ser justa, na observância do devido processo legal.

Com muita sensibilidade, identificou Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, a respeito do valor intrínseco do processo, que:

[...] mesmo as normas aparentemente reguladoras do modo de ser do procedimento não resultam apenas de considerações de ordem prática, constituindo na fundamental expressão das concepções sociais, éticas, econômicas, políticas, ideológicas e jurídicas, subjacentes a determinada sociedade e a ela características, e inclusive de utopias. Ademais, o seu emprego pode consistir em estratégias de poder, direcionadas para tal ou qual finalidade governamental. Daí a idéia, substancialmente correta, de que o direito processual é o direito constitucional aplicado, a significar essencialmente que o processo não se esgota dentro dos quadros de uma mera realização do direito material, constituindo, sim, mais amplamente, a ferramenta de natureza pública indispensável para a realização de justiça e pacificação social. (OLIVEIRA, 2010, p. 152-153)

É dizer: o valor da atividade jurisdicional é tributário da observância da forma, que tem status constitucional, nos postulados do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Por outro lado, a visão procedimental do processo, qualificada pelo contraditório, é insuficiente para perceber que a parte mais complexa e delicada do processo não está na discussão da paridade de armas.

O contraditório, pois, não exaure o problema da tutela jurisdicional. Muito longe disso. O ponto mais delicado do processo situa-se hoje nas técnicas de julgamento, no processo hermenêutico, levado a cabo pelo juiz na decisão judicial.

Em que medida o juiz pode utilizar-se dos princípios? Em que medida o juiz está adstrito à lei? Como os valores influenciam (e podem influenciar os julgamentos)? Em que medida o Judiciário pode fazer o controle político da legislação?

Essas são as tormentosas questões que assolam o debate constitucional moderno e para as quais o processo civil não pode estar alheio (até porque essas são questões emergentes do processo).

Essa realidade também não passou despercebida por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, quando reconhece que “os métodos lógicos empregados para o julgamento exibem valor contingente, a ser estremado consoante as circunstâncias de dado momento histórico, influenciando inclusive na conformação do processo.” (OLIVEIRA, 2010, p. 153)

Anota ainda o processualista gaúcho:

[...] o abandono de uma visão positivista e a adoção de uma lógica argumentativa, com a colocação do problema no centro das preocupações hermenêuticas, assim como o emprego de princípios, de conceitos jurídicos indeterminados e juízos de equidade, em detrimento de uma visão puramente formalista na aplicação do direito,

haveria obviamente de se refletir no processo. (OLIVEIRA, 2010, p. 157)

Diante dessas circunstâncias, torna-se premente a necessidade de se repensar a teoria do processo.

Primeiro, para fazer nela serem incorporadas preocupações com o valor intrínseco do processo, pois este não pode estar lastreado apenas na tutela do direito, sobretudo quando se verifica que, em muitas questões polêmicas, a pacificação a ser patrocinada pelo processo decorrerá mais do fato de ter ocorrido uma decisão judicial do que de seu conteúdo.

Basta pensar, por exemplo, a respeito de uma decisão judicial sobre o direito de a mulher abortar um feto anencéfalo. Independentemente da solução preconizada na sentença, não bastará, para lhe dar legitimidade, considerações a respeito da efetividade no trato do direito material. Em verdade, o respeito que a decisão judicial poderá alcançar decorrerá da forma como o direito foi aplicado.

Além disso, a teoria do processo precisa incluir entre suas preocupações os métodos de julgamento, superando a crença de que o sistema processual pode ser sintetizado na participação em contraditório das partes, a culminar com uma sentença que relate as discussões havidas nos autos.

Com efeito, insta que a teoria do processo empenhe seus esforços na discussão sobre os limites da atividade judicial e a capacidade de o Judiciário absorver conflitos (é lícito ao Judiciário decidir o direito de um cidadão obter um tratamento médico no exterior? Caso positivo, quais fundamentos devem ser utilizados pelo juiz em sua decisão? Isso pode ser feito em tutela de urgência ou apenas em definitiva?), bem como na investigação sobre as técnicas de julgamento (princípios *x* regras, controle de constitucionalidade etc.).

A esse respeito, Dworkin (2007, p. IX) enfatiza a necessidade de uma complexa teoria da decisão judicial, que “estabeleça os padrões que os juízes devem utilizar para decidir os casos jurídicos difíceis” (teoria do conflito) e “que explique por que e quando os juízes – e não outros grupos ou instituições – devem tomar as decisões exigidas” em caso de conflito.

Para suprir essa lacuna, é crucial que a teoria do processo traga para o centro de suas preocupações questões vistas como fundamentais na prática judicial: além da efetividade da jurisdição e do respeito ao contraditório, a observância das técnicas de julgamento (que definitivamente não se exaurem numa sentença fundamentada, pois o papel aceita tudo) e dos

limites da atividade jurisdicional, o que nos conduz necessariamente à verificação dos influxos do direito constitucional no processo.

Muito tem a ganhar o processo civil com o exame da motivação da sentença, em que se materializa o processo de aplicação do direito.

5.5 A motivação das sentenças

Sob o manto da Constituição de 1988, “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade” (art. 93, inciso IX).

O Código de Processo Civil de 1973, de forma consentânea com a regra constitucional, estabelece que “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento” (art. 131). Além disso, determina que a sentença tenha “o relatório, que conterà os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo”; “os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito”; e “o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem” (art. 458).

Segundo Liebman (1983, p. 1), a história do processo pode ser concebida como “a história dos esforços feitos por legisladores e juristas, no sentido de limitar o âmbito de arbítrio do juiz, e fazer com que as operações que realiza submetam-se aos imperativos da Razão”.

Nessa história, a lei ocupou (e ocupa) papel de protagonismo no balizamento da atuação judicial. Também tem destaque a motivação da sentença, não tanto para convencer as partes, mas para controlar a atividade judicial, de forma ampla e profunda.

Nas palavras sempre atuais de Barbosa Moreira, que se vale das lições de Taruffo (1980, p. 90, destaques do original):

O pensamento jurídico de nossos dias propugna concepção mais ampla da *controlabilidade* das decisões judiciais, que não se adstringe ao quadro das impugnações previstas nas leis do processo. Não é apenas o controle *endoprocessual* que se precisa assegurar: visa-se ainda, e sobretudo, ‘a tornar possível um controle ‘generalizado’ e ‘difuso’ sobre o modo como o juiz administra justiça’; e ‘isso implica que os destinatários da motivação não sejam somente as partes, seus

advogados e o juiz da impugnação, mas também a opinião pública entendida seja no seu complexo, seja como opinião do *quisquis de populo*. A possibilidade de aferir a correção com que atua a tutela jurisdicional não deve constituir um como ‘privilégio’ dos diretamente interessados, mas estender-se em geral aos membros da comunidade: é fora de dúvida que, se a garantia se revela falha, o defeito ameaça potencialmente a todos, e cada qual, por isso mesmo, há de ter acesso aos dados indispensáveis para formar juízo sobre o modo de funcionamento do mecanismo assecuratório. Ora, a via adequada não pode consistir senão no conhecimento das razões que o órgão judicial levou em conta para emitir seu pronunciamento; daí decorre a necessidade da *motivação obrigatória e pública*.

Liebman, a propósito, recorda que o dever de motivação das sentenças é corolário do Estado de Direito, voltado a controlar a atuação dos poderes políticos. Em suas palavras:

Em um estado-de-direito, tem-se como exigência fundamental que os casos submetidos a juízo sejam julgados com base em fatos provados e com aplicação imparcial do direito vigente; e, para que se possa controlar se as coisas caminharam efetivamente dessa forma, é necessário que o juiz exponha qual o caminho lógico que percorreu para chegar à decisão a que chegou. Só assim a motivação poderá ser uma garantia contra o arbítrio. (LIEBMAN, 1983, p. 2).

Deveras, é da essência do Estado de Direito ser um “Estado que se justifica”, tanto no aspecto material (“a intromissão é materialmente justificada quando para ela existe fundamento”, que está posto no ordenamento jurídico) quanto no formal (“é formalmente justificada quando se expõe, se declara, se demonstra o fundamento”). Nessa perspectiva, “a atuação eficaz da garantia jurisdicional exige que os órgãos incumbidos de prestá-la igualmente se submetam (...) ao princípio da justificação necessária, no seu duplo momento, material e formal”, sob pena de “a promessa contida na lei reduzir-se-ia a mero *flatus vocis*” (BARBOSA MOREIRA, 1980, p. 89).

Esse entendimento ressoa na jurisprudência. O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, já teve oportunidade de estatuir que a fundamentação das decisões judiciais “é exigência inerente ao Estado Democrático de Direito e, por outro, é instrumento para viabilizar o controle das decisões judiciais e assegurar o exercício do direito de defesa”. (STF, RE 540.995)

Com efeito:

a exigência de fundamentação das decisões judiciais (...) reflete uma poderosa garantia contra eventuais excessos do Estado-juiz, pois, ao

torná-la elemento imprescindível e essencial dos atos sentenciados, quis o ordenamento jurídico erigi-la como fator de limitação dos poderes deferidos aos magistrados e Tribunais. (STF, HC 68.202)

Em vista dessas circunstâncias, sustenta Rogério Licastro Torres Mello que as razões de ser da exigência de motivação das decisões judiciais (em geral) e da sentença (em específico) são:

- i) garantia dos jurisdicionados contra o arbítrio;
- ii) observância ao constitucional direito de ação, na medida que a motivação serve-se à viabilização dos recursos e das vias impugnativas autônomas;
- iii) observância do princípio maior do devido processo legal;
- iv) contrapeso ao princípio da livre apreciação das provas pelo magistrado; e
- v) decorrência óbvia do Estado Democrático de Direito, dado que, ao motivar seus atos decisórios, sejam judiciais ou administrativos, o Poder Público nada mais faz senão justificar perante o jurisdicionado ou administrado o seu agir, que, em verdade, se trata de agir em observância mediata. (MELLO: 2003)

Como se vê, a fundamentação da sentença é exigência que se justifica essencialmente para controlar o juiz. Sentença bem fundamentada é medida que permite verificar se o juiz excedeu de suas competências, se agiu em conformidade com os fatos e o direito.

Para cumprir esse mister, " a decisão, como ato de inteligência, há de ser a mais completa e convincente possível". Por isso, "incumbe ao Estado-juiz observar a estrutura imposta por lei, formalizando o relatório, a fundamentação e o dispositivo".

De fato,

o juiz é um perito na arte de proceder e julgar, devendo enfrentar as matérias suscitadas pelas partes, sob pena de, em vez de examinar no todo o conflito de interesses, simplesmente decidi-lo, em verdadeiro ato de força, olvidando o ditame constitucional da fundamentação, o princípio básico do aperfeiçoamento da prestação jurisdicional (STF, RE 435.256)¹⁰⁹.

¹⁰⁹ Isso não significa que haja necessidade de que o juiz faça "a análise de todos os argumentos apresentados", (MS 26.163, Rel. Min. Cármen Lúcia, Plenário, DJe de 5/9/2008). Com efeito, a "Constituição Federal não exige que o acórdão se pronuncie sobre todas as alegações deduzidas pelas partes" (STF, HC 83.073, Rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ de 20/2/2004.)

Mas qual seria a motivação suficiente?

5.6 A motivação das sentenças: princípios e juízo de ponderação

Como visto, sob a premissa de competir ao juiz a concretização do Direito, tem prosperado discurso que enfatiza o papel de proeminência do Judiciário em face dos demais Poderes constituídos (Legislativo e Executivo), a justificar a prevalência de sua leitura da Constituição sobre a realizada pelos outros Poderes.

A propósito, Régis Oliveira defende que o juiz

(...) não pode, em hipótese alguma, aplicar a regra jurídica rigorosamente de acordo com o que nela prescrito. Dotado de inteligência, deve ser sensível à realidade, podendo deixar de cumprir a norma atendendo aos princípios constitucionais. Aí, sim, será ator de transformação efetiva da sociedade, independentemente de mudança da norma jurídica (OLIVEIRA, R., 2004).

Isso se justificaria no pressuposto de que, “analisando o art. 1.º da Constituição da República, constatam-se alguns dos fundamentos adotados, como a cidadania e dignidade da pessoa humana. Indo ao art. 3.º no mesmo texto, ver-se-á que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é constituir uma sociedade livre, justa e solidária.” (OLIVEIRA, R, 2004)

De fato, tal forma de pensar a tutela jurisdicional encontra respaldo numa maneira de ver a Constituição, que retira da aplicabilidade direta e imediata das normas constitucionais a conclusão a respeito da competência do Judiciário para definir o sentido e o alcance de direitos que ainda carecem de conformação por uma atividade política ainda não exercida nas esferas legislativas e executivas.

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso observa que, da constitucionalização do Direito, resulta

a aplicabilidade direta da Constituição a diversas situações, a inconstitucionalidade das normas incompatíveis com a Carta Constitucional e, sobretudo, a interpretação das normas infraconstitucionais conforme a Constituição, circunstância que irá conformar-lhes o sentido e o alcance. A constitucionalização, o aumento da demanda por justiça por parte da sociedade brasileira e a ascensão institucional do Poder Judiciário provocaram, no Brasil, uma intensa judicialização das relações políticas e sociais (BARROSO, 2005).

Esse avanço do direito constitucional permitiu enxergar que:

(i) quanto ao papel da norma, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao papel do juiz, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis (BARROSO, 2005).

Essa forma de ver a Constituição e o ordenamento jurídico, que se convencionou chamar de neoconstitucionalismo, conduz à leitura principiológica do ordenamento jurídico e ao protagonismo do Judiciário na concretização dessa ordem¹¹⁰.

A concretização da Constituição por essa forma de argumentação dá lugar ao juiz ativista, entendido como aquele que “toma todas as normas constitucionais a sério e as leva até o limite máximo que permite seu significado semântico, a fim de proteger com a maior abrangência normativa e fática os direitos fundamentais” (CARBONELL, 2010, p. 215, tradução livre¹¹¹).

Tratar-se-ia, como já enfatizado, de mero consectário do Estado Democrático de Direito, pois “a democracia constitucional deve contar com juízes vigilantes, guardiões intransigentes dos direitos fundamentais; juízes que estejam dispostos e bem preparados

¹¹⁰ A propósito, convém trazer à balha o pensamento de Miguel Carbonell: “La presencia tan relevante de principios y de cláusulas abiertas en los nuevos textos constitucionales conlleva el reto de aplicar bien tales disposiciones, lo que supone al menos las siguientes dos cuestiones: i. Dotar de sentido concreto, aplicable a casos concretos, a esas cláusulas abiertas, semánticamente vagas e indeterminadas (...). Pues bien, el intérprete de esas normas debe ser capaz de dotarlas de un contenido concreto, de “aterrizarlas”, a partir seguramente de una adecuada teoría de la norma jurídica (dada la necesidad de trabajar con principios, como modelo normativo distinto al de las reglas, con las que se trabaja en otras ramas del conocimiento jurídico).

ii. la aplicación compleja tendiente a dotar de sentido a las normas abiertas, a la que acabamos de hacer referencia, presupone y exige construir una buena teoría de la argumentación. Una teoría que permita a los aplicadores de las normas jurídicas ser capaces de operar en la práctica con conceptos y técnicas interpretativas tan sofisticados como la proporcionalidad, la ponderación, el efecto irradiación, la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, el principio pro-personae, la aplicación prevalente de los tratados internacionales (sobre estos dos últimos puntos puede verse el interesante Artículo 417 de la Constitución de Ecuador), el principio de coherencia, el principio de universalidad de los derechos, etcétera.

Todo lo anterior se debe hacer teniendo presente la idea general de la aplicación directa de las normas constitucionales, es decir, la no necesidad de que exista siempre y en todos los casos intermediación legislativa para poder aplicar una norma constitucional a un caso concreto (una idea que forma parte de lo que Riccardo Guastini (2008) ha llamado las ‘condiciones de la constitucionalización del ordenamiento jurídico’).” (CARBONELL, 2010, p. 214-215)

¹¹¹ No original: “toma todas las normas constitucionales en serio y las lleva hasta el límite máximo que permite su significado semántico, a fin de proteger con la mayor extensión normativa y fática los derechos fundamentales”.

para levar as normas que preveem tais direitos até suas últimas consequências, maximizando seu conteúdo normativo” (CARBONELL, 2010, p. 216, tradução livre¹¹²).

Em que medida alargar a força normativa dos princípios constitucionais não pode representar a subversão do Estado de Direito e a promoção da insegurança jurídica e do arbítrio?

5.7 A motivação das sentenças: princípios e juízo de constitucionalidade

Mesmo não havendo dúvida hoje sobre a força normativa dos princípios e da Constituição e do papel de destaque do Judiciário na ordem constitucional, são várias as polêmicas que o assunto suscita. Nesse quadro, põe-se o debate sobre a função dos princípios em face das regras, sobre o método da ponderação em face da subsunção e sobre a extensão da função política do Poder Judiciário em face do Legislativo e do Executivo.

O movimento neoconstitucionalista, como se viu, tende a ampliar a função dos princípios, da ponderação e do Judiciário no ordenamento jurídico. Essa ampliação, no entanto, não pode significar exacerbação.

Do ponto de vista normativo, Humberto Ávila recorda que, embora os princípios possuam grande importância no ordenamento jurídico, por orientar-lhe o sentido, existem funções no direito cujo exercício exige a utilização de regras.

Deveras, as regras “têm a função eliminar ou reduzir problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder”, por meio de enunciados que descrevem o que é permitido, proibido e obrigatório. Com isso, limitam-se “a arbitrariedade e a incerteza, gerando ganhos em previsibilidade e em justiça para a maior parte dos casos” (ÁVILA, 2009a, p.4).

Na Constituição, a conclusão ainda permanece a mesma: nela estão previstos princípios e regras, não sendo correta a assertiva de que a Carta de 1988 seja principiológica, em vista da grande quantidade de regras contempladas no texto constitucional.

¹¹² No original: “La democracia constitucional debe contar con jueces vigilantes, custodios intransitables e intransigentes de los derechos fundamentales; jueces que estén dispuestos y bien preparados para llevar las normas que prevén tales derechos hasta sus últimas consecuencias, maximizando su contenido normativo”.

A existência das regras constitucionais afasta, ainda, a ideia de que a Constituição de 1988 preferiu adotar o método da ponderação em detrimento da subsunção, tendo em vista que as regras são resistentes ao método da ponderação. “Com efeito, num confronto horizontal entre regras e princípios [logo, de mesma hierarquia], as regras devem prevalecer, ao contrário do que faz supor a descrição dos princípios como sendo as normas mais importantes do ordenamento jurídico” (ÁVILA, 2009b, p. 106).

As consequências dessas considerações nas técnicas de aplicação e interpretação do direito são evidentes, sobressaindo-se a conclusão de que o modelo de ponderação não pode ser universalizado como critério geral de aplicação do direito. A propósito, observa Humberto Ávila (ÁVILA, 2009a, p. 7-9) que a pretensão de utilizar a ponderação de forma ampla e generalizada:

- a) conduz a uma constitucionalização da ordem jurídica e ao menosprezo das outras manifestações normativas (leis, decretos, contratos, decisões judiciais) que exercem funções específicas e também relevantes no ordenamento jurídico;
- b) aniquila com as regras e com o exercício regular do princípio democrático por meio da função legislativa; e
- c) leva ao decisionismo, na medida em que o julgador fará prevalecer o seu entendimento sobre justiça em detrimento daquilo que foi determinado por outras instituições cuja competência também foi reconhecida constitucionalmente. Nesse sentido, “não pode o aplicador simplesmente desconsiderar a opção legislativa em favor daquela que melhor lhe aprouver ou daquela que entende ser a ótima. O que ele pode é interpretar a regra legal existente conforme os princípios constitucionais, adotando, dentre os sentidos possíveis, aquele que melhor se compatibilize com o ordenamento constitucional” (ÁVILA, 2009a, p. 11).

Por fim, ao lidar com a tensão entre princípios constitucionais e regras infraconstitucionais (na qual prevalecem, por óbvio, os princípios constitucionais), é necessário estar atento à advertência de que a inconstitucionalidade não se presume e que apenas regras inconstitucionais devem ser extirpadas.

Nesse particular, cabe lembrar que o legislador tem autonomia na conformação infraconstitucional do ordenamento jurídico (maior do que aquela conferida ao juiz) e que a declaração de inconstitucionalidade da lei traduz verdadeira sanção que se aplica em situações de abuso no exercício do poder legiferante (ÁVILA, 2009a, p. 6; MORAES, 2005, p. 36-37, p. 627).

5.8 Conclusão

Tanto o fortalecimento da tutela de direitos quanto a democracia integram o núcleo da noção de Estado Democrático de Direito, pondo em tensão o Poder Legislativo e o Poder Judiciário (NINO, 2005, p. 714).

Partindo da observação de que a lei (veiculada pelo Legislador) é essencial para a concretização da Constituição (e da sociedade que ela quer implementar), a falta de normatividade adequada pode ser vista como um atentado à própria Constituição e, quiçá, uma violação a direito subjetivo do cidadão¹¹³.

Por isso, em vista da garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inciso XXXV, da CF), o princípio da tutela jurisdicional efetiva leva, facilmente, à expectativa de um Judiciário atuante, garantidor – *per se* – da fruição desses direitos, supostamente em detrimento da democracia representativa.

A tensão entre os Poderes Legislativo e Judiciário, portanto, está mais exacerbada, em vista das expectativas que se formaram em face do Poder Judiciário. Do Judiciário, espera-se (i) compromisso com a justiça da decisão, (ii) a consciência de que o processo é meio para a salvaguarda dos direitos, e (iii) que ocupe espaço destacado no fortalecimento da cultura dos direitos.

As novas funções do Judiciário conduziram o processo civil a reflexões sobre a necessidade de se dotar ou não o juiz de maior autonomia na condução do processo para conceder instrumentos adequados à administração da justiça.

A teoria do processo e da jurisdição não percebeu que o cerne da questão relativa à tutela jurisdicional é outro: diz respeito ao que pode ou não ser decidido pelo juiz e, caso seja jurisdicionalizável, como deve ser decidido.

A análise da motivação das sentenças é um ponto de partida necessário para problematizar essas questões. A partir da teoria do processo e da jurisdição, pode-se afirmar que o escopo da motivação das sentenças é mais relacionado ao controle (interno e externo) da atividade jurisdicional do que ao convencimento. Fixada essa premissa, afasta-se a conclusão de que o problema da jurisdição encerra-se numa sentença bem fundamentada. Na verdade, a fundamentação é indispensável para validar o provimento

¹¹³ Haverá direito subjetivo violado por uma omissão normativa se o preceito constitucional não tiver densidade normativa suficiente para criar uma obrigação que corresponda ao direito que esse preceito visou a garantir. Trata-se do clássico problema das normas constitucionais de eficácia limitada (vide SILVA, J. A., 2000, p. 66-82).

jurisdicional, para verificar se o provimento jurisdicional circunscreveu-se àquilo que pode ser objeto de tutela, e se foram observadas as técnicas adequadas para tanto.

Nesse exame qualitativo dos provimentos jurisdicionais, deve-se estar atento à observação de que a lei é limitativa das escolhas do juiz¹¹⁴.

Mas, como se viu, há diferentes perspectivas para se pensar a vinculação do Judiciário à lei. Uma determinada forma de ver a função do Poder Judiciário enfatiza o papel criador do Juiz na leitura do ordenamento jurídico e sua obrigação de buscar a concretização dos princípios constitucionais.

Essa visão conduz facilmente à perda de diferenciação entre (i) a interpretação e a aplicação do Direito e (ii) a hermenêutica constitucional, (i) regras e (ii) princípios, (i) a função regulativa das leis e (ii) a função concretizadora da jurisdição.

Como se viu em capítulos anteriores, essas diferenciações têm sua gênese na separação de Poderes e sua razão de ser na crença de que o exercício do poder político na sociedade moderna e pluralista deve prestar contas a todos os cidadãos, ser previsível e controlável. É nesse contexto que, no Estado de Direito, o poder político aproxima-se do Direito.

Com base nessa visão, conclui-se que, não obstante o Judiciário possa constituir-se um espaço público de discussão política, voltado à prestação jurisdicional, é certo que a função primária da jurisdição não é promover a discussão política nem prover decisões dessa espécie, que encontram foro mais apropriado em outros órgãos estatais (Legislativo e Executivo) e em outros espaços sociais (associações, partidos políticos, condomínios etc.).

Sem perder de foco que as escolhas políticas consagradas pelo Direito encontram outras vias institucionais de manifestação, a jurisdição deve estar atenta também à proteção do espaço de incolumidade do indivíduo e garantir a higidez do espaço público de deliberação política.

¹¹⁴ Nessa questão, Montesquieu ainda pode oferecer subsídios. Como pondera Ingborg Maus: “A concepção de Montesquieu do juiz como um autômato (‘inanimé’) de aplicação da lei contém, na verdade, a excessiva ilusão de que toda sentença em particular no caso de aplicação (singular) seria definitivamente determinada pela formulação da lei (geral). No entanto, Montesquieu profere neste contexto o entendimento correto de que, em todo caso, a vinculação legal da justiça garante, em geral, a liberdade dos cidadãos diante de abusos estatais arbitrários. Sem esta vinculação, ‘viveríamos na sociedade sem conhecer exatamente as obrigações que contraímos nela’”. (MAUS, 2010; p. 30)

Isso pode exigir, inclusive, a tutela dos direitos sociais pelo Judiciário e o controle jurisdicional de políticas públicas, mas não é admissível que tal tutela atropеле os canais ordinários de deliberação política ou pretenda substituí-los.

Quando necessária essa intervenção política forte do Judiciário, há de haver meios próprios de censurar a atividade política (em gênero) e legislativa (em espécie), que não sejam confundidos com a tutela jurisdicional ordinária, que cuida primariamente da solução de conflitos, fazendo com que a vontade das partes seja substituída pela vontade da lei (expressa pelo juiz).

É dizer, a atividade política forte do Judiciário deve ter meio próprio de ser exercida, que se faz mediante o que se convencionou chamar jurisdição constitucional.

É esse o objeto do próximo capítulo.

6 RUMO À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

6.1 Introdução

Tendo em vista a inequívoca supremacia da Constituição no ordenamento jurídico, o próprio sistema jurídico “contempla um conjunto de mecanismos conhecidos como jurisdição constitucional, destinados a, pela via judicial, fazer prevalecer os comandos contidos na Constituição” (BARROSO, 2009, p. 84).

No campo da declaração de inconstitucionalidade, não se está a falar mais da atividade jurisdicional ordinária, mas sim daquilo que se convencionou chamar de jurisdição constitucional, a quem se outorga a competência para aplicar a sanção ao ato inconstitucional (que, no mais das vezes, é a sua declaração de nulidade).

Elival da Silva Ramos destaca que “o desenvolvimento da jurisdição constitucional (...) mais do que qualquer outra atividade exercida pelos tribunais traz à baila a temática da politização da Justiça” (RAMOS, 2010, p. 455).

É essa realidade que a mera fundamentação da sentença, baseada em princípios e em interpretações elásticas do ordenamento jurídico, não consegue superar.

A adequada compreensão do controle de constitucionalidade hoje praticado no Brasil, do papel exercido pelo Supremo Tribunal Federal e das funções que devem ser cometidas aos juízes e Tribunais nesse mister recomenda que seja acolhida e prestigiada a distinção entre jurisdição ordinária e jurisdição constitucional e, nessa última, entre a jurisdição constitucional praticada pelo Supremo Tribunal Federal e pelos outros juízes e Tribunais.

Essa distinção parece ser indispensável tanto para permitir o regular exercício da jurisdição constitucional como para não corromper a atividade jurisdicional ordinária exercida pelos juízes e Tribunais (na qual a jurisdição constitucional é ancilar).

Partindo dos precedentes e das tradições que moldaram o moderno controle de constitucionalidade, é possível e recomendável distinguir as esferas de atuação da jurisdição ordinária e da constitucional, bem como evidenciar a tensão que se põe entre elas.

6.2 O controle de constitucionalidade moderno: interpretação do direito ou atividade política?

O controle de constitucionalidade moderno é marcado por duas tradições – a norte-americana e a continental europeia (de matriz germânico-austríaca) –, que abraçam, em sua origem, concepções distintas sobre a natureza e o fundamento dessa atividade, não obstante ambas estejam comprometidas com o ideal da jurisdição constitucional, segundo o qual se impõe, como necessidade, “a existência de órgão incumbido de zelar pela anulação dos atos incompatíveis com a Constituição”, como “uma decorrência lógica da Constituição em sentido estrito.” (MENDES et al., 2007, p. 953-954).

O marco do sistema norte-americano de controle de constitucionalidade é a decisão proferida pela Suprema Corte em 1803, no julgamento de *Marbury vs. Madison*, ocasião em que ficou estabelecida a autoridade de as Cortes Federais declararem a inconstitucionalidade de uma lei aprovada pelo Congresso.

O fundamento dessa conclusão pode sinteticamente ser compreendido a partir de duas assertivas: i) havendo um hiato entre a lei e a Constituição, a Suprema Corte decidiu que a Constituição, que foi ratificada por assembleia representativa de todo o povo dos Estados Unidos, deveria prevalecer sobre um ato do Congresso, que é simplesmente um poder do governo federal; ii) competiria ao Judiciário garantir a supremacia da Constituição, pois é tipicamente judicial a função de interpretar a lei aplicável ao caso concreto¹¹⁵ (REHNQUIST, 1988, p. 99-122).

À época, a proposição contida na decisão, no sentido de que uma Corte Federal tem a autoridade – dada pela Constituição – de declarar um ato do Congresso inconstitucional – não foi seriamente desafiada pelos observadores contemporâneos e tornou-se, assim, o “pino de segurança” (*linchpin*) do sistema constitucional norte-americano (REHNQUIST, 1988, p. 114).

¹¹⁵ Eis o que disse a Suprema Corte, na decisão redigida pelo Chief of Justice Marshall: “It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases, must of necessity expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the courts must decide on the operation of each. So if a law be in opposition to the constitution; if both the law and the constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that case conformably to the law, disregarding the constitution; or conformably to the constitution, disregarding the law; the court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty. If, then, the courts are to regard the constitution, and the constitution is superior to any ordinary act of the legislature, the constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply”. (MARBURY v. MADISON).

Nesse modelo de controle difuso de constitucionalidade, o exame da constitucionalidade da lei é ancilar à prestação jurisdicional e dela procede a conclusão de sua aplicação ou não na resolução do conflito, a partir de um juízo sobre sua compatibilidade com o texto constitucional. Significa dizer que o *judicial review of legislation* é compreendido como inerente à própria atividade jurisdicional (CAPPELLETTI, 1992, p. 70-95).

Isso não significa dizer, no entanto, que o modelo norte-americano ignore a dimensão política (e as responsabilidades daí decorrentes) da atuação da Suprema Corte no exercício do controle de constitucionalidade. Ocorre que essa atividade política estaria diluída na solução de conflitos concretos e individuais.

O mesmo raciocínio não se aplica aos julgamentos da Suprema Corte, que exerce um papel relevante como *policymaker*, sobretudo em razão do impacto de suas decisões. No entanto, a dimensão política de sua atuação é atenuada e limitada, tanto pelos casos que a Corte se propõe a decidir quanto pelos assuntos em que se imiscui (BAUM, 2007, p. 183-184, p. 225-226).

Stephen Griffin argumenta, nesse sentido, que o significado atribuído ao *judicial review* é mais uma construção do século XX do que uma conclusão da decisão proferida em *Marbury vs. Madison*.

Em 1803, pressupunha-se que (i) o direito e a política eram campos bem distintos (cabendo à política resolver questões sociais controversas e ao direito afastar apenas as leis manifestamente inconstitucionais) e (ii) que o juiz não criava direito, mas apenas o declarava. No século XX, contudo, essas duas certezas caíram e se desenvolveu a doutrina da supremacia judicial (que é bem mais ampla do que a doutrina do poder anulador defendida por Marshall e Hamilton) (GRIFFIN, 2010, p. 228-234).

Merecem transcrição os seguintes comentários de Stephen M. Griffin:

Como argumentei previamente, a Corte [de Marshall] tinha que legalizar a Constituição para torná-la aplicável pelo Judiciário. Vimos, contudo, que essa legalização tornou-se possível graças a um conjunto de entendimentos sobre como a distinção direito/política poderia ser mantida.

No século XX, a comunidade jurídica abandonou esses entendimentos. Ninguém acredita que juízes determinem o direito apelando para a razão geral, nem alega que o judiciário não deva decidir casos politicamente controversos, ou advoga a regra do caso questionável. Alexandre Bickel percebeu essa mudança quando criticou *Marbury* dizendo que a repugnância de uma lei para a Constituição não é, na

maioria das vezes, auto-evidente; ela é, antes, uma questão de política que alguém deve decidir'. O próprio fato de um constitucionalista em voga como Bickel poder entender questões de direito constitucional como matéria 'política' revela o grande abismo existente entre o entendimento que Marshall tinha do direito e o nosso próprio.

O *judicial review* contemporâneo não é, assim, o instituto que Marshall ajudou a estabelecer em Marbury. A Corte contemporânea é mais uma criação das circunstâncias do séc. XX do que uma descendente direta da Corte de Marshall. Como elaborado acima, o controle quase- total que a Corte possui sobre sua pauta é uma diferença altamente significativa entre esta e a corte de common law de Marshall. Mais ainda: os juízes estão cientes a bastante tempo de que a Corte tem um papel único como instituição judicial que faz política pública. Antes de Robert Jackson tornar-se juiz, o Juiz Cardozo lhe disse que a Corte de Recursos de Nova York era um exemplo de 'tribunal de advogados. Aqueles são o tipo de problemas que você apreciará. Sobre [a Suprema Corte] há dois tipos de questão – a interpretação das leis, que ninguém pode tornar interessante, e a política'. Após ter trabalhado na Corte, Jackson refletiu: 'É claro que [Cardozo] não quis dizer política no sentido de política partidária, mas no sentido de política pública. Há muito de verdade em sua observação. Muitos de nossos casos realmente dependem da visão sobre orientação política, política governamental'. (GRIFFIN, 2010, p. 238)

De seu turno, o modelo de controle concentrado de constitucionalidade de matriz continental europeia, desde sua origem, no início do século XX¹¹⁶, foi concebido não como uma mera técnica de interpretação das normas. Esse modelo parte da premissa de que a atividade de controle de constitucionalidade é mais aproximada da atividade do legislativo do que da do juiz.

A polêmica havida entre Hans Kelsen e Carl Schmitt contribui para a percepção dessa realidade: conquanto cada um desses juristas tenha proposto um modelo próprio de defesa institucional da Constituição, ambos concordavam que essa atividade era de natureza política (que não poderia ser assimilada à típica atividade jurisdicional).

Kelsen entendia que a jurisdição constitucional se afirmava, "em última análise, como uma garantia da paz política do Estado" (KELSEN, 2003; p. 186). Segundo ele, a defesa da Constituição seria mais bem realizada por meio de uma jurisdição constitucional (em que a questão constitucional seria decidida seguindo-se um padrão judicialiforme).

¹¹⁶ Como lembra Segado, a tradição constitucional europeia é refratária à intervenção judicial. A solução austríaca concebida por Kelsen após a I Guerra Mundial, com a criação de um Tribunal Constitucional, representou um rompimento nessa tradição e se tornou hoje o modelo prevalecente (SEGADO, 2005, p. 213).

Sustentando que seria contraindicado confiar a defesa da Constituição ao Legislativo, Kelsen afirma:

o órgão legislativo se considera na realidade um livre criador do direito, e não um órgão de aplicação do direito, vinculado pela Constituição, quando teoricamente ele o é sim, embora numa medida relativamente restrita. Portanto não é com o próprio Parlamento que podemos contar para efetuar sua subordinação à Constituição (KELSEN, 2003, p. 186).

Kelsen chega, então, à conclusão de que seria “uma jurisdição ou um tribunal constitucional” o órgão que melhor cuidaria da anulação dos atos inconstitucionais, afastando as objeções relativas à soberania do Parlamento (que é relativa, porque jungida à Constituição) e ao princípio da separação de Poderes (por considerar que a jurisdição constitucional “não é verdadeiramente jurisdicional, mesmo se, com a independência de seus membros, é organizado em forma de tribunal”) (KELSEN, 2003, p. 150-153).

O fundamental, para Kelsen, é que a guarda da Constituição seja confiada a um órgão independente do Parlamento, imparcial e cujas decisões se pautem estritamente no juízo de compatibilidade entre o ato impugnado e as disposições constitucionais (tendo esse órgão, portanto, uma feição de Tribunal) (KELSEN, 2003, p. 152-153, p. 169).

Para Carl Schmitt, a imparcialidade dos juízes não seria um fator positivo para atribuir a essa classe a defesa última da Constituição, pois essa imparcialidade não os capacitaria a suportar o peso das decisões políticas, em vista de sua falta de legitimidade democrática.

Carl Schmitt enfatiza que há diversas espécies de independência, sendo a burocracia estatal – da qual os juízes são representantes – uma delas: a independência dos juízes surge, em certa medida, no contexto da independência da burocracia, voltada a evitar uma influência político-partidária, dos interessados e criar uma instância permanente e estática (assim se inserem as garantias institucionais dos magistrados) (SCHMITT, 2007, p. 224-226).

Não se deve pensar, todavia, que a guarda da Constituição deve passar necessariamente pela jurisdição (ou por alguma instituição semelhante), em virtude de sua neutralidade.

O problema da defesa da Constituição não será resolvido, argumenta Schmitt, com “um tribunal e uma estrutura judicial lotados com juristas funcionários de carreira”, sobre a qual recairá “uma carga insuportável se todas as tarefas e decisões políticas”, sem o respaldo político oferecido pelo princípio democrático (SCHMITT, 2007, p. 224-227).

Conquanto haja vários tipos de independência, a Guarda da Constituição, para Schmitt, exige apenas uma espécie de independência: a neutralidade do poder moderador daquele que tem legitimidade democrática (no caso da Constituição de Weimar o Presidente do Reich, a quem incumbiria a guarda última da Constituição). Demais disso, não é necessário que esse poder moderador seja apenas negativo:

A independência dos juízes não tem, no Estado atual, de forma alguma o objetivo de criar um titular da correta volição política, mas de delimitar e garantir uma esfera da justiça vinculada à lei dentro de um ser estatal ordenado. Outros tipos de independência têm outras funções, entre elas, como mostrado anteriormente, também precisamente a de possibilitar uma forte volição política, independente dos métodos do Estado partidário pluralista, métodos estes de dissolução do Estado. Isso, frequentemente, não é levado em conta em virtude da confusão entre neutralização, despolitização partidária e despolitização.

[...]

Nos diversos casos de ‘independência’, portanto, tem-se que observar em primeiro lugar se a independência deve conceder, somente defensiva e negativamente, uma proteção contra a volição política ou se, ao contrário, é garantida uma participação positiva autônoma na determinação ou influência da volição política. **A independência judicial é tão-somente o outro lado da vinculação judicial à lei e, nesse ponto, apolítica.** Mas, de resto, é de grande importância que tanto a independência do funcionário de carreira quanto a independência do deputado parlamentar e, por fim, também a posição do chefe de Estado, protegida por uma difícil revocabilidade e por privilégios especiais, estejam estritamente ligadas com a idéia do todo da unidade política. (SCHMITT, 2007, p. 224-232, grifo nosso).

Esse entendimento é justificado, na visão de Schmitt, a partir da premissa de que as questões de direito constitucional não envolvem simplesmente a interpretação da Constituição. Trata-se, precisamente, de resolver um conflito que se refere também ao conteúdo da norma constitucional, de modo que a sua determinação não é simples jurisdição constitucional, mas sim legislação constitucional. É uma decisão sobre a Constituição, não segundo a Constituição (ZAGREBELSKY, 2008, p. 34-35).

Não obstante a distância entre as soluções institucionais pensadas por Schmitt e Kelsen (sendo que apenas esse estava comprometido com um modelo de jurisdição constitucional), resta evidente que, para ambos, a resolução de conflitos constitucionais constituía uma espécie de exercício de poder político legiferante. Para Kelsen, atribuir tal procedimento a uma espécie de Tribunal seria recomendável, por força desse distanciamento do Tribunal em relação à política. Para Schmitt, a falta da legitimidade democrática de um Tribunal seria a maior fragilidade dessa estrutura (que não teria condições de se impor na defesa da Constituição)¹¹⁷.

Enfim, esse modelo de controle de constitucionalidade que se inaugura com Kelsen não teve medo de confessar, desde sua gênese, o caráter político de sua atividade e logo percebeu que a declaração de inconstitucionalidade é, antes de tudo, uma espécie de sanção, a ser imposta pelo órgão competente.

Hoje, portanto, o controle de constitucionalidade se põe claramente como o exercício de uma função política, que visa à preservação da convivência social, em vista dos princípios substanciais da vida comum e das regras de exercício do poder público, tal como fixados na Constituição (bem distante, assim, da luta pelo governo, que qualifica outro sentido de política) (ZAGREBELSKY, 2008, p. 29, p. 34-35).

6.3 A evolução do controle de constitucionalidade no Brasil

No Brasil, observa-se que, ao longo da nossa história constitucional, houve um sensível incremento da função política associada ao controle judicial de constitucionalidade das leis.

Nas Constituições que vigoraram de 1824 a 1889, durante o Império, não era atribuída ao Poder Judiciário a função de realizar o controle de constitucionalidade das leis. Com o advento da República, o direito constitucional passa a sofrer fortes influxos do direito norte-americano (devendo ser lembrado o papel de destaque desempenhado por Rui Barbosa), do que resulta a introdução do sistema de controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário, por via de exceção, com eficácia

¹¹⁷ A esse propósito, afirma Schmitt: “Isso é válido tanto para o direito judicial de exame, geral e difuso, quanto para o controle concentrado em uma única instância. A partir da concentração de todos os conflitos constitucionais em um único tribunal composto por funcionários de carreira inamovíveis e, nessa base, independente, seria criada uma segunda câmara [Parlamento], cujos membros seriam funcionários de carreira. Nenhuma estrutura judicial poderia ocultar o fato de que se trataria, em tal tribunal do Estado ou constitucional, de uma instância de alta política dotada de poderes legislativos constitucionais. Do ponto de vista democrático, seria praticamente impossível transferir tais funções a uma aristocracia da toga.” (SCMITT, 2007, p. 224-228).

restrita às partes (Constituição Provisória de 1890, art. 58, § 1º; Decreto n.º 848, de 11 de outubro de 1890; Constituição de 1891, art. 59, § 1º, Lei n.º 221, de 20 de novembro de 1894) (BARBI, 2011, p. 90).

A Constituição de 1934 trouxe importante acréscimo no sistema de controle de constitucionalidade, (i) ao instituir a reserva de plenário para a declaração de inconstitucionalidade nos Tribunais, (ii) estabelecer a representação interventiva, que habilitava a intervenção federal nos Estados quando houvesse declaração, do STF (provocada pelo o Procurador-Geral da República), de afronta aos princípios constitucionais sensíveis (forma republicana representativa, separação de Poderes, autonomia dos Municípios etc.)¹¹⁸, e (iii) atribuir ao Senado a competência para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário.

Essa última determinação – de atribuir ao Senado Federal a função de estender os efeitos da declaração de inconstitucionalidade para todos – servia para explicitar o limitado alcance da função política do Judiciário no controle de constitucionalidade das leis (ainda mais limitado do que o praticado nos Estados Unidos). Explica Celso Agrícola Barbi:

É que, nos Estados Unidos, dada a submissão dos órgãos da justiça à jurisprudência da Suprema Corte, submissão essa que deriva da formação tradicional nos países do *common law*, a declaração de inconstitucionalidade de uma lei pela Suprema Corte equivale, na prática, a inutilizá-la definitivamente, pois nenhum outro tribunal ou juiz irá aplicá-la, pela regra dos precedentes judiciais. (BARBI, 2011, p. 92)

Isso não ocorria no Brasil, prossegue Celso Agrícola Barbi, pois a magistratura era livre do dever de seguir os precedentes:

De modo que leis julgadas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal eram aplicadas por juízes não convencidos do acerto da decisão daquela Corte. Por outro lado, o sistema de declaração por via de exceção, tem, logicamente, a conseqüência de que a decisão só vale entre as partes e na causa em que foi proferida, o que produzia multiplicação de demandas fundadas na mesma lei, uma vez que, apesar de declarada inconstitucional pela mais alta Corte do país, continuava ela em vigor. (BARBI, 2011, p. 92)

Por isso, a inovação trazida pela Constituição de 1934

¹¹⁸ Por meio da representação interventiva, era possível fazer o exame de constitucionalidade das leis estaduais, como preliminar do processo de intervenção federal (BARBI: 2011, p. 98).

era feliz porque continha forma de dar efeitos *erga omnes* a uma decisão proferida apenas *inter partes*. Politicamente, a fórmula encontrada era hábil, porque deixava de violar o princípio da independência dos Podêres, uma vez que a suspensão da execução da lei ficou na competência de um órgão do Legislativo. (BARBI, 2011, p. 93)

A Constituição de 1937 mitigou o regime de controle judicial de constitucionalidade das leis, merecendo destaque a possibilidade, prevista no art. 96, parágrafo único, de o Presidente da República submeter novamente ao exame do Parlamento uma lei declarada inconstitucional para que, caso confirmada a validade dessa lei por ambas as Casas (quórum de 2/3), ficasse sem efeito a decisão do Tribunal (BARBI, 2011, p. 94-95).

A Constituição de 1946 retoma o sistema previsto na Constituição de 1946, inclusive a representação interventiva, que foi regulada pelas Leis n.ºs 2.271, de 1954, e 4.337, de 1964, e que, de certa forma, habilitava o Supremo Tribunal Federal a realizar o controle de constitucionalidade em abstrato das leis estaduais (não obstante sua atividade estivesse restrita à declaração de inconstitucionalidade, uma vez que a suspensão da lei estava sob a competência do Senado) (BARBI, 2011, p. 96-97).

Com a promulgação da Emenda Constitucional n.º 16, de 1965, que imprimiu nova redação ao art. 101, inciso I, alínea *k*, da Constituição, o Supremo Tribunal Federal passou a ter a competência para julgar “*representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República*”, com o que se criou o controle concentrado de constitucionalidade também para a lei federal (e para a lei estadual, com maior amplitude, na medida em que não mais vinculada à intervenção federal).

A Constituição de 1967 (mesmo após a Emenda Constitucional n.º 1, de 1969) manteve o controle difuso por via de exceção e o controle concentrado das leis federais e estaduais, nos moldes do regime constitucional anterior.

A Constituição de 1988 ampliou significativamente os mecanismos de proteção judicial, expandiu também o controle judicial de constitucionalidade das leis e acabou por ampliar as possibilidades de atuação política do Judiciário e, especificamente, do Supremo Tribunal Federal (MENDES et al., 2007, p. 982, p. 1000). A Carta vigente manteve o controle difuso de constitucionalidade e deu-lhe condições de expandir seus efeitos, ao prestigiar o mandado de segurança coletivo (a tutela coletiva tornou-se um

relevante espaço de controle de constitucionalidade não só por meio do mandado de segurança, mas também por meio da ação civil pública) e criar o mandado de injunção (individual e coletivo) como forma de viabilizar tutela jurisdicional nas hipóteses em que “a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (art. 5º, inciso LXXI).

No regime de controle concentrado, a Constituição de 1988 rompeu com o monopólio da ação direta outorgada ao Procurador-Geral da República, ao ampliar o rol de legitimados para promover, perante o Supremo Tribunal Federal, a ação direta de inconstitucionalidade. Além disso, instituiu o controle concentrado de constitucionalidade para os casos de omissão, com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Segundo Gilmar Mendes:

com a introdução desse sistema de controle abstrato de normas, com ampla legitimação, e, particularmente, a outorga do direito de propositura a diferentes órgãos da sociedade, pretendeu o constituinte reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro como peculiar instrumento de correção do sistema geral incidente (MENDES et al., 2007, p. 1003).

Em vista da promulgação de Emendas Constitucionais (notadamente as de EC nº. 3, de 1993, e EC. Nº. 45, de 2004), da edição de leis (Leis nºs 9.868, de 1999; 9.882, de 1999; 11.418, de 2006; 12.063, de 2009) e do desenvolvimento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – observa-se que, na vigência da Constituição de 1988 houve o fortalecimento do controle abstrato de constitucionalidade em detrimento do controle difuso e, por conseguinte, o fortalecimento do papel do Supremo Tribunal Federal nesse controle, tornando palpável a sua vocação para Tribunal Constitucional.

De fato, essa nova realidade resultou da instituição e do desenvolvimento de diversos institutos de controle de constitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade por ação e omissão, arguição de descumprimento de preceito fundamental, mandado de injunção), alguns deles não previstos originalmente na Constituição (ação declaratória de constitucionalidade e repercussão geral da questão constitucional veiculada no recurso extraordinário).

Em síntese, dadas as linhas de evolução do controle de constitucionalidade das leis no direito brasileiro, conclui-se que houve não apenas o amadurecimento do controle concentrado de constitucionalidade, mas também (e, em certa medida, em razão disso), o fortalecimento da função do Supremo Tribunal Federal na guarda da Constituição.

6.4 A tensão entre a jurisdição ordinária e a constitucional

De um lado, a constatação da existência de uma jurisdição constitucional (imbuída de uma atividade política voltada à aferição da legitimidade da legislação em face da Constituição) liberta o exercício dessa atividade dos parâmetros da atividade jurisdicional típica e oferece a possibilidade de o Tribunal Constitucional adotar padrões decisórios mais discricionários (tendo em vista vários valores prestigiados pelo ordenamento jurídico, tais como segurança jurídica, boa-fé, repressão ao abuso de poder, justiça).

De outro lado, a constatação dessa realidade impõe limites à atuação da jurisdição ordinária (que se expressa basicamente pela aplicação da legislação formal [SOUZA JUNIOR, 2002, p. 138]), que se vê restringida nos seus poderes decisórios e até impossibilitada de adotar certos padrões argumentativos para resolver os casos que lhe são submetidos (mesmo quando é assegurada aos juízes e Tribunais a possibilidade de realizar a interpretação da Constituição, como ocorre no Brasil, em face do controle difuso de constitucionalidade).

Embora a distinção conceitual entre jurisdição constitucional e jurisdição ordinária seja clara, a prática demonstra que há uma contínua busca de delimitação desses espaços.

Foi o que ocorreu, por exemplo, na Itália, no período que sucedeu à criação do Tribunal Constitucional, entre 1956 e 1965, em que houve forte polêmica envolvendo o Tribunal Constitucional e a Corte de Cassação. Essa polêmica tem origem na recusa da Corte de Cassação em seguir a orientação interpretativa dada pelo Tribunal Constitucional em sentenças que, não obstante fossem de rejeição da arguição de inconstitucionalidade, indicavam o sentido normativo que conferia constitucionalidade ao texto normativo. Para grande parte da comunidade jurídica, a tentativa do Tribunal Constitucional de vincular a interpretação da norma legal, ao fundamento de exercer seu

controle de constitucionalidade, representava um grave atentado ao princípio da liberdade de interpretação do ordenamento jurídico conferido ao magistrado, sobretudo considerando-se que a função do Tribunal Constitucional seria a de declarar a inconstitucionalidade de textos normativos inconstitucionais e não de fixar interpretações (VEGA, 2003, p. 145-148, p. 175-180).

Na Itália, assinala Augusto Martín de la Vega, essa polêmica resultou no desenvolvimento da técnica de controle de constitucionalidade no que se convencionou chamar de sentenças interpretativas (que podem ser de acolhimento ou de rejeição da arguição de inconstitucionalidade), pelas quais o Tribunal Constitucional, examinando a constitucionalidade de determinado texto normativo, indica os sentidos normativos que dela se extraem, compatíveis e incompatíveis com a Constituição, com eficácia *erga omnes* ou não (2003, p. 165-169).

No Brasil, a edição, pelo Supremo Tribunal Federal, da Súmula Vinculante n.º 10 (que prestigia o entendimento de que o juiz não pode negar a aplicação de uma lei que incidiria no caso concreto, salvo declarando-a inconstitucional) é ilustrativa dessa realidade, concernente ao embate entre jurisdição constitucional e ordinária, em que se contrapõem a função do Supremo Tribunal Federal de exercer o controle de constitucionalidade da legislação e a função da magistratura em geral de interpretar o ordenamento jurídico (fixando o sentido que entenda mais adequado do texto a partir das circunstâncias do caso).

6.4.a A Súmula Vinculante n.º 10: o juízo de não aplicar norma pertinente ao caso representa declaração de inconstitucionalidade

Hoje soa como obviedade afirmar que as normas não conseguem vincular de todas as formas e em todos os sentidos, que a atividade interpretativa não é meramente cognitiva, pois sempre remanesce um espaço de decisão para o momento de aplicação da norma, que a interpretação de determinada norma é feita *vis-à-vis* com todo o ordenamento jurídico e com os fatos.

Disso tudo resulta que sempre são múltiplas as possibilidades de interpretação das normas. Mas não são ilimitadas, pois, como já advertia Carlos Maximiliano, valendo-se da lição de Rumpf, “as audácias do hermeneuta não podem ir a ponto de substituir, de fato, a norma por outra” (MAXIMILIANO, 2006, p. 91).

A norma, no entanto, pode estar sujeita à censura do intérprete, quando analisada à luz da Constituição. Isso porque, dada a supremacia da Constituição, todo o ordenamento jurídico deve ter leitura compatível com o texto constitucional.

Compete ao Judiciário, em geral, e ao Supremo Tribunal Federal, em específico, fazer esse juízo de compatibilidade das normas inferiores em relação à Constituição. Esse, como já visto, é o campo do controle de constitucionalidade, feito no bojo da jurisdição constitucional.

Uma feição da jurisdição constitucional consiste no poder, conferido ao Judiciário, de não aplicar a lei quando for ela incompatível com a Constituição. Isso porque, na clássica lição do Juiz Marshall, em *Marbury vs. Madison*, uma lei inconstitucional não seria lei.

Trata-se do controle de constitucionalidade difuso, segundo o qual é assegurado “a qualquer órgão judicial incumbido de aplicar a lei a um caso concreto o poder-dever de afastar a sua aplicação se a considerar incompatível com a ordem constitucional.” (MENDES *et al.*, 2007, p. 955)

Outra feição da jurisdição constitucional, agora de índole negativa (por representar uma restrição), é que não é dado ao Judiciário negar vigência a uma norma que considere aplicável ao caso e que repute constitucional. Trata-se da vedação de que o Judiciário julgue *contra legem*.

Nesse sentido, em antigo precedente, o Supremo Tribunal Federal já assentou que “a aplicação da equidade (...) não se justifica havendo o texto expresso de lei, pois seria conferir ao juiz o poder de decidir *contra legem*” (STF, RE 16.784).

Por essas razões, não pode o Judiciário afastar a aplicação de uma regra, que seria aplicável ao caso, simplesmente com base em princípios de mesma hierarquia.

Significa dizer que a fundamentação da sentença com base em princípios, mesmo que feita de forma analítica, não legitima toda espécie de sentença, pois o recurso aos princípios não pode sobrepor-se à normatividade da regra de mesmo grau, que só pode ser afastada, no bojo da jurisdição constitucional, com a declaração de sua inconstitucionalidade.

Esse entendimento, em várias oportunidades, foi abraçado pelo Supremo Tribunal Federal, ao enunciar que afastar *tout court* a aplicação de uma norma jurídica significa a declaração de sua inconstitucionalidade, sem a devida explicitação.

Ilustrativos são os seguintes precedentes:

Controle difuso de constitucionalidade de norma jurídica. Art. 97 da Constituição Federal.

- A declaração de inconstitucionalidade de norma jurídica *incidenter tantum*, e, portanto, por meio do controle difuso de constitucionalidade, é o pressuposto para o Juiz, ou o Tribunal, no caso concreto, afastar a aplicação da norma tida como inconstitucional. Por isso, não se pode pretender, como o faz o acórdão recorrido, que não há declaração de inconstitucionalidade de uma norma jurídica *incidenter tantum* quando o acórdão não a declara inconstitucional, mas afasta a sua aplicação, porque tida como inconstitucional.

Ora, em se tratando de inconstitucionalidade de norma jurídica a ser declarada em controle difuso por Tribunal, só pode declará-la, em face do disposto no artigo 97 da Constituição, o Plenário dele ou seu Órgão Especial, onde este houver, pelo voto da maioria absoluta dos membros de um ou de outro.

No caso, não se observou esse dispositivo constitucional.

Recurso extraordinário conhecido e provido. (STF, RE 179.170)

I. Controle de constitucionalidade: reserva de plenário e quorum qualificado (Constituição, art. 99): aplicação não apenas à declaração em via principal, quanto à declaração incidente de inconstitucionalidade, para a qual, aliás, foram inicialmente estabelecidas as exigências.

II. Controle de constitucionalidade: reputa-se declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que - embora sem o explicitar - afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide para decidi-la sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição. (STF, RE 240.096)

Esse posicionamento restou definitivamente consagrado no âmbito do Supremo Tribunal Federal com a edição da Súmula Vinculante n.º 10, no ano de 2008:

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

Vê-se que a jurisdição constitucional oferece um anteparo contra a atuação indevida dos juízes, prevenindo-os de que, no exercício da jurisdição ordinária, não podem fundamentar-se numa retórica de princípios (por exemplo) para decidir pela não aplicação de uma norma legal que incidiria no caso.

Com esse entendimento, o Supremo Tribunal Federal (i) advertiu o Judiciário de que todos os Poderes estão comprometidos com a concretização da Constituição, sendo que compete prioritariamente ao Legislador completar o sentido das normas constitucionais, (ii) valorizou o Poder Legislativo e as técnicas de controle de constitucionalidade e (iii) prestigiou o Poder Judiciário, uma vez que ratificou a possibilidade de o Judiciário impor sanção à legislação que esteja em desconformidade com a Constituição, desde que se adote o procedimento adequado para tanto.

6.5 A tensão entre a jurisdição constitucional praticada pelo Supremo Tribunal Federal e a exercida pelos demais juízes e tribunais

Para Francisco Segado, a criação de um Tribunal Constitucional sempre gera um problema árduo, difícil de resolver: a adequada articulação entre a jurisdição constitucional praticada pela Corte Constitucional e pelos outros Tribunais e juízes.

Para esse problema, não é possível se valer de uma lógica cartesiana, que ofereça respostas inequívocas sobre a delimitação da competência das jurisdições, sobretudo em sistemas em que ambas as jurisdições convirjam na tutela dos direitos constitucionais, como ocorre na Espanha (SEGADO, 2005, p. 218-219) e, com mais intensidade, no Brasil.

No Brasil, como se sabe, o Supremo Tribunal Federal assume a posição de espinha dorsal na relação entre a jurisdição constitucional e a jurisdição ordinária, seja porque a ele compete “precipuamente, a guarda da Constituição” (art. 102 da CF), a insinuar sua função de Tribunal Constitucional, seja porque ocupa o ápice do Poder Judiciário, sendo a última instância revisora dos provimentos judiciais (em questões constitucionais), funcionando como Corte Suprema.

O Supremo Tribunal Federal, portanto, é intérprete último da Constituição, mas não monopoliza essa função. O controle difuso de constitucionalidade aqui adotado

acata a ideia de que a interpretação constitucional é inerente à jurisdição, mas que compete ao Supremo Tribunal Federal a última palavra nessa atividade¹¹⁹.

Não é indiferente ao sistema de controle de constitucionalidade, contudo, o fato de a jurisdição constitucional ser exercida por juízes ou pelo Supremo Tribunal Federal.

De um lado, há uma diferença de vocação entre o Supremo Tribunal Federal – órgão estruturado para precipuamente exercer o controle de constitucionalidade – e os demais órgãos judiciais – que, ao lado da jurisdição constitucional, têm a missão de resolver conflitos a partir da aplicação da legislação.

Em vista dessa diferença de vocação, faz-se presente, na jurisdição constitucional praticada pelos juízes e tribunais, grave risco (que não aparece com a mesma intensidade para o Supremo Tribunal Federal), consistente no seu exercício abusivo, em desprestígio ao direito legislado. Assim descreve esse risco Roger Stiefelmann Leal:

Aos órgãos de jurisdição ordinária – o Poder Judiciário – é dado julgar os próprios limites – ensejando que qualquer antipatia pessoa ou ideológica do juiz em relação à lei que tem o dever de aplicar possa resultar numa declaração de inconstitucionalidade.

A jurisdição ordinária acaba, de algum modo, contaminada pela superioridade inerente à jurisdição constitucional, a ponto de admitir uma excessiva relativização de seus parâmetros. Os órgãos que deveriam aplicara a lei ao caso concreto podem se recusar a fazê-lo mediante a construção de uma suposta ofensa ao texto constitucional. Basta à autoridade judicial afastar, mediante um álibi constitucional, o diploma legal que, segundo as suas convicções e interesses, configura óbice para uma justa resolução do caso. Aplicar e julgar a lei simultaneamente traz consigo perigo de se admitir a aplicação da lei somente quando os seus comandos normativos venham ao encontro do pensamento do julgador, ampliando os meios de um eventual uso arbitrário da atividade jurisdicional. (LEAL, 2011, 508)

De outro lado, a legitimidade da jurisdição constitucional não se põe de forma semelhante para os dois perfis de autoridades (Supremo Tribunal Federal x demais juízes e tribunais).

O Supremo Tribunal Federal é composto por 11 Ministros indicados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado Federal, haurindo sua legitimidade política da representação democrática (ainda que de forma indireta). A magistratura é

¹¹⁹ O fundamento constitucional do controle difuso de constitucionalidade está presente em diversos artigos da Constituição Federal: arts. 97, 52, inciso X, 102, § 3º.

formada ordinariamente por magistrados de carreira, cuja legitimidade política decorre de seu conhecimento técnico jurídico exibido em provas e concursos.

Isso depõe contra a legitimidade da jurisdição constitucional praticada por juízes e Tribunais, pois

[o] padrão do magistrado de carreira, habituado às técnicas da legislação ordinária, apresenta sérias incompatibilidades com o exercício da jurisdição constitucional, atividade que vai além, sobretudo em matéria de direitos fundamentais, da acanhada tarefa de exegese da lei (...). O magistrado de carreira, legitimado pelo conhecimento técnico demonstrado em concurso público, tem como especialidade a aplicação da lei, e não a sua crítica (LEAL, 2011, p. 509).

Isso porque “o exercício da jurisdição constitucional reclama de seus titulares significativa sensibilidade político-institucional, em face da complexidade, gravidade e proximidade dos fatos políticos que são submetidos ao seu juízo.” (LEAL, 2011, p. 509)

O que se verifica, das diferentes vocações e estruturas, é que a tensão entre a jurisdição constitucional praticada pelo STF em relação ao restante do Judiciário está sempre latente e pronta para eclodir. Quatro situações são ilustrativas dessa tensão, suscitando, cada uma delas, uma perspectiva distinta desse fenômeno:

- i. o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade de exercício do controle difuso de constitucionalidade em sede de ações coletivas, cuja eficácia da decisão tem aptidão de ser *erga omnes*.
- ii. o julgamento da Reclamação 4.335, em que o Supremo Tribunal Federal julga se há desrespeito à autoridade da decisão proferida pelo próprio STF nos autos do HC 82.959, em que foi reconhecida a inconstitucionalidade *incidenter tantum* do dispositivo legal que vedava a progressão de regime dos condenados por prática de crimes hediondos;
- iii. o julgamento do Recurso Extraordinário n. 405.579, no qual se discutiram os limites da tutela jurisdicional reparadora da violação legal ao princípio da isonomia, em que se insinua a existência de limites distintos para a interpretação constitucional realizada pelo STF e pelos demais órgãos da jurisdição constitucional; e
- iv. a forma diferenciada com que o Supremo Tribunal Federal, de um lado, e os Tribunais e Juízes, de outro, enfrentam o problema das tutelas de urgência em casos em que se depara com a ausência de legislação suficiente a resguardar a tutela dos direitos fundamentais.

Essas situações, como se verá, evidenciam a importância de se traçar uma linha distintiva não só entre a jurisdição ordinária e a constitucional, mas também entre a

jurisdição constitucional praticada pelo Supremo Tribunal Federal (que denominaremos de jurisdição constitucional de primeiro nível) e pelos outros Tribunais e Juízes (a ser denominada como jurisdição constitucional de segundo nível), impondo limites ao poder dos juízes e Tribunais de interpretar a Constituição. Mostram, ainda, que há um contínuo esforço do Supremo Tribunal Federal nesse sentido.

6.5.a O controle de constitucionalidade em ação civil pública e a usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal

No controle difuso de constitucionalidade, a decisão que declara a inconstitucionalidade de uma norma é apenas incidental no processo, que cuida de discutir um conflito determinado (e não propriamente a constitucionalidade da norma). Por isso, diz-se que a declaração de inconstitucionalidade em processos subjetivos é mera questão prejudicial, que não faz coisa julgada, não vincula os juízes nem as partes nem terceiros.

Diferentemente ocorre no controle concentrado de constitucionalidade, que institui mecanismo próprio de avaliar a constitucionalidade da norma, sendo esse o objetivo do processo que se forma. Desse modo, a decisão que declara a nulidade de certa norma, por considerá-la inconstitucional, tem efeitos *erga omnes*.

Na didática lição de Elival da Silva Ramos:

O controle difuso é aquele em que qualquer órgão integrante do aparato judiciário, monocrático ou colegiado, pode exercer o controle, ao passo que o controle concentrado é atribuído a um único órgão, seja o de cúpula do Poder Judiciário, seja um tribunal especializado, paralelamente constituído.

No controle incidental, a questão de constitucionalidade é discutida e decidida como uma prejudicial de mérito, não constituindo o objeto principal da demanda, ao passo que no controle principal é isso o que ocorre, cingindo-se a prestação jurisdicional à declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei ou ato normativo impugnado. (RAMOS, 2005, p. 211-212)

Essa distinção, reconhece Elival da Silva Ramos, traz consequências nos efeitos das decisões em ambas as modalidades de controle:

No que concerne à sua abrangência subjetiva, costuma-se dizer que as decisões tomadas em via difusa e incidental produzem efeitos apenas *inter partes*, enquanto que as decisões advindas da jurisdição constitucional concentrada são dotadas de eficácia *erga omnes*. Cabe advertir que a declaração incidental de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, deferida a qualquer órgão do aparato

judiciário, não faz coisa julgada de espécie alguma, *inter partes* ou *erga omnes*, por integrar a motivação do decisório, e não a sua parte dispositiva, importando na resolução da questão prejudicial. (RAMOS, 2005, p. 212)

De tudo isso resulta que (i) é lícito a qualquer juiz declarar a inconstitucionalidade *incidenter tantum* de uma lei, deixando de aplicá-la ao caso concreto na resolução da lide; e (ii) apenas no controle concentrado de constitucionalidade (que é exercido, no Brasil, pelo Supremo Tribunal Federal e, em certas situações, pelos Tribunais de Justiça), pode haver declaração de inconstitucionalidade que resulte na retirada definitiva da norma do mundo jurídico.

Desafia a lógica dos métodos de controle de constitucionalidade a realidade que se instaura com o advento das ações coletivas. Com efeito, no direito brasileiro, as sentenças proferidas em ações coletivas têm aptidão de produzir “coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator” (art. 16 da Lei n.º 7.347, de 1985). Com base nessa característica, é factível haver declaração incidental de inconstitucionalidade que tenha resultado prático semelhante àquele obtido no controle concentrado de constitucionalidade, em vista da circunstância de os efeitos da sentença da ação coletiva alcançarem uma ampla coletividade.

É o que se observa, por exemplo, em uma ação civil pública proposta pelo Ministério Público contra determinado benefício concedido por um Estado com base em lei, reputada inconstitucional, concessiva de isenções fiscais. Conquanto o objeto do processo seja a declaração de nulidade dos benefícios concretamente concedidos, a amplitude dos efeitos da sentença faz com que se esvazie todo o conteúdo da lei, caso considerada inconstitucional. A sentença coletiva que declare incidentalmente a inconstitucionalidade da lei terá, portanto, eficácia prática semelhante à proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Isso, certamente, gera estranhamento. Sobretudo quando se considera que, para extirpar uma lei do ordenamento jurídico em confronto com a Constituição por meio da jurisdição constitucional, é necessário ajuizar ação própria (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade ou arguição de descumprimento de preceito fundamental) perante o Tribunal competente para dela conhecer (Supremo Tribunal Federal ou Tribunal de Justiça, em caso de controle de constitucionalidade das normas estaduais e municipais). Além disso, o sistema de

controle concentrado de constitucionalidade estabelece rol taxativo de legitimados para iniciar o controle (art. 103 da Constituição).

É possível ver, portanto, na utilização de ações coletivas, veículo de usurpação do controle concentrado de constitucionalidade.

Defrontado com essa realidade, o Supremo Tribunal Federal tem travado um amplo debate sobre os limites do controle difuso de constitucionalidade em sede de ação coletiva.

A favor desse controle de constitucionalidade por meio de ações coletivas, argumenta-se que a ação coletiva trouxe notável colaboração para o sistema de tutela de direitos, de modo que negar ao juiz exercer o controle difuso de constitucionalidade (que já o exerce em outras situações) representaria uma negativa de acesso à jurisdição plena e eficaz.

Contra esse controle, defende-se que as distinções processuais entre questão prejudicial e pedido principal não conseguem afastar a realidade de que o controle de constitucionalidade difuso, quando utilizado em ações coletivas, tem enorme potencial de ter o mesmo resultado prático do controle concentrado. Dessa forma, admitir isso representaria uma usurpação de função do Supremo Tribunal Federal, a fragilização da força da lei (que se presume constitucional) e um grave atentado à estabilidade política (considerando que a lei é ato emanado do Parlamento e sancionado pelo Executivo, que constitui, salvo demonstração em contrário, uma leitura abalizada da Constituição).

Num primeiro momento, o Supremo Tribunal Federal concluiu pela impossibilidade de se utilizar ação coletiva para se fazer um controle abrangente de constitucionalidade. São significativos desse entendimento os seguintes precedentes:

Não se admite ação que se intitula ação civil pública, mas, como decorre do pedido, é, em realidade, verdadeira ação direta de inconstitucionalidade de atos normativos municipais em face da Constituição Federal, ação essa não admitida pela Carta Magna. Agravo a que se nega provimento. (STF, AI 189.601 AgR)

RECLAMAÇÃO. CONTROLE CONCENTRADO. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

As ações em curso na 2ª e 3ª Varas da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo - objeto da presente reclamação - não visam ao julgamento de uma relação jurídica concreta, mas ao da validade de lei em tese, de competência exclusiva do supremo tribunal (artigo 102-I-a da CF).

Configurada a usurpação da competência do Supremo para o controle concentrado, declara-se a nulidade 'ab initio' das referidas ações,

determinando seu arquivamento, por não possuírem as autoras legitimidade ativa para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade. (STF, Rcl 434)

MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO IMPETRADO, EM CARÁTER PREVENTIVO, CONTRA FUTURA APLICAÇÃO DE NORMAS CONSTANTES DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL - IMPETRAÇÃO CONTRA ATO EM TESE - INADMISSIBILIDADE - INCIDÊNCIA DA SÚMULA 266/STF - QUESTÃO DE ORDEM QUE SE RESOLVE NO SENTIDO DO NÃO-CONHECIMENTO DA AÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA, RESTANDO PREJUDICADA, EM CONSEQÜÊNCIA, A APRECIACÃO DO RECURSO DE AGRAVO.

- Os princípios básicos que regem o mandado de segurança individual informam e condicionam, no plano jurídico-processual, a utilização do "writ" mandamental coletivo.

- Não se revelam sindicáveis, pela via jurídico-processual do mandado de segurança, os atos em tese, assim considerados aqueles - como as leis ou os seus equivalentes constitucionais - que dispõem sobre situações gerais e impessoais, que têm alcance genérico e que disciplinam hipóteses neles abstratamente previstas. Súmula 266/STF. Precedentes.

- O mandado de segurança não se qualifica como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade, não podendo ser utilizado, em conseqüência, como instrumento de controle abstrato da validade constitucional das leis e dos atos normativos em geral. Precedentes. (STF, MS 23.785 AgR-QO)

Num segundo momento, o Supremo Tribunal Federal privilegiou o sistema de tutela de direitos para admitir, com grande amplitude, a possibilidade de controle de constitucionalidade no bojo de ações coletivas. Ilustrativo dessa orientação é o acórdão lavrado na Reclamação n.º 600, que teve a seguinte ementa:

[...] 2. Ação civil pública contra instituição bancária, objetivando a condenação da ré ao pagamento da ‘diferença entre a inflação do mês de março de 1990, apurada pelo IBGE, e o índice aplicado para crédito nas cadernetas de poupança, com vencimento entre 14 a 30 de abril de 1990, mais juros de 0,5% ao mês, correção sobre o saldo, devendo o valor a ser pago a cada um fixar-se em liquidação de sentença’.

3. Ação julgada procedente em ambas as instâncias, havendo sido interpostos recursos especial e extraordinário.

4. Reclamação em que se sustenta que o acórdão da Corte reclamada, ao manter a sentença, estabeleceu ‘uma inconstitucionalidade no plano nacional, em relação a alguns aspectos da Lei nº 8024/1990, que somente ao Supremo Tribunal Federal caberia decretar’.

[...]

7. Na ação civil pública, ora em julgamento, dá-se controle de constitucionalidade da Lei nº 8024/1990, por via difusa. Mesmo admitindo que a decisão em exame afasta a incidência de Lei que seria

aplicável à hipótese concreta, por ferir direito adquirido e ato jurídico perfeito, certo está que o acórdão respectivo não fica imune ao controle do Supremo Tribunal Federal, desde logo, à vista do art. 102, III, letra b, da Lei Maior, eis que decisão definitiva de Corte local terá reconhecido a inconstitucionalidade de lei federal, ao dirimir determinado conflito de interesses. Manifesta-se, dessa maneira, a convivência dos dois sistemas de controle de constitucionalidade: a mesma lei federal ou estadual poderá ter declarada sua invalidade, quer, em abstrato, na via concentrada, originariamente, pelo STF (CF, art. 102, I, a), quer na via difusa, *incidenter tantum*, ao ensejo do desate de controvérsia, na defesa de direitos subjetivos de partes interessadas, afastando-se sua incidência no caso concreto em julgamento.

8. Nas ações coletivas, não se nega, à evidência, também, a possibilidade da declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, de lei ou ato normativo federal ou local.

9. A eficácia *erga omnes* da decisão, na ação civil pública, ut art. 16, da Lei nº 7347/1997, não subtrai o julgado do controle das instâncias superiores, inclusive do STF. No caso concreto, por exemplo, já se interpôs recurso extraordinário, relativamente ao qual, em situações graves, é viável emprestar-se, ademais, efeito suspensivo.

É esse último entendimento que tem prevalecido na Corte, cabendo destacar, nesse sentido, recente julgamento ocorrido nos autos da Reclamação 1.897:

[...] Capitalização em período inferior a um ano. Inadmissibilidade. Art. 5º da MP 2.087-29/2001, editada como MP 2.140-34. Inconstitucionalidade reconhecida incidentalmente. Controle difuso de constitucionalidade, exercido em ação civil pública. Não usurpação de competência do Supremo [...]. Não usurpa competência do Supremo Tribunal Federal, decisão que, em ação civil pública de natureza condenatória, declara incidentalmente a inconstitucionalidade de norma jurídica. (STF, Rcl 1.897 AgRg)

Entre esses dois extremos, convém resgatar uma solução intermediária que foi considerada no julgamento da Medida Cautelar na Reclamação n.º 2.460 (Rel. Min. Marco Aurélio), ocorrida em março de 2004.

Entendeu o Supremo Tribunal Federal que: (i) seria possível ajuizar-se ação coletiva com a pretensão de realizar controle de constitucionalidade difuso, sem que isso representasse usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal; (ii) mas, estando em tramitação ação de controle concentrado, voltada a discutir a mesma norma impugnada na ação coletiva, deveria haver a suspensão da ação coletiva, para prevenir decisões conflitantes e resguardar *in concreto* a competência do Supremo Tribunal Federal.

A ementa do acórdão não permite alcançar a amplitude desse julgado, pois consigna o seguinte:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA VERSUS ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - RECLAMAÇÃO - LIMINAR. Na dicção da ilustrada maioria, entendimento em relação ao qual continuo guardando reservas, não surge relevante a articulação em torno da usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, a partir da premissa de o acolhimento do pedido formulado em ação civil pública pressupor, necessariamente e em primeiro lugar, a conclusão sobre o conflito de certo ato normativo abstrato com a Constituição Federal.

O relevante desse julgamento é o seu resultado, assim proclamado:

[...] acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal [...], por maioria de votos, em negar referendo à decisão concessiva de liminar e em determinar a suspensão, com eficácia ex nunc, das ações civis públicas ora em curso na 6ª Vara Federal do Rio de Janeiro, de nº 2003.510.1011662-9; na 4ª Vara Federal de Niterói (...), mantida a tutela antecipada nelas deferida, tendo em vista a existência de tramitação de Ação Direta de Inconstitucionalidade perante esta Corte, cujo objeto discute a validade constitucional de norma impugnada nas respectivas ações, vencido o Ministro Marco Aurélio, relator, que confirmava referendo à citada cautelar.

Nesse julgamento, estabeleceu-se profícuo debate entre os Ministros, o qual merece transcrição:

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – [...] o que se tem de notar [...] é quando há uma ADI pendente, cujo pedido de liminar foi indeferido, se seria possível, no modelo difuso, ter-se o prosseguimento das ações várias no controle incidental.

[...]

No caso da ação civil pública [...], não estamos diante do sistema difuso tradicional. A própria ação civil pública foi transplantada para os trópicos sem as restrições que são comuns no modelo de *common law*, que impõe restrições, inclusive, às vezes, em matéria de controle de constitucionalidade. Aqui não é processo de partes, e é por isso que estamos tendo essa repercussão, porque retirar a eficácia *erga omnes* da decisão na ação civil pública é torná-la inútil. Temos de admitir que não há como separar a decisão de mérito da decisão incidental de inconstitucionalidade. É essa a questão posta.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Mas é preciso, insisto, resguardar a integridade da jurisdição cautelar na ação civil pública.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Não estamos discutindo isso, mas sim a repercussão que a decisão produz no sistema. Estamos numa encruzilhada, não se trata do simples binômio sistema difuso/sistema concentrado. E aqui não estamos a discutir, estamos a concordar.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – O ponto de tensão mais evidente é o das ações coletivas.

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO – [...] Há, realmente, no caso, uma peculiaridade [...]. A peculiaridade é que, além de tratar-se de ação civil pública, a lei e o decreto, lá acoimados de inconstitucionais, estão submetidos ao Supremo Tribunal no controle abstrato. Então, é razoável, sob esse aspecto, que se suspendam, ex nunc, a partir de agora, as ações civis públicas, mantidas, entretanto, as cautelares já deferidas.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Sr. Presidente, receio criarmos um sério precedente: todos os feitos em que, na causa de pedir, se argua inconstitucionalidade, objeto de alguma ação aqui no Supremo Tribunal Federal, vão ficar suspensos.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Não. Na ação civil pública, estando pendente de ação direta o mesmo ato normativo.

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO – Apenas na ação civil pública, estando pendente, no Supremo Tribunal Federal, pedido de declaração de inconstitucionalidade de norma cuja inconstitucionalidade se pede também na ação civil pública, *incidenter tantum*.

Essa solução tem o mérito de não criar uma vedação peremptória ao controle difuso de constitucionalidade por meio de ação coletiva. Essa vedação absoluta poderia levar a situações em que uma lei inconstitucional não encontre contestação séria por ausência de ação própria (por falta de interesse dos legitimados, por exemplo).

Ao mesmo tempo, essa solução de meio-termo deixa aberta a alternativa de os legitimados do art. 103 da Constituição (Presidente da República, Governadores de Estado, Mesas das Casas Legislativas da União, dos Estados e do DF, entidades de classe nacional) buscarem a suspensão dos efeitos concretos dessa ação coletiva por meio da propositura de ação de controle de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (ou Tribunal de Justiça), que poderá manter ou não os efeitos das decisões antes proferidas.

Com isso, também ficam resguardadas, em concreto (e não em tese), a segurança jurídica, a separação e a harmonia dos Poderes, a competência do Supremo Tribunal Federal e a estabilidade do governo.

Essa solução seria eficaz para lidar com a preocupação, manifestada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho e José Levi Mello do Amaral Júnior, de obter tutela efetiva da ordem constitucional que não descure da segurança jurídica:

O modelo de controle de constitucionalidade brasileiro é complexo. Há quem o repute misto. Porém, é preciso entender corretamente a expressão: não se trata de um modelo híbrido, que fusiona ou ‘mistura’, em um amálgama, controle difuso e controle concentrado. Em verdade, ambos convivem: seguem caminhos paralelos que, vez ou outra, exercem influxo recíproco.

No entanto, nos últimos anos, parece possível identificar situações em que os caminhos como que se entrelaçam. Instrumentos próprios de ambos os modelos são redesenhados de modo a contemplar características e soluções que, até então, ficavam restritas a um ou a outro.

[...]

É preciso prudência ao inovar, sob pena de gerar caos em sistema cujo objetivo é a segurança jurídica, mormente com tutela efetiva da ordem constitucional. Com efeito, importa criar teia de proteção que seja capaz de flagrar e eliminar toda e qualquer inconstitucionalidade de modo rápido, mas sem prejuízo da segurança jurídica. (AMARAL JÚNIOR; FERREIRA FILHO, 2010, p. 405)

Não obstante os seus méritos, essa solução de meio-termo foi esquecida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

6.5.b O julgamento da Reclamação 4.335/DF: a vinculação do Poder Judiciário à interpretação constitucional do Supremo Tribunal Federal

Na Reclamação 4.335 (Rcl 4.335), a Reclamante – Defensoria Pública do Acre – postulou, em benefício de vários reeducandos presos – a cassação da decisão do juiz responsável pela execução penal que negara a progressão de regime, com fundamento no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, por serem esses reeducandos condenados pela prática de crimes hediondos.

A Defensoria Pública alegou que o juiz desrespeitou a autoridade da decisão proferida pelo STF nos autos do HC 82.959¹²⁰, em que, por maioria, foi reconhecida a inconstitucionalidade *incidenter tantum* do mencionado dispositivo legal que vedava a progressão de regime dos condenados por prática de crimes hediondos.

¹²⁰ Eis a ementa desse julgado: “PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.”(STF, HC 82.959)

No entender da Defensoria Pública, o juiz de primeira instância não poderia negar cumprimento à decisão do STF, ainda que tenha sido ela proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade.

É nessa perspectiva que surge, no julgamento da Rcl 4.335, o debate sobre o significado do inciso X do art. 52 da CF/88, no atual contexto constitucional. Indaga-se se **ainda** compete ao Senado Federal estender os efeitos da declaração de inconstitucionalidade pronunciada pelo STF em controle difuso de constitucionalidade, ou se sua função se limitaria a dar mera publicidade ao que fora decidido pelo STF, decisão essa cujo efeito vinculante e eficácia *erga omnes* derivaria naturalmente de seus pronunciamentos (QUINTAS, 2010/2011, p. 3-4).

O Relator da Rcl 4.335, Min. Gilmar Mendes, conheceu da Reclamação¹²¹ e, no mérito, votou pela sua procedência. No entender do Min. Gilmar Mendes, o efeito vinculante e a eficácia *erga omnes* da decisão do Supremo Tribunal Federal, no exercício do controle de constitucionalidade, advêm mais da autoridade do STF, como Tribunal Constitucional, do que do veículo pelo qual suas decisões são proferidas.

Nesse particular, fala o Min. Gilmar Mendes do processo de objetivação do controle de constitucionalidade, que, no seu entender, traz repercussões no papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade, ante a ocorrência de mutação constitucional. Dessa forma, não se faria hoje mais necessária a edição de decreto pelo Senado Federal para suspender a lei declarada inconstitucional no controle difuso de inconstitucionalidade. Ao Senado, quando muito, caberia dar publicidade a essa decisão.

Esse entendimento foi acompanhado pelo Min. Eros Grau. Dele divergiram os Min. Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa. O julgamento está suspenso desde 19.4.2007, ante o pedido de vista do Min. Ricardo Lewandowski.

Como se vê, o STF pode adotar o entendimento de que, no atual estágio do controle de constitucionalidade, não remanesceria mais para o Senado Federal a função de revogar os efeitos da norma declarada inconstitucional pelo Tribunal, pois tais efeitos seriam consequência da própria decisão emanada pelo Tribunal.

¹²¹ É certo que a jurisprudência do STF assentou o cabimento da Reclamação como instrumento de preservação da autoridade de suas decisões, também em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Nessa espécie de controle, a afronta à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal procede da eficácia *erga omnes* e do efeito vinculante das decisões, sendo que terá legitimidade para ajuizá-la “todos aqueles que comprovarem prejuízo resultante de decisões contrárias às teses do STF” (STF, AgRg na Rcl 1.880).

A prevalecer o voto do Min. Gilmar Mendes, o STF concluirá que, independentemente da via em que a jurisdição constitucional é exercida, as suas decisões devem ser dotadas de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, devendo ser acatadas imediatamente pela jurisdição ordinária.

Isso significa, fácil ver, uma nova conformação do controle difuso de constitucionalidade e uma restrição à competência ordinária dos juízes na interpretação constitucional, quando já houver havido apreciação da questão constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, independentemente do veículo em que isso se deu.

6.5.c O julgamento do Recurso Extraordinário 405.579: apenas o Supremo Tribunal Federal pode, no exercício da jurisdição constitucional, modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade

No julgamento do RE 405.579, o Plenário do Supremo Tribunal Federal enfrentou a discussão sobre as possibilidades da tutela jurisdicional reparadora da violação legal ao princípio da isonomia. A questão que se pôs foi: concluindo pela violação ao princípio da isonomia, o Judiciário (i) deve estender o benefício legal ao cidadão não contemplado pela lei, ou (ii) deve considerar inconstitucional a lei e declarar sua nulidade (retirando o benefício de quem havia sido legalmente contemplado), ou (iii) não pode fazer nada, ante o princípio da separação de Poderes, que veda interferir, nessa dimensão, no Poder Legislativo?

A jurisprudência clássica do Supremo Tribunal Federal entendia que o princípio da isonomia não podia ser utilizado para estender benefício legal, como se depreende da leitura da Súmula n.º 339 do STF, segundo a qual “não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia”.

Na prática, esse entendimento obstaculizava o controle difuso de constitucionalidade feito com base no princípio constitucional da isonomia (o cidadão não podia pedir a extensão do benefício legal nem tinha legitimidade e interesse jurídico para postular a sua declaração de nulidade, porque afetaria a esfera jurídica de terceiros).

Foi nesse sentido que caminharam os votos dos Ministros Joaquim Barbosa (Relator), Eros Grau e Cezar Peluso.

O Ministro Gilmar Mendes, seguindo a divergência aberta pelos Ministros Ayres Britto e Marco Aurélio, propôs que o princípio da isonomia possa ser utilizado como parâmetro de controle de constitucionalidade de lei em benefício daquele que foi prejudicado pela discriminação legal. Passo seguinte, o seu voto faz a distinção entre a técnica de interpretação *conforme a Constituição* e a *declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto*, momento em que insinua que a jurisdição ordinária não tem a seu dispor todo o acervo técnico-interpretativo de que dispõe a jurisdição extraordinária¹²².

As técnicas de controle de constitucionalidade que não se reduzem à mera declaração de nulidade do ato inconstitucional – esclareceu o Min. Gilmar – servem ao propósito prático de permitir que o Tribunal Constitucional tome uma decisão viável, mesmo que essa decisão modifique os sentidos originais do texto (decisões essas denominadas como sentenças modificativas, manipulativas e aditivas, todas elas incompatíveis com a visão do Tribunal Constitucional como mero legislador negativo).

Em outras palavras, “o recurso às decisões interpretativas com efeitos modificativos ou corretivos da norma constitui a única solução viável para que a Corte Constitucional enfrente a inconstitucionalidade existente no caso concreto, sem ter que recorrer a subterfúgios indesejáveis e soluções simplistas como a declaração de inconstitucionalidade total ou, no caso de esta trazer consequências drásticas para a segurança jurídica e o interesse social, a opção pelo mero não-conhecimento da ação.” (voto Min. Gilmar Mendes, p. 18)

¹²² Extrai-se, do voto, a seguinte fundamentação: “Particularmente, entendo que a equiparação pura e simples da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto à interpretação conforme a Constituição encontra dificuldades significativas. A primeira delas diz respeito à conversão de uma modalidade de interpretação sistemática, utilizada por todos os tribunais e juízes, em técnica de declaração de inconstitucionalidade. Isso já exigiria especial qualificação da interpretação conforme a Constituição, para afirmar que somente teria a característica de uma declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto aquela interpretação conforme à Constituição desenvolvida pela Corte Constitucional, ou, em nosso caso, pelo Supremo Tribunal Federal. Até porque, do contrário, também as questões que envolvessem interpretação conforme a Constituição teriam de ser submetidas ao Pleno dos Tribunais ou ao seu órgão especial (CF, art. 97). Portanto, se essa equiparação parece possível no controle abstrato de normas, já não se afigura isenta de dificuldades a sua extensão ao chamado controle incidental ou concreto, uma vez que, nesse caso, ter-se-ia de conferir, também no âmbito dos tribunais ordinários, tratamento especial à interpretação conforme a Constituição. (...) Por outro lado, a afirmação de que a interpretação conforme a Constituição e a declaração de inconstitucionalidade são uma e mesma categoria, se parcialmente correta no plano das Cortes Constitucionais e do Supremo Tribunal Federal, é de todo inadequada na esfera da jurisdição ordinária, cujas decisões não são dotadas de força vinculante geral (...). Ainda que se não possa negar a semelhança dessas categorias e a proximidade do resultado prático de sua utilização, é certo que, enquanto na interpretação conforme a Constituição se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, constata-se, na declaração de nulidade sem redução de texto, a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas hipóteses de aplicação do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal.” (p. 14-16 do voto)

Conclui o Ministro Gilmar, nessa linha, que o atual contexto constitucional (à luz do art. 27 da Lei 9.868/99 e de precedentes do Tribunal) autoriza o Tribunal a perseguir soluções para problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão (como ocorrer nos casos de ofensa ao princípio da isonomia).

Acentuando que a decisão aditiva não afronta a separação de Poderes (porque não se retira do Poder Legislativo a possibilidade de superar a violação ao princípio da isonomia, regulando novamente a questão – p. 33), o Ministro Gilmar entendeu que o Tribunal Regional Federal decidiu corretamente ao estender o benefício legal à categoria discriminada:

Dessa forma, ao conceder a segurança, o Tribunal *a quo* não violou a Carta Magna, mas a aplicou corretamente, pois enquanto perdurar o benefício fiscal às montadoras e fabricantes, a cobrança da alíquota integral de imposto de importação sobre a Recorrida é inconstitucional.

Nesse contexto, a extensão do benefício fiscal à Recorrida - por meio de decisão de manipulativa de efeitos aditivos – revela-se como solução mais adequada ao ordenamento constitucional. (p. 33)

A conclusão do voto põe em evidência uma situação de conflito entre a jurisdição constitucional de primeiro nível (exercida pelo STF) e a de segundo nível (dos outros Tribunais): o Min. Gilmar Mendes enfatizou que determinadas técnicas de controle de constitucionalidade são próprias da jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal, mas concluiu que a interpretação do Tribunal Regional Federal estava correta, apesar de não ter competência para proferir o tipo de decisão que proferiu.

É certo que os juízes e Tribunais em geral têm competência para fazer declaração de inconstitucionalidade, geralmente de forma incidental. Mas a declaração de inconstitucionalidade não exaure todas as possibilidades do controle de constitucionalidade. Isso fica bem evidente no caso em exame.

O voto do Min. Gilmar Mendes sugere que os juízes e Tribunais adotaram, em tese, a conclusão correta para o caso, mas há dificuldades concretas em daí se concluir ser legítima a decisão a que chegaram, que usa parâmetros próprios do controle concentrado de constitucionalidade exercido geralmente pelo Supremo Tribunal Federal. De todo modo, o Min. Gilmar Mendes acaba por propor a rejeição do recurso da União mais em função de a decisão do Tribunal Regional Federal ser substituída pela do

Supremo Tribunal Federal do que pela legitimidade do Tribunal Regional Federal para decidir como decidiu.

Esse entendimento foi seguido, ainda, pelo Min. Ricardo Lewandowski. A maioria, no entanto, firmou-se no sentido de negar a possibilidade de conceder o benefício fiscal com fundamento na isonomia, como noticia o Informativo n.º 611 do Supremo Tribunal Federal:

Em conclusão, o Plenário, por maioria, deu provimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão do TRF da 4ª Região que, com base no princípio da isonomia, estendera a empresa que trabalha com mercado de reposição de pneumáticos os efeitos do inciso X do § 1º do art. 5º da Lei 10.182/2001 [...]. Entendeu-se que o incentivo fiscal conferido pela citada lei não alcançaria a importação de pneumáticos para reposição, seja para montadoras, seja para fabricantes de veículos, mas, apenas, aquela destinada aos processos produtivos. O Min. Joaquim Barbosa, relator, considerou que a manutenção do acórdão impugnado, isto é, da decisão que concedera o benefício fiscal à recorrida, estaria em confronto com a jurisprudência do Supremo segundo a qual não seria possível acrescentar exemplos à lei, com base no princípio da isonomia, e que, portanto, referido aresto incorreria em ofensa ao princípio da separação de Poderes. Os Ministros Cezar Peluso, Dias Toffoli e Cármen Lúcia deram provimento ao recurso, mas pelo fundamento de que o acórdão recorrido teria violado o art. 150, II, da CF, ao aplicar a regra da isonomia a uma situação factual que não comportaria incidência. Vencidos os Ministros Marco Aurélio, Ayres Britto, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski que negavam provimento ao recurso. RE 405579/PR, rel. Min. Joaquim Barbosa, 1º.12.2010.

Não obstante o resultado do julgamento, parece correto concluir que o ponto fundamental da *ratio* do voto do Min. Gilmar prevaleceu: foi enfatizado que o Judiciário em geral “não tem função legislativa”, não lhe cabendo “aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia”.

Parece defluir desse julgamento, assim, a constatação de que não se pode ver com naturalidade a emissão de sentenças aditivas por juízes e Tribunais (para estender, por exemplo, o benefício legal a uma categoria excluída, por ofensa ao princípio da isonomia), estranhamento esse que não se põe com a mesma intensidade para a jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal.

Essa conclusão converge para visão de Ricardo Guastini, que observa: “não se pode desconhecer que certos procedimentos interpretativos, ainda que sejam exclusivos

da interpretação constitucional, são típicos da prática interpretativa dos tribunais constitucionais” (GUAJASTINI, 2010, p. 73, tradução livre)¹²³

6.5.d Tutelas de urgência em face das omissões legislativas violadoras de direitos fundamentais

Causa perplexidade verificar a distância entre as autorrestrições instituídas pelo Supremo Tribunal Federal, de um lado, e pelos Tribunais e Juízes, de outro, no que se refere à concessão de tutelas de urgência em casos em que se deparam com a ausência de legislação suficiente a resguardar a tutela dos direitos fundamentais.

É antiga a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de ser “incabível, em sede de mandado de injunção, a outorga da providência de natureza cautelar (MI 283-DF, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - MI 542-SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO - MI 621-MS, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA - MI 636-PR, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA - MI 647-DF, Rel. Min. ILMAR GALVÃO - MI 650-SP, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA - MI 652-RJ, Rel. Min. ELLEN GRACIE)” (STF, MI 659).

Parte esse entendimento da premissa de que, em vista de sua peculiar natureza mandamental¹²⁴, a prestação jurisdicional do mandado de injunção estaria circunscrita à ciência do Poder omissor da declaração de inconstitucionalidade por sua mora na regulamentação do direito, que, a partir da advertência dada, deveria agir de imediato (conforme STF, MI-QO n.º 107). Desse modo, o pedido de liminar tendente a possibilitar a fruição do direito não poderia ser comportado no âmbito do *writ*, logo não seria viável tutela definitiva da espécie (STF, MI-MC-AgR 195, MI 283).

É certo que o Supremo Tribunal Federal poderá rever esse entendimento para admitir a concessão de tutelas de urgência em mandado de injunção, considerando que a jurisprudência do Tribunal hoje admite que, em determinados casos, haja provimento judicial supletivo da lacuna normativa (STF, MI 232, MI 283, MI 284, MI 670, MI 708,

¹²³ No texto original: “no se puede desconocer que ciertos procedimientos interpretativos, aunque no sean exclusivos de la interpretación constitucional, son recurrentes en la – y típicas de la – práctica interpretativa de los tribunales constitucionales.”

¹²⁴ Essa construção jurisprudencial encontrou reforço no parágrafo único do art. 24 da Lei n.º 8.038, de 1990, no sentido de que, “no mandado de injunção e no *habeas data*, serão observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica”.

MI 712). Ainda pode servir de fundamento¹²⁵ para essa revisão jurisprudencial a possibilidade hoje prevista na Lei n.º 9.868, de 1999 (com a redação que lhe conferiu a Lei n.º 12.063, de 2009) de concessão de medida cautelar no bojo de ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

De todo modo, é o entendimento restritivo que ainda prevalece no Supremo Tribunal Federal. No final de 2011, por exemplo, o Min. Dias Toffoli indeferiu liminar nos autos do MI n.º 4.408, no qual a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) pretende que seja declarada a mora legislativa na regulamentação do artigo 7º, XIX, da Constituição Federal, que diz respeito à licença paternidade.

De fato, em sede de medida de urgência, a CNTS requereu medida liminar da Corte no sentido de declarar, desde logo, a equivalência dos direitos entre pai e mãe no âmbito do RPGS (Regime Geral de Previdência Social) e dos RPPS (Regimes Próprios de Previdência Social), bem como a extensão aos pais adotivos dos mesmos direitos previstos na legislação para as mães adotivas. A medida de urgência foi indeferida pelo Relator, que assim consignou: “a orientação deste Tribunal é firme no sentido de que não cabe o deferimento de liminar em mandado de injunção”.

Contrastam frontalmente com esse entendimento decisões liminares proferidas por juízes de primeira instância, que concedem tutelas de urgência satisfativas em questões relativas à saúde (entrega de medicamentos, realização de tratamentos cirúrgicos), educação (matrícula de alunos, adaptação de prédios escolares) e outros direitos fundamentais.

É ilustrativa dessa linha de atuação judicial decisão liminar proferida no sentido de conceder licença paternidade de seis meses a pai que ficou viúvo logo após o

¹²⁵ Dispõe a Lei n.º 9.868, de 1999, a respeito da medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade por omissão: “Art. 12-F. Em caso de excepcional urgência e relevância da matéria, o Tribunal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, observado o disposto no art. 22, poderá conceder medida cautelar, após a audiência dos órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão inconstitucional, que deverão pronunciar-se no prazo de 5 (cinco) dias. § 1º. A medida cautelar poderá consistir na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial, bem como na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, ou ainda em outra providência a ser fixada pelo Tribunal. § 2º. O relator, julgando indispensável, ouvirá o Procurador-Geral da República, no prazo de 3 (três) dias. § 3º. No julgamento do pedido de medida cautelar, será facultada sustentação oral aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela omissão inconstitucional, na forma estabelecida no Regimento do Tribunal. Art. 12-G. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar, em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça da União, a parte dispositiva da decisão no prazo de 10 (dez) dias, devendo solicitar as informações à autoridade ou ao órgão responsável pela omissão inconstitucional, observando-se, no que couber, o procedimento estabelecido na Seção I do Capítulo II desta Lei.”

nascimento do filho e que precisou, por essa circunstância, assumir os cuidados do nascituro (Justiça Federal do Distrito Federal, MS n.º 0006965-91.2012.4.01.3400).

Considerando a proteção constitucional à família e à infância (arts. 226 e 227 da Constituição), assim entendeu a Juíza Federal Titular da 6ª Vara Federal:

na ausência da genitora, tais cuidados [da criança] devem ser prestados pelo pai e isto deve ser assegurado pelo Estado, principalmente, nos casos como o presente, em que, além de todas as necessidades que um recém-nascido demanda, ainda há a dor decorrente da perda daquela. Nestas circunstâncias, os princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção à infância devem preponderar sobre o da legalidade estrita, que concede tão somente às mulheres o direito de gozo da licença maternidade.

Com base nesses fundamentos, a juíza deferiu “o pedido liminar para conferir ao impetrante o direito de gozar a licença paternidade nos moldes da licença maternidade prevista no art. 207 da Lei n.º 8.112/90 c.c. art. 2º, § 1º, do Decreto n.º 6.690/08”.

É de se supor que, se o servidor público houvesse optado pela impetração do mandado de injunção perante o Supremo Tribunal Federal, requerendo tutela de urgência, teria tido seu pedido negado, no sentido da decisão do Min. Dias Toffoli.

Essa assimetria ainda não foi objeto de adequado enfrentamento pelo Supremo Tribunal Federal. De todo modo, cabe identificar aqui mais uma contradição no bojo da tutela jurisdicional, que encontra, para situações similares, resultado diferente para a jurisdição prestada pelo Supremo Tribunal Federal e por aquela prestada pelos juízes e demais Tribunais.

6.6 Conclusão

Não se pode negar a existência de uma jurisdição constitucional no Brasil, que advém da rigidez de nossa Constituição (art. 60 da CF) e da existência de mecanismos de controle de constitucionalidade judicial (art. 97 da CF) [e também legislativo (art. 52, inciso X, da CF)], com destaque para a posição do Supremo Tribunal Federal (arts. 102, inciso I e III, §§ 1º, 2º e 3º, 103 e 103-A). Tudo isso a evidenciar, no contexto da Constituição de 1988, (i) a supremacia da

Constituição¹²⁶ e (ii) o papel do Judiciário, em geral, e do Supremo Tribunal Federal, em específico, na sua proteção.

Também é correto afirmar que a jurisdição constitucional hoje praticada no Brasil sofreu influxos dos sistemas norte-americano e europeu-kelseniano de controle de constitucionalidade (sendo por isso denominada pela doutrina como sistema misto de controle de constitucionalidade), com a preocupação de assegurar a aludida supremacia da Constituição e evitar que seja ela vista como um simples conjunto de normas constitucionais inconsequentes¹²⁷.

É equivocado pensar, no entanto, que a convivência entre os modelos, no Brasil, gerou ou deva gerar apenas uma jurisdição constitucional uniforme. Há de ser rejeitada a ideia de que, no exercício da jurisdição constitucional, o Poder Judiciário (genericamente considerado) e o Supremo Tribunal Federal encontram-se no mesmo degrau.

Como se viu ao longo do capítulo:

- i. o juiz ordinário apenas pode deixar de apreciar uma lei que incidiria no caso concreto na hipótese de declará-la inconstitucional (ou seja, chamando para si o exercício da jurisdição constitucional);
- ii. o juiz, no exercício dessa jurisdição constitucional, não pode, contudo, modular efeitos na declaração de inconstitucionalidade ou valer-se de técnicas de controle como a da interpretação conforme a Constituição;
- iii. essa declaração de inconstitucionalidade não pode produzir coisa julgada material¹²⁸.

Enfim, não só a distinção entre jurisdição ordinária e jurisdição constitucional, mas também a distinção entre as espécies de jurisdição constitucional são indispensáveis para compreender a função do Supremo Tribunal Federal e do Poder Judiciário na tarefa de assegurar a supremacia da Constituição.

¹²⁶ Como esclarece Canotilho, do princípio da supremacia da Constituição (a denotar a posição privilegiada ocupada pela Constituição no ordenamento jurídico) e da constitucionalidade, deduzem-se outros elementos constitutivos do Estado de Direito: i) a vinculação do legislador à Constituição; ii) a conformidade dos atos do Estado com a Constituição; iii) a reserva da Constituição para regular determinadas matérias (a limitar a liberdade de conformação do legislador); e iv) a força normativa da constituição (em relação aos “superiores interesses da nação”, “aos fundamentos políticos”, ao “realismo financeiro” etc. (CANOTILHO, 2002, p. 246-249)

¹²⁷ A expressão “norma constitucional inconsequente” é do Min. Celso de Mello, contida no voto lavrado no julgamento do AgRg no RE 271.286/RS.

¹²⁸ A isso se acresce que o próprio pronunciamento judicial que tenha dado origem a título formado com base na chamada “coisa julgada inconstitucional” (firmada a partir da interpretação dada pelo STF) é inexigível (§ 1º do art. 475-L do Código de Processo Civil).

E essa distinção deve ser privilegiada, para evitar a insegurança e a instabilidade que se identifica hoje no Brasil, nessa conflituosa convivência entre os dois modelos e na excessiva politização do Poder Judiciário.

Isso porque

as instâncias inferiores têm sido levadas, por efeito demonstração, a imitar a desenvoltura com a qual o Tribunal de cúpula do Poder Judiciário, fascinado pelo Tribunal Constitucional europeu, movimentou-se por sobre a legislação e, mesmo, contra ela, concretizando diretamente – cada juízo a seu modo – os valores supremos do ordenamento. Está armado o palco para o ‘uso ideológico’ dos instrumentos jurídicos, às custas da legalidade, da razoabilidade e da segurança jurídica, na falta de uma instância que garanta a objetividade mínima dos valores superiores do ordenamento (SOUZA JUNIOR, 2002, p. 140).

Apostar no amplo exercício da jurisdição constitucional pelos juízes e Tribunais, desse modo, traz o risco de destruir, “por sobredose política, a juridicidade do poder judiciário e, junto com ela, a própria supremacia do Direito” (SOUZA JUNIOR, 2002, p. 110). Com efeito, a “função jurisdicional alargada não se coaduna com o poder judiciário, máxime na via do controle difuso, pois importaria uma politização tão dramática da vida jurídica que inviabilizaria a estabilidade das instituições democráticas”¹²⁹.

A mesma preocupação apresenta Mauro Cappelletti, atento à experiência estrangeira a respeito do assunto:

Acrescente-se que a experiência italiana, e de outros países, demonstrou que os Juízes ordinários não são, usualmente, os mais adaptados a resolver complexos problemas sociais, econômicos ou políticos, isto é, para absorver aquilo que Lon Fuller chamou “tarefas policêntricas”. Às Cortes ordinárias faltam, normalmente, aqueles recursos de que dispõem os Parlamentos, Comissões Legislativas e Governamentais, para realizarem as pesquisas necessárias para uma ponderada decisão desses complexos problemas. (CAPPELLETTI, 2008, p. 18)

É nessa perspectiva que se sustenta que deve ser mitigado o exercício da jurisdição constitucional pelo Poder Judiciário, para ser subsidiário à jurisdição

¹²⁹ Mesmo um profundo crítico da jurisdição constitucional, como Waldron, que não concebe o Judiciário como o melhor foro para se discutir questões políticas, vê com menos resistência a jurisdição constitucional praticada pelos Tribunais Constitucionais do que pelos juízes ordinários: “*O judicial review* pode ser realizado por tribunais ordinários [...] ou por um tribunal constitucional especializado. Isso pode ser relevante para um argumento que apresentarei mais tarde: a habilidade dos juízes na hierarquia regular dos tribunais para raciocinar sobre direitos é exagerada quando muito da disciplina ordinária de julgar distrai sua atenção do exame direto de argumentos morais. Talvez um tribunal constitucional especializado possa ter um desempenho melhor, embora a experiência indique que possa também ficar preocupado com o desenvolvimento de suas próprias doutrinas e precedentes, de uma maneira que impõe um filtro que distorce o raciocínio baseado em direitos que considera.” (WALDRON, 2010, p. 105).

constitucional prestada pelo Supremo Tribunal Federal, que deve ser compreendido, como se verá, como Tribunal Constitucional.

7 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

7.1 Introdução

Fixando, de certo modo, o cerne do debate constitucional norte-americano que se desenvolveu e se desenvolve a partir de 1962, Alexander Bickel observou com acuidade a natureza contramajoritária da jurisdição constitucional, em vista de sua capacidade de sancionar decisões políticas tomadas por instituições democraticamente eleitas, tendo a última palavra a esse respeito (e, para Bickel, esse segundo aspecto é tão ou mais relevante do que a constatação de que há um déficit democrático na formação dos Tribunais) (BICKEL, 1986, p. 16-23), bem como percebeu a tendência de a jurisdição constitucional enfraquecer os processos democráticos (BICKEL, 1962, p. 18-21)¹³⁰, concluindo que o desafio da jurisdição constitucional é encontrar uma forte justificativa para legitimar a sua atuação sobre a vontade democrático-majoritária.

O ponto de partida dessa busca situa-se na percepção de que a jurisdição constitucional poderia contribuir para a preservação dos valores mais caros de uma sociedade democrática moderna.

Isso porque, assumindo que a ação política tem duas dimensões – uma imediata, necessariamente intencional e voltada a produzir efeitos práticos, e uma mais geral e permanente, talvez não intencional, que se associa a valores –, pode ocorrer que pressões por resultados imediatos conduzam os políticos a agirem em detrimento de uma visão de longo prazo e calcada em princípios (BICKEL, 1986, p. 24-25).

Apesar de nada obstar que esses princípios fundamentais sejam protegidos pelos legisladores, essa função, em diversos sistemas jurídicos, passou a ser exercida por instituições específicas, mais isoladas do jogo político cotidiano e sujeitas a uma carga menor de pressão popular, tais como o Presidente (Chefe de Estado) ou o Senado, destacando-se, nessa trajetória, o advento da jurisdição constitucional (BICKEL, 1986, p. 24-27), que ora é exercida por Tribunais e juízes, ora é exercida por instituições mais especializadas, que adotam procedimentos judicialiformes e as quais denominamos Tribunais Constitucionais.

¹³⁰ Nas palavras de Alexander Bickel, “o *judicial review* manifesta, por óbvio, uma forma de desconfiança com a legislatura” (1986, p. 21, tradução livre).

Essa especialização do controle de constitucionalidade num Tribunal Constitucional teria o mérito de resguardar a jurisdição ordinária, evitando os riscos de sua politização desmesurada, bem como a capacidade de “velar pelas autonomias legítimas e arbitrar os conflitos, na interação entre os objetivos próprios de Estado, de Governo e de Administração” (SOUZA JUNIOR, 2002, p. 111).

Percebida essa função da jurisdição constitucional, em geral, e do Tribunal Constitucional, em específico, torna-se mais fácil compreender suas características, em relação aos demais Poderes (notadamente o Legislativo e o Judiciário)¹³¹.

Enquanto o Parlamento e o Governo respaldam sua atuação nas divisões partidárias e ideológicas (na área política do dissenso, buscando forjar maiorias), e o Judiciário e a Administração Pública estão classicamente vinculados ao cumprimento da lei em nível concreto (execução), a jurisdição constitucional (sobretudo quando concentrada no Tribunal Constitucional), no exercício do poder político de última instância, se incumbiria de:

- (a) renovar, continuamente, o consenso político que sustenta a ordem democrática instituída na Constituição; (b) atualizar, incessantemente, o poder constituinte originário, tanto na concreção dos valores supremos do ordenamento, quanto na necessária evolução diante das novas exigências da história e da consciência da civilização; (c) arbitrar, quando evolvida questão constitucional, conflitos entre poderes, tanto na distribuição funcional, quanto na distribuição territorial, e (d) proteger os direitos fundamentais da pessoa, frente ao poder público e à sociedade em geral. (SOUZA JUNIOR, 2002, p. 119-121)¹³².

¹³¹ Do ponto de vista formal, o Tribunal Constitucional adota ritos e procedimentos judicialiformes, tendo em vista que (i) atua por provocação, (ii) submete-se ao devido processo legal e ao contraditório, (iii) manifesta-se por meio de decisões e acórdãos motivados e (iv) forma seu convencimento por meio de argumentos jurídicos. Do ponto de vista material, o Tribunal Constitucional cria direito, de forma semelhante ao legislador, ao conformar o ordenamento jurídico a partir da Constituição, proferindo decisões com eficácia *erga omnes* (SOUZA JUNIOR, 2002, p. 122). Mas aqui acabam as semelhanças entre o Tribunal Constitucional e o Judiciário e o Legislativo.

¹³² A vantagem institucional da jurisdição constitucional, sobretudo quando concentrada num órgão específico (o Tribunal Constitucional), em relação aos demais Poderes, foi assim sintetizada por Cesar Saldanha de Souza Júnior: “O que importa gizar é que a nova função do Tribunal Constitucional não pode ser atribuída a nenhum dos outros cinco poderes. Ao chefe de Estado, pelas razões já expostas e pelas aduzidas por Kelsen na polêmica com Schmitt [Para o autor, aqui se destaca a impossibilidade de o Chefe de Estado exercer a defesa da Constituição de forma neutra, pois também comprometido com o exercício do poder governamental, cf. p. 115]. Nem ao Governo, que viraria um superpoder partidário-ideológico, totalmente incompatível com a jurisdição. Nem também ao Parlamento, pois inviabilizaria o controle de constitucionalidade das leis. À Administração, essa atribuição seria impensável. Quanto à atribuição da função de Tribunal Constitucional ao Poder Judicial, Kelsen e Schmitt aqui concordavam: implicara uma politização ruínosa ao Estado de Direito e ao poder judiciário. Este estaria assumindo uma função de natureza formalmente legislativa, concorrendo e conflitando com o Parlamento e com o Governo. Conforme nossa tese, importaria em quebrar o sentido limitativo, essencial ao Estado de Direito, da estruturação da organização política em níveis. Um poder, o Judicial, participaria, ao mesmo tempo, do domínio fundamental (nível constitucional) e do domínio concreto (nível infraconstitucional).” (SOUZA JUNIOR, 2002, p. 125)

7.2 O Supremo Tribunal Federal como Tribunal Constitucional

Idealmente, a jurisdição constitucional ora é exercida de forma integrada com a jurisdição ordinária (modelo norte-americano), ora é exercida por órgão apartado do aparato judicial, que se pode denominar Tribunal Constitucional (modelo kelseniano-europeu) (LEAL, 2011, p. 507).

No modelo europeu kelseniano, o elemento distintivo manifesta-se pela existência de um Tribunal Constitucional, no qual há “a concentração da função de julgar leis inconstitucionais em tribunal externo ao Poder Judiciário, vedando – por via de consequência – o seu exercício às instâncias judiciais ordinárias”, sem prejuízo da possibilidade de a Corte assumir outras competências de natureza distinta (LEAL, 2011, p. 503).

Dentro desse tipo ideal, não se poderia assimilar o Supremo Tribunal Federal a um Tribunal Constitucional, dado que, em vista dos elementos de controle difuso de constitucionalidade presentes no modelo brasileiro, não é possível falar que “o controle de constitucionalidade das leis constitua competência exclusiva da Corte Constitucional”, descabendo aos órgãos judiciais ordinários “conhecer de contenciosos de natureza constitucional, ou ainda, declarar a inconstitucionalidade das leis” (LEAL, 2011, p. 502, 503).

Visto nessa perspectiva, em que se ressalta o aspecto de que todos os juízes são órgãos de justiça constitucional, poder-se-ia enquadrar o sistema misto de controle de constitucionalidade praticado pelo Brasil como mais aproximado ao modelo norte-americano.

Assim seria se: i) a bipolaridade entre os modelos norte-americano e kelseniano ainda tivesse a força explicativa que teve no passado; e ii) o aspecto de os juízes e Tribunais estarem também investidos da jurisdição constitucional pudesse ser visto de forma apartada dos contornos processuais e do (distinto) poder decisório dos diversos órgãos da jurisdição constitucional.

A respeito do primeiro ponto, Francisco Segado põe em evidência a convergência entre os modelos norte-americano e europeu, que se tem observado com intensidade a partir da segunda metade do século XX, a qual se faz sentir (i) pelo fim do monopólio da jurisdição constitucional por parte dos Tribunais Constitucionais europeus (a partir da década de 70), (ii) pela ênfase da natureza objetiva do exercício da jurisdição

constitucional também para a Suprema Corte norte-americana (o que ganhou grande impulso com a instituição e o fortalecimento do *writ of certiorari*¹³³), (iii) bem como pela aproximação dos efeitos das decisões proferidas por esses órgãos, sendo possível vislumbrar tanto decisões da Suprema Corte norte-americana com eficácia prospectiva (e, na prática, com efeito *erga omnes*), como decisões dos Tribunais Constitucionais europeus com eficácia *ex tunc* (2009a, 145-168).

Além disso, observando-se as especificidades do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, constata-se que, desde o advento da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal, seja por sua função, seja por suas características (quando exerce o controle de constitucionalidade), tem sido moldado para representar um Tribunal Constitucional.

Esse movimento já era proposto, cumpre assinalar, no período pré-constituente, como se identifica nas lições de Raul Machado Horta, o qual, advertindo sobre o impacto que a criação de um Tribunal Constitucional traria para a estrutura do Poder Judiciário, ressaltava que tal iniciativa passava pelo fortalecimento do controle concentrado de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal “para alcançar na sua plenitude a defesa da Constituição e dos direitos nela assegurados”, o que se faria por dois eixos distintos, consistentes na defesa (i) objetiva da Constituição, “quando a lesão configurar o conflito entre norma de categoria inferior e a norma constitucional federal”, e (ii) dos direitos fundamentais, “quando o ato da autoridade pública ferir diretamente o titular dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição” (HORTA, 1987, p. 187).

É certo que essa diretriz teve impacto na formulação da Constituição de 1988, com o fortalecimento do controle concentrado de constitucionalidade, o que se acentuou ainda mais após a aprovação de Emendas Constitucionais e leis sobre processos perante o Supremo Tribunal Federal e em vista da jurisprudência da Corte ao longo desse tempo (como já se viu).

¹³³ Instituída por lei que regulava o novo “Circuit Courts of Appeals”, em 1891, o *writ of certiorari* foi ampliado ainda em 1914, 1916 e 1925 (tendo a medida legislativa de 1925 se originado de proposta da própria Suprema Corte que, convertida, passou a ser conhecida como Certiorari Act of 1925 ou como Judge’s Bill), a fim de conferir ainda maior discricionariedade à Suprema Corte para rechaçar os recursos que lhe eram dirigidos e escolher aqueles que mereceriam julgamento e, de forma efetiva, pronunciar a última palavra em todos os assuntos constitucionais importantes. Em 1988, foi finalmente sancionada lei que suprimiu quase por completo a jurisdição obrigatória da Suprema Corte (SEGADO, 2009a, p. 169-178).

Em verdade, as diferenças processuais entre o controle difuso e o concentrado e as modificações implementadas no controle difuso (notadamente, a instituição da repercussão geral da questão constitucional veiculada no recurso extraordinário e da súmula vinculante; a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental; a tendência de esvaziamento da função do Senado Federal no controle de constitucionalidade e outros aspectos sublinhados no capítulo anterior) denotam que houve um fortalecimento institucional do Supremo Tribunal Federal para o exercício de sua tarefa de defensor da Constituição, a fim de ressaltar que a jurisdição constitucional por ele prestada é qualitativamente diferente da jurisdição constitucional praticada pelos demais juízes e Tribunais.

Em outras palavras, as características qualitativas da jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal autorizam concluir que o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade prevê um Tribunal Constitucional.

O fundamental para se conceber a existência de um Tribunal Constitucional é que seja ele considerado um órgão situado fora do aparelho constitucional ordinário e independente deste e dos outros Poderes (FAVOREU: 2004, p. 15). Em seu núcleo, está sua competência de realizar o controle de constitucionalidade das leis¹³⁴, sobrepondo-se a eventual competência concorrente de outros órgãos.

Dito de outro modo, mister que haja independência orgânica do Tribunal Constitucional em relação aos demais Poderes, não obstante possa haver procedimentos que vinculem funcionalmente a atuação do Tribunal à de outros Poderes^{135 136}.

¹³⁴ “Não há justiça constitucional, e portanto Corte Constitucional, sem que esta competência central que é o controle da constitucionalidade das leis, isto é, a submissão da vontade do Parlamento à vontade da norma jurídica, quer trate-se de uma regra formal ou de uma regra substancial.” (FAVOREU, 2004, p. 33)

¹³⁵ “Todavia, se organicamente ele tem uma total independência, funcionalmente podem existir relações: assim é com os procedimentos de remessa dos Tribunais ordinários à Corte Constitucional, e também dos procedimentos do tipo amparo espanhol ou do recurso constitucional alemão, que permitem encaminhar decisões jurisdicionais à Corte Constitucional por violação dos direitos fundamentais.” (FAVOREU, 2004, p. 33).

Tudo isso autoriza a concluir que, nessa tendência de hibridização dos modelos de jurisdição constitucional (com a conjunção de elementos do modelo norte-americano e do kelseniano), que também se percebe no Brasil, emerge, como uma de suas características fundamentais, a consolidação de um Tribunal Constitucional, como órgão especializado e com ascendência sobre os demais órgãos do Estado na função de controle de constitucionalidade (SEGADO, 2009a, p. 208).

7.3 A função do Tribunal Constitucional

Na política e no direito, a Constituição expressa ideia de continuidade, estabilidade, unidade e integridade de uma sociedade moderna, pluralista e democrática. Assim, nesse espaço, a Constituição cumpre o propósito de garantir a base mínima de convivência entre os indivíduos que a compõem e sobre a qual seja possível exercer um governo legítimo. Desse modo, “a Constituição, com seus vínculos e limites – ou melhor, graças a seus vínculos e seus limites –, desenvolvendo uma imprescindível função de integração, é instrumento de governabilidade e não obstáculo ou dificuldade para o governo” (ZAGREBELSKY, 2008, p. 31, tradução livre¹³⁷), evitando que a eleição e as votações, no processo democrático regular, convertam-se numa batalha política desesperada, em que se corra o risco da supressão ou da perseguição da minoria.

Essas normas de convivência incrustadas na Constituição podem ser consideradas, de forma analítica, sob duas perspectivas, tendo em vista que Constituições combinam arranjos institucionais e normas substantivas (TUSHNET, 2008, p. 10).

¹³⁶ Em vista dessa visão, podem ser identificados até mesmo na Suprema Corte norte-americana elementos relevantes de Tribunal Constitucional, nesse movimento de convergência de modelos. De fato, como assinala Francisco Segado, a Suprema Corte considera-se livre para distanciar-se de seus próprios precedentes em matéria constitucional, não obstante considere que suas próprias decisões vinculam os demais órgãos jurisdicionais, tanto federais como estaduais (naquelas matérias federais ou de interesse nacional). Para além disso, Francisco Segado anota que a análise da jurisprudência norte-americana confirma que a maioria dos juízes se sente vinculada até mesmo com os *obiter dicta* da Suprema Corte, a revelar a sua autoridade e prestígio (SEGADO, 2009a, p. 153-154). Nas palavras de Francisco Segado, “la existencia de un Tribunal Supremo único, cual, a diferencia de otros países como Alemania, acontece en los Estados Unidos, y la obligación de seguir los precedentes establecidos por los Tribunales jerárquicamente superiores, particularísimamente los del Tribunal Supremo, otorga al sistema norteamericano, en el punto que nos ocupa, una operatividad semejante a la de un control en vía principal, terminando, indirectamente, por desencadenar una verdadera eficacia *erga omnes*, análoga a la de la abrogación de la ley, bien diferente a la de una mera desaplicación de la ley en un caso singular con la posibilidad, empero, de que en otros supuestos de la ley sea nuevamente aplicada” (2009a, p. 154).

¹³⁷ No original: “la Constitución, con sus vínculos y sus límites – o, mejor, gracias a sus vínculos y sus límites –, desarrollando una imprescindible función de integración, es instrumento de gobernabilidad, no obstáculo o dificultad para el gobierno”.

Na primeira delas, a Constituição adquire o sentido de um arranjo de competências e funções dos órgãos constitucionais, numa engenharia constitucional de separação de Poderes, na busca de garantias internas para alcançar (i) o equilíbrio no exercício do poder político, (ii) a inviolabilidade da própria Constituição e (iii) a proteção dos direitos, das liberdades públicas e da autonomia privada dos cidadãos (HÜBNER MENDES, 2008, p. 129-135; TROPER, 1999, p. 332-334 e 345-346).

Na segunda, de índole substantiva, a Constituição adquire a função de fixar os pressupostos de convivência, ou seja, os princípios substanciais da vida comum e as regras de exercício do poder público que sejam aceitos por todos, que estejam acima da batalha política, que as autoridades estariam obrigadas a implementar e sobre os quais não se vota (TROPER, 1999, p. 337; ZAGREBELSKY, 2008, p. 29).

Tendo a Constituição essas funções, atreladas à proteção de valores fundamentais, justifica-se a sua sobreposição sobre o jogo democrático ordinário e a atuação sancionadora sobre a vontade majoritária (BICKEL, 1986, p. 239).

É certo que a legitimação desse controle voltado à guarda da Constituição exige compreender o modo pelo qual a Constituição imprime esses valores fundamentais (projetando-os para as gerações futuras) e exerce sua força vinculante sobre a sociedade (ELY, 2002, p. 1-9).

Isso para poder responder à seguinte indagação: de que modo a Constituição deve orientar o controle a ser exercido sobre a atividade política democrática?

Várias perspectivas de enfrentamento surgem para essa questão. Pode-se entender que se deve fazer uma leitura mais apegada do texto constitucional, da história de seus dispositivos e das intenções que o animaram, que expressam um momento singular de uma sociedade. É possível sustentar que a Constituição é mero instrumento que dispõe sobre o arranjo de forças que reciprocamente se chocam e se equilibram, fazendo uma repartição de competência entre órgãos. Há quem argumente que irradiam da Constituição valores fundamentais substantivos, tais como proteção da tradição, busca do consenso, promoção do progresso. Ainda nessa senda, há quem retire da Constituição valores fundamentais de representação política, afeitos à proteção das minorias (ELY, 2002, Caps. 2, 3 e 4; HÜBNER MENDES, 2008, p. 35-80, 129-133).

Cada uma dessas opções (que eventualmente podem ser conjugadas) conduz a uma distinta solução institucional, conferindo maior ou menor liberdade ao jogo democrático ordinário, que, em situações de normalidade, deve prevalecer.

Em todo caso, a importância de um Defensor da Constituição advém da necessidade de se manter coesa uma sociedade pluralista, ideológica, baseada numa democracia de massas que quer respeitar os direitos fundamentais (SOUZA JUNIOR, 2002, p. 114-115).

E é nesse projeto, de criar mecanismos efetivos de defesa da Constituição, que se insere a jurisdição constitucional e o Tribunal Constitucional, cuja função reside fundamentalmente no controle da legislação, para assegurar o bom funcionamento das instituições democráticas do Estado Moderno, podendo “corrigir, até anular, as escolhas políticas fundamentais feitas pelo legislador, representante da vontade geral” (FAVOREU, 2004, p. 34)¹³⁸, fazendo uma depuração das normas incompatíveis com a Constituição, ou buscando estimular a atuação política dos demais órgãos constitucionais, para se alcançar as finalidades constitucionalmente estabelecidas (SEGADO, 2009a, p. 186).

No exercício desse mister, o Tribunal Constitucional “está dentro da política [...], se por política se entenda a atividade dirigida à convivência”, mas é “apolítico, se por política se entenda a competição entre as partes pela assunção do poder e sua gestão” (ZAGREBELSKY, 2008, p. 40-41, tradução livre).

Para melhor compreender essa dimensão política da atuação do Tribunal Constitucional, vale, seguindo os passos de Zagrebelsky, identificar dois sentidos distintos que o termo política pode adquirir, relativos ao *pactum societatis* e ao *pactum subiectionis*.

O *pactum societatis*, fixado juridicamente na Constituição, corresponde à política como atividade voltada a viabilizar a união, de modo que, por meio dele, acordam-se as condições de convivência, com base no respeito mútuo por meio do qual se evita o

¹³⁸ Ainda nas palavras de Favoreu: “A proteção dos direitos fundamentais contra o legislador é evidentemente a primeira das funções [...]. O controle da constitucionalidade das leis exerce outras funções conexas: contribui para a pacificação da vida política, assegurando à oposição um meio de fazer com que a maioria respeite os limites constitucionais; garante a regulação e a autenticação das mudanças e das alternâncias políticas, evitando um grande retrocesso capaz de romper o equilíbrio constitucional, canalizando a onda das reformas da nova maioria; reforça a coesão da sociedade política, como nos Estados Unidos. Finalmente, há uma função de adaptação da Constituição e dos textos constitucionais, principalmente nos casos em que a rigidez da Constituição opõe-se a revisões muito frequentes” (FAVOREU, 2004, p. 36).

conflito extremo (i.e., a guerra civil). Sobre as bases desse primeiro acordo, prossegue o constitucionalista italiano, desenvolve-se outra espécie de política, compreendida como competição entre partes para ascender ao governo (que é o objeto disputado), bem como estipula-se um implícito *pactum subiectionis*, segundo o qual “nos comprometemos reciprocamente a obedecer, a sujeitarmo-nos, às decisões do governo legítimo, i. e., numa democracia, ao poder da maioria que atue segundo as regras e respeite os princípios contidos no *pactum societatis*” (ZAGREBELSKY, 2008, p. 29 e 39, tradução livre).

É certo, por isso, falar que a jurisdição constitucional, sobretudo quando exercida pelo Tribunal Constitucional, proclama diretrizes políticas, que não se qualificam como um projeto político de governo ou de uma maioria parlamentar (que partem de programas pré-definidos), mas se voltam apenas à manutenção desse padrão mínimo de convivência social (ZAGREBELSKY, 2008, p. 71-73)¹³⁹.

Em vista dessas características e conquanto esteja comprometido com a proteção da democracia e também dos direitos fundamentais, Zagrebelsky propõe conceber a jurisdição constitucional (concentrada, no particular, no Tribunal Constitucional) não como uma instituição democrática (ao lado do Governo e do Parlamento), mas como instituição republicana¹⁴⁰.

¹³⁹ Nessa medida, é fácil identificar, uma vez mais, a distinção entre a atividade parlamentar e a exercida pela jurisdição constitucional: enquanto o Parlamento legisla segundo as exigências políticas e sociais emergentes, o Tribunal Constitucional decide para resguardar a continuidade e a estabilidade do valor da Constituição (daí decorre, por exemplo, a importância de o Tribunal Constitucional ser coerente com suas decisões anteriores, o que não se espera do Parlamento) (ZAGREBELSKY, 2008, p. 73-75).

¹⁴⁰ Nas expressivas palavras de Zagrebelsky: “La democracia tiene sus instituciones: el pueblo, con sus organizaciones sociales, que se convierte en cuerpo electoral; los partidos, con sus presidentes, que se remiten al apoyo del pueblo y lo traducen en planes y propuestas; el Parlamento, que organiza al enfrentamiento y lo traduce en decisiones legislativas; el Gobierno, que las transforma en decisiones operativas y busca así el consenso para lo que hace; los medios de comunicación de masas, que dan expresión a las opiniones pero, sobre todo, controlan, canalizan y extraen del pueblo su estado de ánimo, dando así impulso incesante a la gran máquina de la democracia, con lo verdadero y falso que hay en ella. El deus ex machina se llama mayoría. Los tribunales, tal como los concebimos, están completamente fuera de este circuito y no deben entrar en él. Sin que ninguno se escandalice, podemos decir que las instituciones judiciales no forman parte de las instituciones de la democracia (...). Si por ‘república’ se entiende por el contrario el significado clásico de res publica como designación no de un modo o forma de gobierno, sino de la cosa objeto de gobierno, una cosa de todos, de todo el pueblo y así de nadie en particular; y si se entiende a su vez democracia como modo de gobierno de aquella cosa de todos, la expresión ‘república democrática’ asume un valor pleno y el adjetivo no resulta superfluo respecto al sustantivo (...). La democracia, en efecto, puede convertirse en el régimen de las facciones; una parte, aunque sea la mayoría, puede intentar funcionar como totalidad y así adueñarse de la cosa común, hacerla cosa propia (...). La justicia constitucional protege la república y por eso limita la democracia, porque sirve para preservar el carácter de especificación de la república. Su función es precisamente evitar que un, una parte, se adueñe de la ‘cosa de todos’, echando a la otra parte de la propiedad común.” (ZAGREBELSKY, 2008, p. 100-102)

Constituindo limites e garantias contra “as degenerações da democracia como puro regime da maioria, da maioria onipotente, da maioria onívora”, a “justiça constitucional não faz parte da democracia, mas serve a democracia” (ZAGREBELSKY, 2008, p. 102, tradução livre).

Não tendo a pretensão de sobrepor-se à democracia (mas apenas de servi-la), a legitimidade da jurisdição constitucional está atrelada a uma razão prudencial em assuntos politicamente mais sensíveis, devendo o Tribunal Constitucional mirar a Constituição como um arranjo de competências e assumir uma função de contrapoder (HÜBNER MENDES, 2008, p. 129)¹⁴¹.

É necessário reconhecer, todavia, que não é viável conceber o exercício das competências do Tribunal Constitucional numa perspectiva puramente decisionista, sem ter em mira fins substantivos, que orientem o sentido prudencial que deva ser perseguido pela Corte¹⁴², tais como promoção da igualdade e da liberdade, proteção das minorias e da higidez da representação política, entre outros¹⁴³.

No entanto, o que é fundamental, para que a jurisdição constitucional exerça de forma correta sua legítima função prudencial, não é tanto a eleição de determinados fins substantivos que sirvam de parâmetro decisório (que, é certo, deve ser jurídico), mas como o Tribunal Constitucional se põe no debate político.

7.4 A atitude do Tribunal Constitucional

Numa sociedade pluralista e democrática, o Tribunal Constitucional, conquanto deva ter capacidade de agir contra decisões políticas incompatíveis com os valores fundamentais, com base em argumentos jurídicos, não deve ter, em princípio, a palavra

¹⁴¹ Nas palavras de Conrado Hübner Mendes: “Decisões acerca dos assuntos mais sensíveis numa comunidade política como os direitos fundamentais, talvez mereçam cautelar procedimentais, um amadurecimento que só a dilação no tempo pode proporcionar. Nessa linha de raciocínio, a revisão judicial poderia contribuir na multiplicação dos testes por que passam tais questões. Criar-se-ia uma frutífera interlocução institucional entre juiz e legislador.” (2008, p. 132)

¹⁴² Conrado Hübner Mendes, que também rejeita uma perspectiva puramente decisionista, admite que uma visão substantiva da Constituição é relevante para orientar o exercício da jurisdição constitucional: “O controle de constitucionalidade seria um veto a mais na intrincada rede das faculdades de vetar e de estatuir que compõe a engenharia da separação de poderes. A fundamentação substantiva das decisões judiciais pode continuar a exercer algum papel, mas não é nela que se poderia fundar a legitimidade dessa prática” (HÜBNER MENDES, 2008, p. 132).

¹⁴³ Buscando dar mais autonomia ao jogo democrático ordinário, o escopo da jurisdição constitucional deve estar mais vinculado à proteção da participação e representação políticas, com vistas a se distanciar dos méritos substantivos das decisões políticas impugnadas (ELY, 2002, p. 181). Impõe-se reconhecer, no entanto, que, à luz do texto constitucional vigente, é difícil circunscrever os valores constitucionais a esses objetivos.

final sobre as decisões políticas, que em última instância devem ser tomadas democraticamente.

Com essa preocupação e sem abrir mão da existência de um Tribunal Constitucional, têm-se pensado em alternativas que devolvam à legislatura o protagonismo político.

Mark Tushnet propõe, nesse sentido, que o Tribunal Constitucional reconheça que, ao lado de si, as legislaturas são legítimas intérpretes da Constituição e, em virtude disso, é missão da jurisdição constitucional promover a interação legislativo-jurisdição constitucional no processo decisório de questões constitucionalmente sensíveis, privilegiando a legislatura como espaço decisório final sobre as questões políticas (2008, p. 22-25, 33-36).

Nesse mister, o Tribunal Constitucional deve lançar mão de remédios brandos de jurisdição constitucional¹⁴⁴.

Medidas brandas de jurisdição constitucional incitam a constante interação entre legislaturas e Tribunal Constitucional acerca da correta interpretação da Constituição (TUSHNET, 2008, p. 66), não havendo, *a priori*, a definição de quem dará a última palavra (apesar do reconhecimento da liberdade de conformação do ordenamento jurídico conferido à legislatura, dentro do quadro constitucional, que, no final das contas, deve prevalecer).

Esse modo de ser da jurisdição constitucional, que privilegia o diálogo institucional entre legislatura e Tribunal Constitucional com o objetivo de aprimorar o processo deliberativo democrático, tem como medida padrão o exercício do controle de constitucionalidade como processo de simples aceitação ou rejeição de uma dada legislação já promulgada, e como limite a sua declaração de nulidade (que, cumpre enfatizar, deve observar a postura de contenção que se espera do Tribunal Constitucional, dada a sua função prudencial, destacada no item anterior).

¹⁴⁴ Os remédios brandos de jurisdição constitucional contrapõem-se aos remédios fortes, caracterizados por decisões do Tribunal Constitucional que almejam fixar o conteúdo do direito, fazendo-o prevalecer sobre o sentido dado pelas decisões políticas ordinárias do Parlamento. Nesse modelo, as decisões da Corte poderiam ser superadas apenas por decisões posteriores da própria Corte ou, no limite, por emenda constitucional (2008, p. 22-25, 33-36). Significa dizer que as decisões do Tribunal Constitucional não são superáveis pelas decisões advindas do processo decisório das legislaturas.

Nesse modelo, em que o Tribunal Constitucional funcionará, no limite, como legislador negativo, é mais facilmente perceptível a possibilidade de que atue como mediador, oferecendo às legislaturas o protagonismo no processo político.

Nesse espaço, soa como boa prática a recomendação de Zagrebelsky:

Resta, todavia, uma diferença entre a decisão confiada ao legislador e a que toca aos Tribunais constitucionais, o primeiro no desenvolvimento da constituição, os segundos na sua aplicação às controvérsias constitucionais. A relação entre os princípios constitucionais, na ausência de hierarquia e de qualquer outro critério de ordem entre eles, não é predeterminado de modo tal que a lei possa conceber-se como simples execução da constituição. A liberdade da política colidiria com uma visão tão rígida e limitadora da legislação. Ao contrário, a constituição pluralista, não prefigurando uma ordem determinada, oferece ao legislador possibilidades sempre abertas de intervenção, para deslocar os acentos e os pesos, entre os princípios que estão em jogo. Esse é, precisamente, o campo reservado à política e à competição entre as forças que se enfrentam pelo governo da sociedade [...]. Os Tribunais constitucionais que controlam a legislação têm uma outra tarefa: verificar a plausibilidade dos equilíbrios sancionados pelas leis, destruí-los, eventualmente, mas sem se substituir ao legislador (...). Em todo caso, não compete a eles substituir com novos compromissos aqueles previstos pelo legislador. A pluralidade dos princípios constitucionais, contra o que parece, deve representar para os juízes constitucionais um entrave ao seu intervencionismo. Compete-lhes, em linha de máxima, destruir, não reconstruir, sendo a reconstrução a tarefa que deve ser deixada ao trabalho do legislador (ZAGREBELSKY, 2011, p. 15-16)

Seria essa forma de conceber a jurisdição constitucional compatível com todos os problemas constitucionais postos na atualidade?

Vários problemas constitucionais modernos, numa primeira aproximação, parecem desafiar a possibilidade de uma jurisdição constitucional branda, que se preocupe mais em fomentar o debate político nas legislaturas do que fixar, desde logo, o sentido de determinada garantia constitucional.

Podem-se citar, à guisa de ilustração:

- i) pretensão de homossexuais de ver reconhecida a sua união estável (ou mesmo a possibilidade de formar um vínculo marital), ante a ausência de legislação;
- ii) a possibilidade de as mulheres realizarem abortos;
- iii) o amplo reconhecimento do direito do cidadão de obter medicamentos e tratamentos terapêuticos;
- iv) a possibilidade de um associado insurgir-se contra a sua exclusão de uma associação por discriminação de gênero, raça ou idade;
- v) a possibilidade de invocar-se o direito de moradia como fundamento para legitimar invasão de área pública (ou mesmo privada) desocupada e sem destinação específica.

Se essas questões emergem como problemas constitucionais, isso surge porque há um entendimento de que não há legislação para atender à pretensão, seja pela sua inexistência, seja porque outorga proteção insuficiente (vale a pena destacar que os exemplos trazidos à consideração consagram direitos de várias gerações).

Trata-se do problema da implementação de direitos sociais ou do fortalecimento dos direitos de proteção previstos na Constituição, para além ou independentemente da legislação.

Para essa espécie de problema constitucional, parte-se da premissa de que a Constituição exige, em algumas circunstâncias, que o legislador aja em determinado sentido, modificando as regras que subsistem como pano de fundo de determinada questão.

Nos exemplos trazidos à consideração, tem-se que, do ponto de vista constitucional, a pretensão é de defender que, considerando determinado regime jurídico infraconstitucional:

- vi) há uma insuficiência da legislação civil que não reconhece o direito dos homossexuais de ver admitida a sua união estável (ou mesmo a possibilidade de formar um vínculo marital);
- vii) há uma falha na legislação protetiva das mulheres que não lhes reconhece a possibilidade de dispor sobre seu corpo como desejem (ou em certas situações excepcionais);
- viii) é incompleta a legislação que dispõe sobre o Sistema Único de Saúde, que nega o acesso do cidadão a determinados medicamentos ou a certos tratamentos terapêuticos;
- ix) é necessário impor na legislação civil a vedação de as associações fazerem, em qualquer circunstância, diferenciação de gênero, raça ou idade;
- x) impõe-se criar a obrigação de a propriedade ser utilizada em sua plenitude, sob pena de ser expropriada.

A ideia, portanto, é que um vetor constitucional que leva ao reconhecimento de que determinado regime legal de propriedade, contrato, administrativo, de responsabilidade contém uma lacuna normativa (TUSHNET, 2008, p. 200-219).

Muitas são as formas retóricas de dar tratamento judicial a esse tema¹⁴⁵, mas, no final das contas, de um ponto de vista das instituições, a questão que emerge é sobre a alocação do poder regulatório no Estado moderno entre Legislaturas e Tribunais, com a outorga de poder aos Tribunais para modificar o quadro legislativo vigente, permitindo-lhes impor obrigações com base em normas constitucionais, quando as legislaturas

¹⁴⁵ Na prática constitucional dos Estados Unidos, por exemplo, prevalece a *state action doctrine*, a despeito dos reconhecidos limites argumentativos dessa doutrina. Para uma visão crítica, vide TUSHNET, 2008, cap. 7. Na prática constitucional alemã, o assunto é veiculado sob a doutrina da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

estivessem em falta na atualização do direito vigente (TUSHNET, 2008, p. 181, 208-209).

De forma semelhante, aborda a questão Walter Claudius Rothenburg, compreendendo o problema da inconstitucionalidade como “uma polêmica concorrência de legitimidade entre, fundamentalmente, o legislador (tradicional encarregado de emprestar integração aos ditames constitucionais carentes de auto-executoriedade) e o órgão judiciário incumbido de realizar a fiscalização de constitucionalidade” com o objetivo de “dar cumprimento satisfatório aos fins estabelecidos para o Estado (e a sociedade)” (ROTHENBURG, 2005, p. 91).

A percepção de que o sistema de proteção individual ou social está incompleto pode levar (i) à conclusão de que se trata de situação constitucionalmente regular (embora socialmente insatisfatória) em face da preservação do domínio privado, da autonomia da vontade ou do espaço de deliberação público, (ii) ou ao entendimento de que o nível vigente de distribuição de bens é inconsistente com os compromissos constitucionais de oferecer provisões sociais.

Nesse segundo viés, o entendimento que deriva do descompasso entre os compromissos constitucionais e a legislação é o de que pode haver uma falha da legislatura que viole a Constituição (TUSHNET, 2008, p. 213-218). E a questão é saber o que cabe ao Tribunal Constitucional fazer quando se chega a tal conclusão: de que o regime legal existente é violador da Constituição.

Uma forma forte de conceber a jurisdição constitucional lida com a dificuldade de justificar a capacidade de as Cortes determinarem o nível de proteção social que é constitucionalmente requerido (seja por força das dificuldades inerentes à definição do conteúdo de direitos constitucionais controvertidos, seja em função das consequências [econômicas, morais e políticas] que podem derivar dessa decisão). No âmbito da jurisdição constitucional branda, há várias alternativas para imprimir eficácia aos dispositivos constitucionais por meio desse diálogo institucional entre a legislatura e o Tribunal.

Uma delas consiste na atribuição, pelo Tribunal, de força meramente declaratória aos direitos constitucionais considerados violados (TUSHNET, 2008, p. 238-240), o que representa, na prática, apelo ao legislador a fim de que adote as medidas legislativas necessárias para superar essa situação de afronta à Constituição.

A indagação natural que surge é se tal decisão poderia ser assumida como séria pelo legislador ou, quando menos, suficiente para fazê-lo atuar.

Pode esperar-se, numa sociedade democrática madura, que uma decisão da Suprema Corte reconhecendo determinado direito tenha impacto na mobilização dos agentes políticos e na construção de uma agenda propositiva.

Talvez a ilustração mais representativa, no Brasil, dessa expectativa de estimular a produção normativa pelo Congresso Nacional, esteja em decisões do Supremo Tribunal Federal que se limitaram a pronunciar a declaração de inconstitucionalidade, sem reconhecimento de eficácia direta, no âmbito da tutela das omissões inconstitucionais (QUINTAS, 2010, p. 35-37).

De fato, o Supremo Tribunal Federal, na primeira fase da jurisprudência formada após a Constituição de 1988 acerca das omissões inconstitucionais, em sede de mandado de injunção, entendia que, reconhecida a afronta à Constituição decorrente da falta de regulamentação legislativa de determinado direito constitucionalmente assegurado, competia-lhe apenas dar ciência ao órgão competente para que a suprisse (STF, MI-QO 107, 1989; STF, MI 168, 1990).

Em 1994, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal assentava que, passados quase 6 anos da promulgação da Constituição, o Congresso Nacional estava em mora na regulamentação do direito de greve do servidor público, assegurado no art. 37, inciso VII, da Constituição, incitando o Legislativo a suprir essa lacuna (STF, MI 20, 1994).

Não é preciso dizer que decisões dessa espécie eram solenemente ignoradas pelo Congresso Nacional.

Mais recentemente, em junho de 2011, no entanto, quando o Supremo Tribunal Federal reconheceu (uma vez mais) a falta de regulamentação adequada da proteção assegurada contra a despedida arbitrária (art. 7º, inciso I) e sinalizou que poderia

regulamentá-lo¹⁴⁶, o Congresso Nacional apressou-se a editar a Lei n. 12.506, de 11 de outubro de 2011.

A limitação da declaração de inconstitucionalidade a um apelo ao legislador para que conforme o regime legal aos ditames constitucionais pode não mirar diretamente a sensibilização do processo político ordinário. A intenção da Suprema Corte pode estar vinculada à preocupação de evitar que haja uma piora do quadro normativo vigente.

É o que ocorreu, por exemplo, no julgamento do RE 135.328 (entre outros julgados de mesmo teor), no qual o STF reconheceu o descompasso entre o art. 68 do Código Penal (que confere ao Ministério Público legitimidade para, como substituto processual do titular do direito à reparação que seja pobre, promover, no juízo cível, o ressarcimento do dano resultante de crime) e os arts. 127 e 134 da Constituição (que confere essa atribuição à Defensoria Pública). Apesar disso, a Corte preferiu manter a legitimidade extraordinária do Ministério Público enquanto não estruturada, nos diversos Estados da Federação, a Defensoria Pública (adotando, para tanto, aquilo que

¹⁴⁶ Foi o que ocorreu no julgamento de quatro Mandados de Injunção (MI 943, 1.010, 1.074 e 1.090), todos da relatoria do Min. Gilmar Mendes. Notícia veiculada pelo Supremo Tribunal Federal, intitulada “STF admite fixar aviso prévio proporcional ao tempo de serviço”, de 22 de junho de 2011, esclarece o ponto: “O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) suspendeu, nesta quarta-feira, o julgamento de quatro Mandados de Injunção (MI) cujos autores reclamam o direito assegurado pelo artigo 7º, inciso XXI, da Constituição Federal (CF), de “aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei”. Os mandados foram impetrados diante da omissão do Congresso Nacional que, após a promulgação da CF de 1988, ainda não regulamentou o dispositivo. O julgamento foi suspenso depois que o relator, ministro Gilmar Mendes, se pronunciou pela procedência das ações. Por sugestão do próprio relator, entretanto, o Plenário decidiu pela suspensão do julgamento para que se possa examinar a explicitação do direito pleiteado, nos casos concretos em exame. Dentre o manancial a ser pesquisado, há experiências de outros países, recomendações da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e, também, projetos em tramitação no Congresso Nacional, propondo a regulamentação do dispositivo constitucional. Durante os debates em torno dos processos – os Mandados de Injunção 943, 1010, 1074 e 1090 –, os ministros observaram que a Suprema Corte deveria manter o avanço em relação a decisões anteriores de omissão legislativa, em que apenas advertiu o Congresso Nacional sobre a necessidade de regulamentar o respectivo dispositivo invocado, e adotar uma regra para o caso concreto, até mesmo para estimular o Poder Legislativo a votar uma lei regulamentadora. Foram citados dois precedentes em que o STF, com base em parâmetros já existentes, estabeleceu regras para vigerem enquanto não houver regulamentação legislativa. O primeiro deles foi o MI 721, relatado pelo ministro Marco Aurélio. Diante da omissão legislativa relativa ao parágrafo 4º do artigo 40 da CF, que confere o direito à contagem diferenciada do tempo de serviço em decorrência de atividade em trabalho insalubre, a Corte adotou como parâmetro, para a aposentadoria de uma trabalhadora que atuava em condições de insalubridade, o sistema do Regime Geral de Previdência Social (artigo 57 da Lei 8.213/1991), que dispõe sobre a aposentadoria especial na iniciativa privada. No segundo caso, o MI 708, relatado pelo ministro Gilmar Mendes, a Suprema Corte solucionou a omissão legislativa quanto ao direito de greve no serviço público, determinando a aplicação das regras vigentes para o setor privado (Lei n.º 7.783, de 28 de junho de 1989), no que couber, até regulamentação do dispositivo constitucional (artigo 37, inciso VII, da CF).” (Notícias STF, 22 de junho de 2011)

alguns denominam de “norma ainda constitucional” ou de “inconstitucionalidade progressiva”)¹⁴⁷.

Não se pode, portanto, negar *a priori* que a mera declaração de violação a um direito constitucionalmente assegurado, emanada do Supremo Tribunal Federal, seja deletéria para a jurisdição constitucional (ou, como se costuma dizer, deletéria para a supremacia da Constituição) ou que não tenha aptidão de estabelecer um diálogo construtivo com a legislatura.

Outra possibilidade de decisão voltada a estabelecer um diálogo efetivo e construtivo com a legislatura consiste em provimento emanado do Tribunal Constitucional no qual o reconhecimento de determinado direito constitucional seja acompanhada de determinação concreta para que os órgãos estatais competentes providenciem medidas efetivas para sua implementação¹⁴⁸.

Talvez o caso mais representativo dessa espécie de decisão ocorreu, no Brasil, no julgamento da ADI 2.240, em que o Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a inconstitucionalidade de lei estadual que criara Município (por desmembramento), deixou de declarar sua nulidade imediata (o que representaria a desconstituição do novo Município) e concedeu prazo de 24 meses para que o Legislador estadual elaborasse novo regramento, observando as diretrizes dadas pela Corte.

Também configura alternativa compatível com esse modo de ser da jurisdição constitucional a atribuição de efeitos provisórios às determinações da Corte, destinada a dar uma eficácia mínima e transitória ao direito constitucional discutido.

¹⁴⁷ Eis a ementa do julgado: “LEGITIMIDADE - AÇÃO "EX DELICTO" - MINISTÉRIO PÚBLICO - DEFENSORIA PÚBLICA - ARTIGO 68 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CARTA DA REPÚBLICA DE 1988. A teor do disposto no artigo 134 da Constituição Federal, cabe à Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, a orientação e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV, da Carta, estando restrita a atuação do Ministério Público, no campo dos interesses sociais e individuais, àqueles indisponíveis (parte final do artigo 127 da Constituição Federal). INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA - VIABILIZAÇÃO DO EXERCÍCIO DE DIREITO ASSEGURADO CONSTITUCIONALMENTE - ASSISTÊNCIA JURÍDICA E JUDICIÁRIA DOS NECESSITADOS - SUBSISTÊNCIA TEMPORÁRIA DA LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Ao Estado, no que assegurado constitucionalmente certo direito, cumpre viabilizar o respectivo exercício. Enquanto não criada por lei, organizada – e, portanto, preenchidos os cargos próprios, na unidade da Federação – a Defensoria Pública, permanece em vigor o artigo 68 do Código de Processo Penal, estando o Ministério Público legitimado para a ação de ressarcimento nele prevista. Irrelevância de a assistência vir sendo prestada por órgão da Procuradoria Geral do Estado, em face de não lhe competir, constitucionalmente, a defesa daqueles que não possam demandar, contratando diretamente profissional da advocacia, sem prejuízo do próprio sustento.”

¹⁴⁸ Mark Tushnet faz menção, nessa hipótese, de decisão da Suprema Corte da África do Sul, no famoso caso *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom* (17In14, 242-44), em que a Corte, reconhecendo o direito constitucional de moradia, determinou que o Estado providenciasse medidas concretas destinadas a aos diferentes grupos sociais (TUSHNET, 2008, p. 242-244).

Como exemplo dessa espécie de provimento, pode-se mencionar, no Brasil, a decisão do Supremo Tribunal Federal que, ante a inércia legislativa em disciplinar as isenções das contribuições previdenciárias para entidades beneficentes de assistência social (§7º do art. 195 da Constituição), concedeu a isenção pleiteada para o requerente até que sobreviesse a legislação (STF, 1991, MI 282).

Duas transcrições desse julgamento permitem a apreensão das razões de decidir da Corte (QUINTAS, 2008, p. 97-98). Afirmou o Ministro Moreira Alves que a solução preconizada para o caso “*está dentro da linha de orientação tomada na referida questão de ordem [no MI 107], pois se trata de reconhecimento que não envolve atuação legislativa por parte desta Corte*”. O Ministro Sepúlveda Pertence bem ponderou o que representava a decisão da Corte:

Fico, pois, com a convicção que formara quando do início do julgamento, que leva à solução do eminente Ministro Moreira Alves, e que desvela, mais uma vez, as potencialidades da formulação ortodoxa, que se fixou no Mandado de Injunção 107, ou seja: sempre que o caso permitir, inserir, no mandado de injunção, uma cominação, com o sentido de cautelar ou compulsivo de levar à agilização do processo legislativo de complementação da norma constitucional, sem, no entanto, se substituir definitivamente o Tribunal ao legislador (STF, 1991, MI 282).

Em matéria processual, há relevante decisão do Supremo Tribunal Federal que bem explora esse padrão decisório de que ora se trata. O problema enfrentado dizia respeito ao sistema dos Juizados Especiais Cíveis (Lei n. 9.099, de 1995), concebido para julgar causas de pequena complexidade e valor num procedimento simplificado e célere, não estando suas decisões sujeitas ao exame dos Tribunais de Justiça ou do Superior Tribunal de Justiça. Em face dessas características, observou-se, ao longo dos anos, a tendência dos Juizados Especiais Cíveis firmarem entendimento jurídico divorciado daqueles já sedimentados pelo Superior Tribunal de Justiça, que tem a função de uniformizar a interpretação da legislação federal (art. 105, inciso III, da Constituição) (QUINTAS, GOMES, 2011).

Esse descompasso chegou a tal nível que se passou a ter percepção de que se tratava de uma anomalia, que foi assim percebida pelo Min. Ari Pargendler, do Superior Tribunal de Justiça, em voto que proferiu nos autos do RMS 17.524:

A natureza humana e o poder não tem uma convivência harmoniosa. ‘O poder corrompe, e o poder absoluto corrompe absolutamente’, disse Lord Acton. Pela mesma tendência, o poder limitado tende a se exceder.

Esse truísmo, todavia, teima em ser esquecido. Todo dia se tem notícia de que os Juizados Especiais, tanto estaduais quanto federais, estão decidindo além de sua alçada.

Esse sentimento de que haveria exageros recorrentes cometidos no bojo da prestação jurisdicional dos Juizados Especiais conduziu à conclusão, por parte do Supremo Tribunal Federal, de que se impunha a instituição de formas de controle, inexistentes no regime legal vigente (QUINTAS, GOMES, 2011).

Foi nesse contexto e para lidar com essa anomalia que o (Plenário) do Supremo Tribunal Federal, em 26 de agosto de 2009 (por maioria), decidiu ampliar as hipóteses de cabimento da reclamação constitucional perante o STJ (art. 105, inciso I, *f*, da Constituição) para alcançar decisões proferidas pelos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei n.º 9.099, de 1995). A ementa do julgado esclarece:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. [...].

2. Quanto ao pedido de aplicação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, observe-se que aquela egrégia Corte foi incumbida pela Carta Magna da missão de uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional, embora seja inadmissível a interposição de recurso especial contra as decisões proferidas pelas turmas recursais dos juizados especiais.

3. No âmbito federal, a Lei 10.259/2001 criou a Turma de Uniformização da Jurisprudência, que pode ser acionada quando a decisão da turma recursal contrariar a jurisprudência do STJ. É possível, ainda, a provocação dessa Corte Superior após o julgamento da matéria pela citada Turma de Uniformização.

4. Inexistência de órgão uniformizador no âmbito dos juizados estaduais, circunstância que inviabiliza a aplicação da jurisprudência do STJ. Risco de manutenção de decisões divergentes quanto à interpretação da legislação federal, gerando insegurança jurídica e uma prestação jurisdicional incompleta, em decorrência da inexistência de outro meio eficaz para resolvê-la.

5. Embargos declaratórios acolhidos apenas para declarar o cabimento, em caráter excepcional, da reclamação prevista no art. 105, I, *f*, da Constituição Federal, para fazer prevalecer, até a criação da turma de uniformização dos juizados especiais estaduais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça na interpretação da legislação infraconstitucional. (STF, RE 571572 ED, 2009)

Essa decisão, como se vê, é voltada a ter efeitos temporários até que sobrevenha nova legislação sobre o assunto. Vê-se, ainda, da leitura de seus fundamentos, que o Tribunal baseou-se em legislação vigente e correlata, bem como nas propostas

legislativas em curso no Congresso Nacional, a evidenciar uma busca de estabelecer um diálogo com a legislatura.

Ainda nesse aspecto, a decisão do Supremo Tribunal Federal que talvez seja a mais emblemática está relacionada à regulamentação do direito de greve do servidor público.

Com efeito, o Tribunal concluiu, em 2009, o julgamento de três Mandados de Injunção¹⁴⁹, decidindo, por maioria, conceder a segurança a fim de suprir a omissão legislativa na regulação de direito constitucionalmente assegurado (direito de greve do servidor público), determinando, para esse fim, a aplicação da Lei n.º 7.783/89, que trata do exercício do direito de greve dos empregados celetistas, até que o Congresso Nacional editasse nova regulamentação. Nesse julgamento, o Tribunal considerou que a anomia em que se encontrava o exercício do direito de greve pelos servidores públicos gerava prejuízos para os servidores públicos, para o Estado e para a sociedade.

Superando o entendimento anterior (já referido no MI 20), o Tribunal deliberou por estabelecer um regime legal provisório e com eficácia *erga omnes*, consistente na determinação de aplicação, pelo Judiciário, das disposições contidas na Lei n. 7.783, de 1989. Como se vê, o Tribunal houve por bem levar em conta a legislação hoje vigente para os empregados celetistas, convergente com propostas em tramitação no Congresso Nacional e compatível com as diretrizes oferecidas pela Organização Internacional do Trabalho.

Fácil ver, por esse rol (meramente exemplificativo) de decisões que podem ser concebidas nessa postura que se advoga para a jurisdição constitucional prestada pelo Supremo Tribunal Federal, que a utilização de medidas fracas de jurisdição constitucional fraca deve levar à conclusão de que o Tribunal Constitucional seja fraco. Ao revés, a experiência evidencia que a postura prudencial do Tribunal Constitucional, instrumentada por medidas fracas de jurisdição constitucional, pode viabilizar um Tribunal Constitucional forte, que vê a efetividade de suas decisões.

Busca-se, com isso, permitir que o Supremo Tribunal Federal, comprometendo-se com um diálogo institucional mais abrangente com as legislaturas, conceba soluções contingentes (sendo chamado a pensar soluções criativas e engenhosas), que, além de prestarem homenagem à democracia, viabilizem o fortalecimento de seu papel

¹⁴⁹ MI 670, Rel. p/ Ac. Min. Gilmar Mendes, MI 708, Rel. Min. Gilmar Mendes, e MI 712, Rel. Min. Eros Grau.

institucional de defensor da Constituição, na medida em que o põem em efetiva interlocução (evitando o enfrentamento) com os canais políticos ordinários, nessa tarefa comum aos órgãos constitucionais de aprimorar o direito.

Esse ponto merece considerações adicionais.

7.5 A efetividade da jurisdição constitucional

Essa forma de jurisdição constitucional que se propõe, instrumentalizada por medidas fracas, pode ser concebida como um mecanismo que busca proporcionar a competição entre as instituições no processo de definição do significado da Constituição (TUSHNET, 2008, p. 228).

Nesse processo, sempre se faz presente a possibilidade de ocorrer a resistência ou a capitulação da legislatura ou do Tribunal Constitucional, a frustrar o próprio escopo da jurisdição constitucional de fomentar um debate político construtivo (TUSHNET, 2008, p. 46-47).

De fato, as características do modelo podem gerar ceticismo, ante o risco de degeneração da jurisdição constitucional fraca em (i) supremacia parlamentar ou em (ii) jurisdição constitucional forte (TUSHNET, 2008, p. 43).

De um lado, na hipótese de a Legislatura ignorar rotineiramente as decisões do Tribunal Constitucional, ter-se-ia apenas um simulacro de jurisdição constitucional, a esconder uma supremacia parlamentar, com todos os inconvenientes que podem advir dessa situação (já examinados em capítulo próprio).

No outro extremo, na situação de as legislaturas rotineiramente se renderem às decisões judiciais, a jurisdição constitucional teria feições fortes e chamaria para si toda a dificuldade contramajoritária (TUSHNET, 2008, p. 47)¹⁵⁰.

Não se pode negar que a jurisdição constitucional apenas se justifica sob a premissa de que os Tribunais possuem alguma vantagem comparativa sobre as legislaturas na especificação do sentido da Constituição, a partir da linguagem dos direitos. Desse modo, as duas condições para a estabilidade da jurisdição constitucional

¹⁵⁰ Um exemplo disso pode ser percebido na dificuldade da jurisdição constitucional em lidar com os direitos fundamentais. Há uma tendência de os Tribunais Constitucionais fixarem o conteúdo desses direitos, sem oferecer um espaço de ação legislativa para a especificação de seu significado. A dificuldade, nesses casos, é saber quando uma interpretação do direito fundamental não serve para disfarçar a rejeição de uma especificação razoável de um direito fundamental realizada pelo legislador (TUSHNET, 2008, p. 48-50),

branda são: i) que o sistema jurídico-político aceite a possibilidade de definição do conteúdo dos direitos fundamentais dentro de um espectro de razoáveis possibilidades; e ii) que a vantagem comparativa dos Tribunais sobre as legislaturas na interpretação dos direitos fundamentais seja considerada de pequena monta (TUSNHET, 2008, p. 51).

Considere-se a seguinte sequência de decisões políticas constitucionalmente sensíveis e que sejam objeto de apreciação pela jurisdição constitucional: i) uma legislatura promulga uma lei por uma votação majoritária; ii) o Tribunal Constitucional declara a inconstitucionalidade dessa lei; e iii) está à disposição da legislatura um procedimento qualquer de superação da decisão da Corte. Se não houver uma diferença de forças políticas no primeiro e no terceiro momento, caberia esperar que, sem delongas, a lei fosse revalidada: a mesma maioria que promulgou a lei no primeiro momento iria anular a decisão da Corte (TUSHNET, 2008, p. 58).

Mas não é isso que usualmente ocorre. A passagem do tempo traz importantes repercussões no processo decisório das legislaturas. Primeiramente, pode ocorrer que a composição das forças políticas tenham se alterado. Pode ocorrer, ainda, que a decisão do Tribunal Constitucional sirva para educar o público (e, quem sabe, as legislaturas) sobre os valores constitucionais. Embora isso seja improvável numa sociedade pluralista, é razoável pensar que será atribuído à decisão do Tribunal Constitucional algum peso político (TUSHNET, 2008, p. 58-59).

Ainda que assim não ocorra, há sempre um custo, mesmo que pequeno, envolvido na superação da decisão judicial. Isso porque tal superação exige que haja, no mínimo, a reordenação das prioridades legislativas, gastando-se capital político para superar a decisão judicial. Pode ser que a legislatura divirja do mérito da decisão judicial, mas considere que expressar essa divergência imponha abrir mão de adotar outra política que seja mais importante. Nos casos em que os custos políticos da superação sejam mais elevados, a resposta legislativa é ainda mais improvável (2008, p. 51-52).

Por fim, eventual articulação da Legislatura voltada à superação da decisão do Tribunal Constitucional que se frustrar significará o fortalecimento político da jurisdição constitucional (TUSHNET, 2008, p. 63). Não se deve esperar que a decisão da Suprema Corte tenha força persuasiva sobre o Parlamento, mas pode ter ela o peso político suficiente para impedir a formação de uma nova maioria (TUSHNET, 2008, p. 65)

Provavelmente por conta dessas circunstâncias, observa-se, nos modelos de jurisdição constitucional branda (desenvolvido em países como Nova Zelândia, Canadá e Grã-Bretanha), que geralmente prevalece a interpretação do Tribunal Constitucional: não obstante as legislaturas tenham o poder formal de responder à interpretação judicial, raramente o fazem. Desse modo, a inferência natural é que os sistemas político-jurídicos de jurisdição constitucional branda assumem, de regra, a interpretação constitucional feita pelos Tribunais Constitucionais como autoritativas e finais (TUSHNET, 2008, p. 47-48).

Diante disso, ganha força a conclusão de que há tendência de a jurisdição constitucional branda transformar-se em jurisdição constitucional forte, ante a dificuldade de as legislaturas superarem as interpretações dos Tribunais Constitucionais. A inação das Legislaturas não resulta, nesses casos, de uma falha da vontade política, mas da estrutura do processo decisório e do arranjo institucional de separação de Poderes (TUSHNET, 2008, p. 65).

Em síntese e em linha com o exposto no tópico anterior, não se pode afirmar que a adoção de medidas brandas de jurisdição constitucional resulta num Tribunal Constitucional fraco.

Muito pelo contrário, há uma tendência de fortalecimento do Tribunal Constitucional resultante das repetidas interações entre legislaturas e Tribunal Constitucional propiciam a constituição de uma boa doutrina constitucional, na medida em que essa forma branda de atuação da jurisdição constitucional permite respostas da legislatura em prazos mais curtos, se comparado com a jurisdição constitucional forte. (TUSHNET, 2008, p. 69-70).

Há – impõe-se reconhecer – o risco de que se instale um cinismo constitucional (TUSHNET, 2008, p. 250, 252-254): é possível que a atuação fraca da jurisdição constitucional, conquanto busque proporcionar um diálogo institucional, se mostre inoperante.

Em situações como essa, justifica-se a mudança de tática, com medidas que aumentem a eficácia das decisões da Suprema Corte (que se manteria, portanto, fiel a sua estratégia de promover o engajamento das legislaturas na concretização da Constituição, fim último da jurisdição constitucional).

Pode haver casos, ainda, que tornem desnecessária a utilização de remédios fracos de jurisdição constitucional, o que ocorreria em situações em que haja experiência acumulada suficiente para proporcionar à comunidade (aos juízes, legisladores e pessoas em geral) a confiança necessária para que o juiz possa dar a palavra final sem que isso interfira de forma significativa no governo democrático (TUSHNET, 2008, p. 263-264)¹⁵¹.

Assim, quando a consciência sobre a força dos direitos em jogo está bem embasada, pode haver espaço para uma atuação forte do Tribunal Constitucional (sem olvidar a perspectiva dialógica que deve se estabelecer com a legislatura). Em casos controvertidos, no entanto, o Tribunal Constitucional alcança maior êxito quando se utiliza de criativos remédios fracos de jurisdição constitucional, nos quais a Corte deixa de fixar o conteúdo do direito constitucional em jogo (TUSNHET, 2008, p. 257).

Isso, todavia, não infirma a proposição (senão a reforça) de que a jurisdição constitucional branda pode ser assumida como o padrão ordinário de jurisdição constitucional, considerando a natureza prudencial que se vê nessa atividade estatal, haja vista que “a forma fraca de jurisdição constitucional respeita os direitos, embasados na teoria democrática, fazendo prevalecer a vontade majoritária dos representantes, quando decorram de uma consistente e razoável interpretação da constituição, ainda que essa interpretação divirja do entendimento das Cortes” (TUSHNET, 2008, p. 264, tradução livre).

7.6 Conclusão

Na busca de assegurar a defesa da ordem constitucional, o Tribunal Constitucional se depara com a tarefa de resguardar o delicado equilíbrio entre a governabilidade e a proteção dos direitos. Nesse mister, há sempre o risco de que a

¹⁵¹ Essas situações devem ser vistas com muita cautela pelo Tribunal Constitucional, em vista dos riscos que envolvem. Embora as medidas fortes de jurisdição constitucional possam ser mais efetivas, há o risco de, se mal utilizadas, gerarem intensa controvérsia política (comprometendo a própria efetividade da medida). De fato, decisões fortes do Tribunal Constitucional que gerem intensa controvérsia política podem ser deletérias para a jurisdição constitucional, uma vez que, havendo situação de impasse com os demais Poderes, emergirá a fraqueza institucional do Tribunal Constitucional, que carece dos importantes atributos políticos da força e da vontade, presentes no Legislativo e no Executivo, como ressaltava Hamilton (a referir-se à diferença entre o poder do Judiciário em relação ao Legislativo e ao Executivo, concluindo que o Judiciário seria o poder menos perigoso, por ser o mais frágil (2011, n. 78)).

hipertrofia da tutela de direitos pela jurisdição constitucional possa conduzir ao enfraquecimento dos canais ordinários de deliberação política e vice-versa¹⁵².

De um lado, os riscos associados ao funcionamento das instituições políticas da sociedade, quando a jurisdição constitucional dilui a democracia num projeto de tutela de direitos, pretendendo a ela se substituir; de outro, o perigo de a timidez da jurisdição constitucional sinalizar a supremacia absoluta das legislaturas e, por consequência, a negação da própria jurisdição constitucional, que “veio para responder a essa necessidade: de um lado, solucionando situações de conflito que produzem paralisia governamental; de outro, oferecendo um contrapeso ao excessivo poder de um governo apoiado numa maioria parlamentar irresistível.” (SOUZA JUNIOR, 2002, p. 112)

O ponto de equilíbrio que se propôs parte da premissa de que, nesse dilema, o importante é definir não só a função do Tribunal Constitucional, mas também estabelecer quem deve ter a última palavra sobre o conteúdo da Constituição. Para a primeira questão, propôs-se uma função prudencial do Tribunal Constitucional, cujo objetivo é frear a vontade política majoritária contrária à Constituição¹⁵³.

Para a segunda questão, sugere-se a adoção, sempre que possível, de medidas atenuadas de jurisdição constitucional, adequadas para fomentar o processo decisório democrático e não substituí-lo.

Essa forma de pensar a jurisdição constitucional lida com mais propriedade, segundo se pensa, com duas características da ordem constitucional-democrática moderna: a existência de razoável desacordo sobre o significado da Constituição e a imperfeição de todos os processos políticos (incluindo aqui os judiciais) para chegar à

¹⁵² Carlos Santiago Nino bem percebe esse dilema: “Si un juez, como supervisor del buen funcionamiento del sistema democrático, decide que un ciudadano debe tener atención médica adecuada, pues si no se resiente su participación libre e igualitaria en ese proceso, contribuye sin duda al mejor funcionamiento del proceso, pero le quita competencia para decidir cómo deben distribirse los recursos de salud. Por eso, es necesario hacer un delicado equilibrio entre reconocerle un adecuado alcance al método democrático de decisiones – esperando que él mismo corrija sus deficiencias de funcionamiento – e intervenir externamente para promover su valor epistémico, cuando los vicios que él presenta son tan profundos que tienden a perpetuarse y profundizarse sin esa intervención externa.” (NINO, 2005, p. 714)

¹⁵³ Numa visão mais radical do que aquela sugerida neste capítulo, Elster insinua que, havendo elementos para caracterizar a existência de uma decisão política democraticamente tomada por uma maioria arraigada, o Tribunal Constitucional não deve agir:

“Não há uma maneira confiável de distinguir entre o caso em que um tribunal constitucional deveria ser encorajado a agir contra as preferências arraigadas da maioria e o caso em que está simplesmente fazendo seu trabalho ao agir contra suas preferências temporárias (...). E se uma solução para o problema secundário criado pelos dispositivos de pré-compromisso simplesmente recriaria o problema que ela deveria solucionar, talvez se deva decidir não adotá-la.” (ELSTER, 2009; p. 212)

melhor especificação do correto conteúdo das normas constitucionais (TUSHNET, 2008, p. 228).

Não se deve pensar, no entanto, que a função prudencial do Tribunal Constitucional e a adoção de remédios fracos resultem numa postura passiva ou na proibição de uma atuação prospectiva da Corte.

Como se espera ter mostrado, a função prudencial do Tribunal Constitucional, instrumentalizada com medidas fracas de jurisdição constitucional, representa o reconhecimento de um compromisso da jurisdição constitucional com a democracia, de modo que a sua atuação, em situações ordinárias, deve mirar o desenvolvimento do processo decisório, em vez de ter a pretensão de dar a última palavra na fixação do conteúdo dos direitos.

PARTE III

O CONTROLE DA OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL POR MEIO DO MANDADO DE INJUNÇÃO

APRESENTAÇÃO

A omissão inconstitucional – que sempre diz respeito a regras (não há omissão de princípios) – pode ser entendida como o juízo de que falta uma regra no sistema jurídico em face da compreensão que se tem sobre o seu sentido, dado a partir da Constituição¹⁵⁴.

Diante do desafio da jurisdição constitucional de encontrar a correta medida de sua atuação e intervenção sobre o processo democrático ordinário, considera-se que o controle das omissões inconstitucionais é um valioso instrumento de preservação dos espaços decisórios atribuídos aos Poderes (notadamente o Legislativo, o Judiciário e o Supremo Tribunal Federal) e para garantir a continuidade e o fortalecimento da sociedade democrática.

¹⁵⁴ Como acentua André Rufino do Vale, as distinções entre regras e princípios e entre normas e valores constituem um dos pilares do constitucionalismo e sobre elas pairam questões-chave acerca da legitimidade do *judicial review*, da separação de Poderes, da democracia e do conceito de direito (VALE, 2009, p. 4). Não sendo possível identificar, na morfologia ou na estrutura das normas, uma fonte segura e definitiva para distinguir princípios e regras, deve-se conceber uma distinção dúctil (VALE, 2009), tendo em vista que “a mesma norma jurídica pode funcionar tanto como regra quanto como princípio”, considerando o plano concreto de aplicação das normas, como demonstrado por Humberto Ávila e assinalado por Claus Wilhelm Canaris no prefácio que apresentou à obra de Ávila (ÁVILA, 2009b, p. 14 e 65). A fim de permitir a adequada interpretação e aplicação das normas, deve-se ter em mente que o “o significado preliminar dos dispositivos pode experimentar uma dimensão imediatamente comportamental (regra), finalística (princípio) e/ou metódica (postulado)” (ÁVILA, 2009b, p. 180). A distinção, portanto, não tem valor conclusivo, mas apenas heurístico, “na medida em que funciona como modelo ou hipótese provisória de trabalho para uma posterior reconstrução de conteúdos normativos, sem, no entanto, assegurar qualquer procedimento estritamente dedutivo de fundamentação ou de decisão a respeito desses conteúdos” (ÁVILA, 2009b, p. 68). Fixando-se a distinção entre regra e princípio quanto ao modo que prescrevem o comportamento, tem-se que “as regras são normas imediatamente descritivas, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser cumprida”, enquanto os “princípios são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas cuja promoção gradual depende dos efeitos decorrentes da adoção de comportamentos a ela necessários”. Disso resulta que os “princípios são normas cuja qualidade frontal é, justamente, a determinação da realização de um fim juridicamente relevante, ao passo que característica dianteira das regras é a previsão do comportamento”. Fixando-se a distinção entre regra e princípio a partir da justificação exigida para sua aplicação, considera-se que a “interpretação e a aplicação das regras exigem uma avaliação da correspondência entre a construção conceitual dos fatos e a construção conceitual da norma e da finalidade que lhe dá suporte, ao passo que a interpretação e a aplicação dos princípios demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas posto como fim e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária” (ÁVILA, 2009b, p. 181). Desse modo, regras e princípios se apresentam de forma distinta na elaboração das decisões: “Os princípios consistem em normas primariamente complementares e preliminarmente parciais, na medida em que, sobre abrangerem apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão, não têm a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão. Já as regras consistem em normas preliminarmente decisivas e abarcentes, na medida em que, a despeito da pretensão de abranger todos os aspectos relevantes para a tomada de decisão, têm a aspiração de gerar uma solução específica para o conflito entre razões” (ÁVILA, 2009b, p. 181). A questão relacionada a valores traz a discussão sobre a existência ou não de dimensão axiológica no direito (ou se o direito apenas teria uma dimensão deontológica). Nesse aspecto, é importante assinalar a pretensão de justiça que marca o direito, a evidenciar uma dimensão axiológica no direito, visto que o direito se projeta como veículo de realização de valores, tarefa essa que pode ser ou não bem sucedida (VALE, 2009, p. 139). Os valores (que expressam aquilo que é bom) constituem uma base informativa relevante para a conformação de um sistema normativo (que expressa o que é devido).

No suprimento das omissões inconstitucionais, a última palavra deve ser do Legislativo. Nessa modalidade de controle de constitucionalidade, merece ser privilegiada, de forma ampla, a proposta de Mark Tushnet para a jurisdição constitucional branda (*weak judicial review*), no sentido de que “a interpretação judicial dos dispositivos constitucionais pode ser superada no curto prazo pelo Legislativo, por meio de uma medida normativa não muito diferente daquela usada cotidianamente no processo legislativo” (2008, p. 24)^{155 156}.

O controle das omissões inconstitucionais é técnica que busca viabilizar a criação de regras (seja pelo Legislador, seja diretamente pelo Judiciário), mas que o faz com certa cerimônia (pois reconhece a existência de esferas próprias de produção normativa), estabelecendo certas restrições e condicionantes para o exercício do poder criativo pelo juiz constitucional.

No que se refere a essa espécie de controle de constitucionalidade, reforça-se a vocação do Supremo Tribunal Federal como Tribunal Constitucional, tendo em vista que, nessa atividade, manifesta-se o seu monopólio de jurisdição constitucional.

¹⁵⁵ Tradução livre de: “But in weak-form systems, judicial interpretations of constitutional provisions can be revised in the relatively short term by a legislature using a decision rule not much different from the one used in the everyday legislative process.” (TUSHNET, 2008, p. 24).

¹⁵⁶ Essa assimilação parcial da teoria de Tushnet da jurisdição constitucional fraca para determinados processos decisórios (que aqui se defende ser aplicável ao controle de constitucionalidade das omissões) é por ele admitida. Não obstante isso, Tushnet encara com ceticismo tal postura, por entender que há grandes dificuldades de eleição de critério, de sua justificação e de implementação pelo juiz e pelo Parlamento (2008, p. 37-41).

8 DAS LACUNAS DO DIREITO À OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

8.1 Introdução

Em tempos de euforia constitucional, que tem justificado a ditadura dos princípios e o ativismo judicial, a possibilidade de uma teoria positivista é descartada como pretensão ingênua e desnecessária, haja vista que a concretização do direito, tal como ele deve ser, se faz mediante sua aplicação pelos juízes.

Essa visão traduz um ceticismo em relação às normas, na medida em que assume como premissa a impossibilidade de ordenar e transmitir padrões de conduta por meio de normas estabelecidas *a priori*, sendo que o discurso sobre a legislação é apenas um mito, que ocultaria “a verdade de que o direito consiste apenas nas decisões dos tribunais e nas previsões a respeito dessas decisões” (HART, 2009, p. 176-177).

Põe-se em dúvida a plausibilidade de uma teoria positivista do direito – fundada na dúvida de que o direito possa ser reconhecido pelas fontes de que emanam seus comandos, com capacidade de orientar condutas com previsibilidade e de forma adequada.

Entretanto, negar *tout court* a capacidade regulativa das normas preestabelecidas (leia-se, da legislação), além de ser contraintuitivo e contrário à tradição que permeia nosso sistema jurídico; olvida que o positivismo jurídico – comprometido com os ideais próprios do constitucionalismo – tem a pretensão de conter as arbitrariedades do poder estatal e dos juízes, buscando criar mecanismos para assegurar a sujeição dos poderes à lei (ATRIA, 2005c, p. 162).

De fato, como argumenta MacCormick, “o ideal do Estado de Direito leva a sério a possibilidade de que o Direito, enquanto base da razão prática, possa colocar limites reais sobre as atividades coercitivas do Estado” (2008, p. IX).

Deve-se conceder, no entanto, que não é factível cogitar que os casos individuais e concretos estejam contidos com perfeição nas normas gerais preestabelecidas provindas das fontes consideradas legítimas. Essa seria uma atitude que, embora cumprisse o ideal de conferir completa certeza e previsibilidade ao sistema normativo, deixar-lhe-ia cego, porque atribuiria soluções para problemas que apenas poderiam ser razoavelmente resolvidos quando surgissem e fossem identificados. Trata-se do vício do formalismo (ou conceitualismo), cuja consumação resultaria no

‘paraíso dos conceitos’ do jurista e seria alcançada quando se pudesse atribuir a um termo geral o mesmo sentido, não apenas em todas as aplicações de uma única norma, mas também todas as vezes que o termo surgisse em qualquer norma do sistema jurídico. Nenhum esforço seria então exigido, ou feito, para interpretar o termo à luz das diferentes questões em jogo, em suas várias recorrências. (HART, 2009, p. 168-169)

Num extremo (o do formalismo), concebe-se que o ordenamento jurídico deve fornecer regras gerais minuciosas para todos os casos que pretende regular, devendo o intérprete observar com precisão a aderência do caso individual na descrição contida na norma. No outro extremo (o do ceticismo), concebe-se que as normas editadas pelo legislador não podem apreender adequadamente cada caso individual relevante que surja no mundo, cabendo ao juiz definir o que é importante ou não no caso e o que foi ou não levado em conta pela norma. Nos dois extremos, fracassa o projeto de permitir atribuir ao direito a capacidade de orientar a ação humana.

É, portanto, entre esses dois polos que se deve pensar a teoria do direito. Certamente, uma visão estritamente lógica não permite apreender todas as características do direito, relacionadas à sua aptidão de regular condutas e orientar padrões de comportamento, que, se levada às últimas consequências, resultará no formalismo (ou conceitualismo). Contudo, uma visão baseada apenas em juízos de valor a respeito do direito peca por desconhecer o papel central que a legislação (e as regras) ocupa em qualquer sistema jurídico moderno e resultará no ceticismo.

A possibilidade de uma discussão sobre omissão legislativa parte da premissa de que a legislação é uma peça importante do direito e, por óbvio, rejeita o ceticismo. Outra premissa necessária para classificar como inconstitucional certa omissão legislativa é admitir a abertura do direito a valores, em tempos de reconhecimento da importância das normas constitucionais (daí não se rendendo ao formalismo).

Dessa forma, entre o ceticismo e o formalismo é que deve se mover a instigante discussão sobre omissões legislativas inconstitucionais¹⁵⁷.

Para bem contextualizar esse debate e tentar situar o fenômeno da omissão legislativa inconstitucional na teoria do direito, é oportuno pontuar alguns aspectos

¹⁵⁷ Embora não tenham por objeto o tema das omissões legislativas inconstitucionais, são reveladores dos desafios que o tema suscita – para fugir dos extremos do formalismo e do ceticismo – três artigos de Fernando Atria, integrantes do livro “Lagunas em el derecho”, intitulados *Sobre las lagunas* (ATRIA, 2005a), *Creación y aplicación del derecho: entre formalismo y escepticismo* (ATRIA, 2005b) e *Réplica: entre jueces y activistas disfrazados de jueces* (ATRIA, 2005c).

relacionados aos problemas das lacunas no direito e do papel do juiz em seu suprimento¹⁵⁸.

8.2 O postulado da completude do direito: uma ilusão?

Conceber o direito como ordenamento jurídico lhe confere, em princípio, os atributos (as qualidades) de unidade, coerência e completude. Por essa concepção, rejeita-se a visão do direito como um amontoado de normas. Muito pelo contrário, ele é pensado como um conjunto sistemático de normas (por ser regido por um princípio que as organiza e as mantém como um todo homogêneo), que estabelecem entre si relações de coordenação e subordinação, sem antinomias (ou seja, sem possibilidade de que duas normas regulem a mesma situação), e com aptidão para regular qualquer situação do mundo (BOBBIO, 1997; FERRAZ JR., 1996, p. 172-222).

Fácil perceber que o problema das omissões ou lacunas normativas associa-se, especificamente, ao atributo da completude normativa do ordenamento jurídico, ou, mais precisamente, à consideração de que há uma situação de incompletude do ordenamento jurídico¹⁵⁹. Para Bobbio:

Especificando melhor, a incompletude consiste no fato de que o sistema não compreende nem a norma que proíbe um certo comportamento nem a norma que o permite. De fato, se se pode demonstrar que nem a proibição nem a permissão de um certo comportamento são dedutíveis do sistema, da forma que foi colocado, é preciso dizer que o sistema é incompleto e que o ordenamento jurídico tem uma lacuna (BOBBIO, 1997, p. 114).

Da mesma forma didática, expõe o problema Tércio Sampaio Ferraz Junior, para quem a concepção do ordenamento jurídico, numa perspectiva dinâmica (processo de contínua transformação das normas, inclusive em sua aplicação):

envolve o problema de saber se este tem a propriedade peculiar de qualificar normativamente todos os comportamentos possíveis ou se, eventualmente, podem ocorrer condutas para as quais o ordenamento

¹⁵⁸ Como um leitor mais atento poderá antever, este Capítulo constitui, em parte, a retomada de algumas conclusões decorrentes do exposto nas Partes I e II da tese, aplicadas ao tema das omissões inconstitucionais.

¹⁵⁹ Distinguindo o tratamento dado aos fenômenos da lacuna e da antinomia, esclarecem Alchourrón e Bulygin: “En casos de laguna los juristas se enfrentan con el problema de hallar una solución, ya sea introduciendo nuevas normas, ya sea extendiendo el alcance de las normas existentes” [tais como recurso à analogia, ao argumento a contrario, princípios gerais do direito, natureza jurídica, etc]. “En casos de incoherencia, el problema consiste en la eliminación de las soluciones superfluas: se trata, en cierto modo, de un fenómeno inverso. Aquí los juristas procuran restringir el alcance de alguna de las normas y a veces suprimirla del todo. También para esta tarea se usan procedimientos especiales, en cuyo examen no entraremos aquí (las reglas *lex specialis*, *lex posterior derogat priori*, *lex superior*, etc.)” (2006, p. 44).

não oferece qualificação (...). Trata-se da questão da completude (ou incompletude) dos sistemas normativos, também conhecida como problema das lacunas do ordenamento (FERRAZ JR., 1996, p. 217).

Concebendo o direito não apenas como dotado de completude, mas também como um sistema fechado¹⁶⁰, a ideia de lacuna foi rechaçada e considerada apenas uma ficção concebida para dar autonomia ao aplicador da norma. Nas palavras de Kelsen, “a teoria das lacunas no Direito, na verdade, é uma ficção, já que é sempre logicamente possível, apesar de ocasionalmente inadequado, aplicar a ordem jurídica existente no momento da decisão judicial” (KELSEN, 1995, p. 151)

Em linha com esse pensamento, um reconhecido esforço teórico para demonstrar a tese da completude do direito se fez a partir de uma abordagem lógico-conceitual e girou em torno do princípio da proibição, pelo qual tudo que não está proibido está permitido (ou, dito de outra forma, todas as ações ou estão permitidas ou estão proibidas) (ALCHOURRÓN, BULYGIN, 2006, p. 172).

Se o princípio da proibição for uma verdade necessária, argumentam Carlos Alchourrón e Eugenio Bulygin, “todo ato (estado de coisas) estaria normado (como permitido ou proibido) e todo sistema seria, por conseguinte, fechado (sem lacunas)¹⁶¹ (2006, p. 172).

Bobbio identifica essa proposta explicativa pela noção de “norma geral exclusiva” (ou “de exclusão”), por ele assim sintetizada:

uma norma que regula um comportamento não só limita a regulamentação e, portanto, as consequências jurídicas que desta regulamentação derivam para aquele comportamento, mas ao mesmo tempo *exclui* daquela regulamentação todos os outros comportamentos (...). Todos os comportamentos não-compreendidos na norma particular são regulados por uma *norma geral exclusiva*, isto é, pela regra que exclui (por isso é exclusiva) todos os comportamentos (por isso é geral) que não sejam aqueles previstos pela norma particular. (1997, p. 133)

De acordo com essa visão, assinala Bobbio, “nunca acontece que haja, além das normas particulares, um espaço jurídico vazio, mas acontece, sim, que além daquelas

¹⁶⁰ Alchourrón e Bulygin entendem sistemas jurídicos fechados como aqueles baseados no postulado da plenitude hermética do direito, segundo o qual o ordenamento jurídico é necessariamente completo em relação a qualquer universo de casos e qualquer universo de soluções (2006, p. 184).

¹⁶¹ No original: “todo acto (estado de cosas) estaria normado (como permitido o como prohibido) y todo sistema sería, por consiguiente, cerrado (carente de lagunas)”. (2006, p. 172, tradução livre)

normas haja toda uma esfera de ações reguladas pelas normas gerais exclusivas” (1997, p. 133).

Essa proposta, no entanto, não resolve o problema que resulta da constatação de que, entre as normas *particulares* inclusivas e a norma *geral* exclusiva, pode haver uma zona de incerteza dada por casos não regulamentados que potencialmente têm condições de ser alcançados na esfera de influência dos casos regulamentados (BOBBIO, 1997, p. 146).

Isso se dá porque, muitas vezes, o ordenamento jurídico, para além das normas *gerais* exclusivas, se abre para a possibilidade de utilização de normas *gerais* inclusivas, voltadas a ampliar o espaço de regulamentação da norma particular, por meio de expedientes reconhecidos como juridicamente válidos: analogia, aplicação dos princípios gerais do direito, da equidade. Há, por assim dizer, um problema lógico na identificação da solução jurídica adequada para determinado caso à luz do sistema jurídico, que se costuma chamar de **lacuna**.

Para exemplificar essa hipótese, cogite-se da seguinte situação: não há, na Lei n.º 7.347, de 1985, que regula a ação civil pública, previsão normativa acerca do prazo prescricional para o exercício da pretensão coletiva. Diante da ausência de qualquer disposição normativa, surge a indagação: a ação civil pública estaria sujeita à prescrição? Por um raciocínio baseado na noção de norma geral exclusiva, poder-se-ia dizer que a pretensão coletiva é imprescritível. Por um raciocínio baseado em uma norma geral inclusiva fundada na analogia, pode-se defender que se deve aplicar ao caso o prazo prescricional, de 5 anos, estabelecido pela lei de ação popular (Lei n.º 4.717, de 1965), a partir da premissa de que existe um microssistema legal de tutela dos interesses coletivos¹⁶².

Não resolve o problema da lacuna argumentar que ela é suprida pela obrigação de o juiz apreciar e decidir a questão. Isso porque a ideia de lacuna não advém da ausência de decisão, mas sim da ausência de uma obrigação específica para o juiz decidir de uma forma ou de outra (ALCHOURRÓN e BULYGIN, 2006, p. 217).

¹⁶² Essa situação, que, segundo se pensa, ilustra bem o conceito de lacuna (especificamente lacuna normativa de que falam Alchourrón e Bulygin [2006], como se verá no próximo tópico), foi enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça, que decidiu por aplicar o prazo prescricional quinquenal da ação popular, previsto no art. 27 da Lei n. 4.717, de 1965 (STJ, 2ª. Seção, REsp 1.070.896, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 14/4/2010, 4/8/2010)

Nesse caso, a falta de um critério interno que permita decidir sobre a semelhança ou dessemelhança do caso não regulamentado (e dizer que o caso é não regulamentado é uma conclusão que se faz após eleger um dado conjunto de normas relevantes) transfere para o intérprete a decisão¹⁶³.

Nessa configuração, a ideia de lacuna passa a ter o seguinte sentido (mais preciso): “a lacuna se verifica não mais pela falta de uma norma expressa pela regulamentação de um determinado caso, mas pela falta de um critério para a escolha de qual das duas regras gerais, a exclusiva ou a inclusiva, deva ser aplicada” (BOBBIO, 1997, p. 157)¹⁶⁴.

Disso resulta que a tese da completude do ordenamento jurídico, com base na compreensão de que para cada situação há uma norma aplicável prévia e internamente identificável, é insatisfatória. Em outras palavras, a concepção de ordenamento jurídico como sistema fechado de normas não é capaz de prever (*a priori*) as soluções adequadas para todas as situações¹⁶⁵.

Embora seja certo que a noção de sistema (ordenamento jurídico) traga em si uma **exigência** (racional) de completude, que advém de uma necessidade da razão prática (para permitir a sua operacionalização de modo não arbitrário), não significa que os sistemas jurídicos sejam de fato e *per se* completos (ALCHOURRÓN, BULYGIN, 2006, p. 25).

O desafio, portanto, é saber se pode haver racionalidade na eleição de critérios que busquem superar situações de incompletude do ordenamento jurídico, ou se, no final das contas, o processo decisório se trata apenas de uma atividade arbitrária.

¹⁶³ À mesma conclusão chegam Alchourrón e Bulygin: “Esto muestra, de paso, que la posición de aquellos autores que sostienen la posibilidad de solucionar todos los casos mediante el empleo del argumento a contrario es injustificada, ya que el mismo argumento puede conducir – como en nuestro ejemplo –, a soluciones incompatibles. El resultado dependerá de las normas que se elijan como premisas del argumento. Y aquí hay que tener presente que muchas veces no se pueden elegir todas las normas del sistema como premisas del argumento a contrario ni existe razón lógica alguna para preferir unas normas a otras.” (2006, p. 45)

¹⁶⁴ Vide, ainda, o Capítulo 1 do presente trabalho.

¹⁶⁵ A ideia do ordenamento jurídico como sistema fechado faz algum sentido em certas áreas do direito, como o direito penal, que contém a regra de clausura *nullum crimen sine lege*. Com referência à maior parte dos sistemas jurídicos, o postulado é falso (ALCHOURRÓN, BULYGIN, 2006, p. 189-200, p. 238).

8.3 Completude como ideal racional: o juiz diante das lacunas (normativas)

Nas lacunas normativas, Bulygin e Alchourrón enxergam o limite do projeto positivista: não é possível controlar, racionalmente e dentro do sistema normativo, a resposta do juiz, não havendo *a priori* uma resposta correta.

Nessas situações, o juiz não consegue cumprir ao mesmo tempo as duas obrigações que os ordenamentos jurídicos modernos geralmente lhe atribuem: julgar o caso (dado que não pode utilizar-se do *non liquet*) e aplicar o direito preexistente (ALCHOURRÓN, BULYGIN, 2006, p. 217-223).

Para Alchourrón e Bulygin, a lacuna normativa se caracterizará para o juiz (que tenha a obrigação de julgar o caso que lhe é submetido) como a ausência de obrigação específica de julgar em determinado sentido, tendo, portanto, discricionariedade para acolher ou rechaçar a demanda ajuizada¹⁶⁶.

A concepção de completude, como exigência racional que se põe para o juiz, busca evitar a arbitrariedade nessa situação de crise, que só pode ser satisfeita, para Alchourrón e Bulygin, se o juiz, no processo de modificação do direito (ao instituir norma até então inexistente no ordenamento jurídico), criar para si uma nova norma genérica, que aplicará em situações análogas.

Assim explica Bulygin:

ALCHOURRÓN y BULYGIN sustentaram, em “Normative Systems, que, em situações de lacuna normativa, ou seja, quando um caso genérico não está regulado por normas gerais, o juiz pode resolver discricionariamente o conflito entre o autor e o réu em um caso individual correspondente a esse caso genérico. Dizer que o juiz tem discricionariedade significa que pode acolher ou rejeitar a demanda; mas, em ambos os casos, a norma individual que pronuncia em sua

¹⁶⁶ Nas palavras de Alchourrón e Bulygin: “Hemos llegado a la conclusión de que en el caso de laguna el juez no tiene ninguna obligación específica, pero si le está prohibido abstenerse de juzgar, tiene que hacer alguna de las dos cosas, o condenar al demandado, o rechazar la demanda. Haciendo cualquiera de estas dos cosas cumple con su obligación genérica de juzgar. Pero, ¿cómo cumplirá con la obligación de fundar su decisión en el sistema del súbdito? Es evidente que si el sistema primario nada dice acerca del status deóntico de la conducta del demandado, el juez no puede cumplir con la obligación de fundar su decisión en ese sistema, cualquiera que sea la decisión que adopte, la de condenar o de rechazar la demanda. Lo más que puede hacer en esta situación es modificar primero el sistema primario, llenando la laguna, y fundar luego su decisión en el sistema modificado. Sin embargo, para poder hacer eso el juez tiene que estar autorizado para modificar el derecho, cosa que está reñida con la idea del juez que aplica, pero no crea derecho. Ciertamente, algunas legislaciones autorizan expresamente al juez a actuar como si fuera legislador. En tal hipótesis el problema se resuelve fácilmente: el juez modifica primero el sistema, integrándolo con una nueva norma que soluciona el caso de laguna, y luego, una vez eliminada la laguna procede conforme a lo que establece el nuevo sistema. Pero el hecho de que el juez esté autorizado para modificar el derecho no demuestra, desde luego, que las lagunas no existan. Todo lo contrario: sólo si se admite que puede haber lagunas, tiene sentido una cláusula como la del art. 1 del Cód. Civil suizo.” (2006, p. 217-218)

sentença (ao obrigar o réu a fazer o que o autor pretende ou ao permitir o réu não fazê-lo) tem que estar fundada em uma norma geral, sob pena de ser arbitrária. Como tal norma geral, por hipótese, não integra o direito preestabelecido, o juiz deve “criá-la”. Ao falar que o juiz cria a norma geral, pretende-se dizer que essa norma é produto da valoração do juiz. Esta valoração não é necessariamente expressão de suas preferências pessoais: pode estar baseada em valorações compartilhadas pelo grupo social ou em normas morais que o juiz vê como objetivas. Qualquer que seja a decisão do juiz, de todo modo, ela tem que conter uma norma individual que resolva o conflito e esta norma individual – para não ser arbitrária – deve estar fundada em uma norma geral. (BULYGIN, 2005a, p. 12, tradução livre) ¹⁶⁷

Racionalmente, seria isso o que se poderia exigir do juiz em situações de lacuna normativa: que elabore uma norma geral para resolver o caso individual que lhe foi submetido e outros casos semelhantes que possam surgir.

É importante ressaltar que a noção de discricionariedade não confere plena autonomia para o juiz. Deve-se ter em mente que, mesmo aceitando as premissas de Alchourrón e Bulygin, a discricionariedade não pode ser absoluta: nem todas as soluções são acessíveis ao juiz, pois os princípios jurídicos restringem essa discricionariedade. Como destaca José Juan Moreso (endossando opinião de Juan Ruiz Manero), a percepção de que o direito permite aos seus aplicadores, em determinados casos, o recurso às razões subjacentes às regras (ou seja, aos princípios) constitui um limite à discricionariedade judicial (MORESO, 2005, p. 202).

¹⁶⁷ No original: “ALCHOURRÓN y BULYGIN sostuvieron en Normative Systems que en el caso de una laguna normativa, es decir, en un caso genérico que no está regulado por las normas generales, el juez puede resolver discrecionalmente el conflicto entre el actor y el demandado en un caso individual correspondiente a ese caso genérico. Decir que el juez tiene discrecionalidad significa que puede hacer lugar a la demanda o rechazarla, pero en ambos caso la norma individual que dicta en su sentencia (al obligar al demandado a hacer lo que el actor pretende o al permitir al demandado no hacerlo) tiene que estar fundada en una norma general, sob pena de ser arbitraria. Como tal norma general por hipótesis no forma parte del derecho, el juez debe ‘crearla’. El que el juez ‘crea’ la norma general que resuelve el caso de laguna normativa quiere decir que esa norma es producto de la valoración del juez. Esta valoración no necesariamente es expresión de sus preferencias personales: puede estar basada en valoraciones compartidas por el grupo social o en normas morales que el juez cree objetivas. Cualquiera que sea la decisión del juez, ésta tiene que contener una norma individual que resuelva el conflicto y esta norma individual – para no ser arbitraria – debe estar fundad en una norma general.” (BULYGIN, 2005a, p. 12)

Essa conclusão é reforçada pela constatação de que o direito é uma ordem normativa institucional (como visto na Parte I)¹⁶⁸, que remete à necessidade de se entendê-lo como fenômeno relacionado a fatos sociais complexos e também com referência aos sentidos que os destinatários da norma estão preparados para, senão aceitar (convencer-se), pelo menos, compreender¹⁶⁹.

Nos sistemas constitucionais contemporâneos, essa atribuição de sentido passa, assim, tanto pela identificação das fontes sociais do direito como por uma remissão à moralidade. Nas palavras de Moreso:

[...] de um lado, que a existência do direito depende de uma determinada prática social ou, dito de outro modo, que a existência do direito é prático-dependente e, de outro lado, que a argumentação moral integra parte dos processos de identificação e aplicação dos sistemas jurídico contemporâneos. (MORESO, 2005, p. 187, tradução livre)¹⁷⁰

Merece ser refutado, ainda, qualquer entendimento que assuma que as decisões judiciais, em situações de normalidade, resultam apenas de um processo lógico-dedutivo realizado a partir de normas gerais (editadas pelo Legislador). Desde Kelsen (vide Capítulo 1), tem-se como certo que “afirmar pretensões e tomar decisões são atos de vontade, e atos de vontade não são obviamente conclusões lógicas derivadas de certos argumentos. Decisões são tomadas, não deduzidas” (MACCORMICK, 2008, p.73).

¹⁶⁸ Pensar o direito como ordem normativa institucional, como enfatiza MacCormick, “não é simplesmente uma questão abstrata relativa a um sistema normativo concebido como um puro objeto do pensamento. A ideia de um sistema como tal oferece uma moldura para entender a vida dentro de um Estado ou de uma dada coletividade como sendo algo organizado, ainda que imperfeitamente. A conduta dos indivíduos e dos grupos se conforma em alguma medida aos padrões estabelecidos naquilo que nós consideramos serem as normas do sistema, e as pessoas podem ser avaliadas com vistas àquilo que o sistema considera serem razões boas ou apropriadas para a ação (e assim por diante). Além disso, essa não é apenas uma questão de estabelecer-se uma visão externa sob a perspectiva de um determinado observador. É também um visão prática do ponto de vista do participante.” (2008, p. 7-8).

¹⁶⁹ Negando a contraposição entre fato institucional e fato interpretativo, MacCormick ressalta: “Uma ordem institucional equivale a uma moldura comum de compreensão e interpretação compartilhada entre pessoas de um mesmo contexto social. Como uma ordem normativa, ela tem contínua necessidade de interpretação e, como uma ordem prática, tem contínua necessidade de adaptação aos problemas práticos atuais. Tal interpretação envolve interesses e valores de grande importância para os indivíduos e grupos. Por isso, especialmente no contexto de um julgamento, ela é acompanhada por uma prática argumentativa, e por um processo de tomada de decisão entre argumentos rivais envolvendo questões de interpretação e de tomada prática de decisão.” (2008, p. 8)

¹⁷⁰ No original: “[...] por una parte, que la existencia del derecho depende de una determinada práctica social o, dicho de otro modo, que la existencia del derecho es practice-dependent y, por otra parte, que el razonamiento moral forma parte de los procesos de identificación y aplicación de los procesos de identificación y aplicación de los sistemas contemporâneos.” (MORESO, 2005, p. 187)

Disso não deriva, no entanto, a conclusão de que as decisões judiciais sejam arbitrárias (ou não possam ser justificadas racionalmente)¹⁷¹. Embora o processo lógico-dedutivo não baste para sustentar a decisão do juiz de condenar João à prisão por homicídio, a partir da premissa de que “matar alguém sujeita a pessoa à prisão”, tem-se como correta a asserção de que “o Tribunal deve condenar João à prisão e, por isso, eu [o juiz] lhe condeno”. Como se vê, a decisão judicial, apesar de ser um ato de vontade, pode se fundar em um argumento dedutivo, que tem força persuasiva, entre outros motivos, porque rende homenagem ao princípio do Estado de Direito.

Esclarece o ponto MacCormick:

Aqui, a relação entre a ação e a razão justificadora não é de dedução ou inferência, mas isso não significa que a razão justificadora não possa ela mesma ser estabelecida por dedução ou inferência. Há todas as razões possíveis para supor que o raciocínio dedutivo desse tipo forme um elemento significativo na justificação jurídica em qualquer concepção ou sistema de Direito dentro do qual o princípio do Estado de Direito (*Rechtsstaat*) seja aceito como vinculante, ou (mais provavelmente) como um ideal altamente importante. Onde o dever de um tribunal for o de implementar regras preestabelecidas e pré-declaradas de Direito [...], qualquer argumento será uma justificação ao menos parcial de uma decisão se ele demonstrar que a conclusão que justificaria a decisão seria derivável de premissas apropriadas. (MACCORMICK, 2008, p. 74)

Deve ser visto com reservas, por fim, qualquer entendimento no sentido de que poderia se estabelecer uma espécie de ordem ou hierarquia entre os métodos de interpretação e aplicação do direito, ante a percepção de que o método lógico-dedutivo seria o começo da interpretação do direito, valendo o recurso ao juízo de valores quando exauridas as potencialidades daquele.

Como destaca Neil MacCormick, a busca da correta decisão jurídica é tributária da boa argumentação jurídica, que é persuasiva (não demonstrativa) e deve ser estabelecida no contexto dos valores fundamentais imputados à ordem jurídica (MACCORMICK, 2008, p. 2). Nessa tarefa, é certo que o silogismo jurídico (o argumento lógico-dedutivo) é uma excelente ferramenta argumentativa no direito moderno. Mas ela, por si só, não é suficiente para justificar a tomada de decisão, mesmo em situações em que não se identificam lacunas normativas.

¹⁷¹ Não nos parece que Alchourrón e Bulygin entendam assim, mas essa pode ser uma conclusão apressada a que pode chegar um leitor pouco atento.

Diante de um caso concreto em que haja conflito entre partes contrapostas deduzido em juízo, o processo decisório, antes de chegar ao silogismo jurídico, passará (i) pela identificação do conjunto de normas jurídicas pertinentes, (ii) pela seleção dos fatos relevantes (identificando aspectos importantes dos fatos em vista das propriedades previstas na norma), (iii) pela avaliação e classificação dos fatos perante as normas (regras e princípios)¹⁷². Exitoso esse processo, o argumento lógico-dedutivo (buscando extrair das normas gerais a solução jurídica adequada para o caso individual) pode se tornar um argumento forte e, quiçá, definitivo.

Após o silogismo jurídico, poderá haver lacunas (decorrentes, vale o destaque, de escolhas feitas na seleção, classificação, avaliação ou prova de fatos e normas), e o juiz terá de se valer de novos argumentos valorativos.

O silogismo jurídico é, portanto, um processo distinto do da lógica formal com inferência estritamente dedutiva, mas nem por isso menos importante na argumentação jurídica, dado que “o recurso aos silogismos jurídicos é uma parte necessária da retórica da justificação no Direito, pois o respeito ao princípio do Estado de Direito exige respeito pelas regras do Direito” (MACCORMICK, 2008, p. 72). De todo modo,

assegurar o princípio do Estado de Direito como uma condição desejável dos sistemas jurídicos exige não apenas que os silogismos normativos sejam possíveis. Exige também a possibilidade destes serem encapsulados dentro de uma prática interpretativa que exiba coerência entre os tomadores de decisão ao longo do tempo (MACCORMICK, 2008, p. 81).

O que há de se concluir é que o elemento silogístico ou dedutivo ocupa uma posição relevante na interpretação e na aplicação do direito, que, no entanto, não precisa se iniciar, se exaurir ou se encerrar nele, dado que a argumentação jurídica se desenvolve em vários níveis.

¹⁷² E esses atos não são apenas atos de cognição. De fato, “os eventos que ocorrem no mundo não trazem consigo sua respectiva classificação. Assim, qualquer classificação desses eventos dentro de algum predicado estabelecido na formulação de uma regra envolverá necessariamente um tipo de decisão, não um ato puro de cognição [...]. Isso implica algum tipo de decisão que precisa ser justificada ‘externamente’ o argumento dedutivo que se aplica uma vez que a classificação esteja determinada” (MACCORMICK, 2008, p. 93) Disso resulta, afirma MacCormick, não a impossibilidade da lógica dedutiva, mas que as decisões atributivas “são um elemento precursor necessário a qualquer raciocínio dedutivo que seja conduzido com referência ao mundo real. Cada forma de lógica aplicada exige decisões relativas à aplicabilidade de proposições univerais (predicados) a instâncias particulares [...]. Se as decisões exigem justificação em certas circunstâncias pragmáticas, então essa justificação ‘externa’ certamente terá que ser fornecida antes que qualquer representação silogística da conclusão possa ser convincente. Mas, às vezes, nenhuma objeção mais séria é apresentada, e nenhuma resposta em termos de justificação externa é necessária.” (2008, p. 94)

De mais a mais, não obstante (toda) decisão judicial ser um ato de vontade, não pode ela ser exercida de forma arbitrária: os valores que animam o Estado de Direito e a sociedade moderna impõem que as decisões sejam justificadas, sendo que a referência às normas jurídicas preestabelecidas é um elemento essencial da prática jurídica (naquilo que MacCormick chama de ética do legalismo).

Para além do argumento lógico, há outros bons argumentos que auxiliam o juiz a tomar a decisão correta, comprometida com valores como segurança jurídica e justiça e que confira coerência à prática jurídica (afinal, juízes não jogam dados para decidirem, mesmo quando defrontados com lacunas normativas).

8.4 Espécies de lacunas

Com rigorosa precisão analítico-conceitual, Alchourrón e Bulygin desenvolvem elucidativo vocabulário para lidar com o problema das lacunas no direito, tendo em vista as práticas comuns associadas à interpretação e à aplicação do direito.

Após identificar a ambiguidade que o termo “caso” adquire na linguagem corrente e jurídica, distinguem Alchourrón e Bulygin os conceitos de “casos genéricos” e de “casos individuais”, referindo-se esse último a um evento concreto identificado no tempo e no espaço, tendo como protagonistas indivíduos, e no primeiro uso, como um conjunto de propriedades que podem exemplificar-se em um número indefinido de casos individuais. O exemplo mencionado por Bulygin esclarece:

O termo “caso” é ambíguo, tanto na linguagem corrente, como na linguagem jurídica: tanto falamos do caso de atentado político como do caso do ataque às Torres Gêmeas. A palavra “caso” alude aqui, todavia, a duas coisas bem distintas. O caso de atentado político está caracterizado por um conjunto de propriedades (um ato de violência tendente a causar danos a pessoas ou coisas, produzido por razões políticas). O atentado político pode produzir-se – e, lamentavelmente, se produz com bastante frequência – em distintos lugares e em diferentes momentos (a explosão da Embaixada de Israel em Buenos Aires em 1992, o ataque às Torres Gêmeas em Nova Iorque em 11 de setembro de 2001, um carro bomba colocado pelo ETA numa rua de Madri, são todos exemplos de atentado político). Para por fim a essa

ambigüidade usarei os termos caso genérico e caso individual. (BULYGIN, 2005b, p. 32, tradução livre)¹⁷³

Com amparo nessa distinção, é possível identificar quatro sentidos distintos em que a expressão “lacuna” (que se refere genericamente a qualquer insuficiência no material normativo para tomar uma decisão) assume na prática jurídica. Dois desses sentidos referem-se a problemas produzidos pela subsunção de casos individuais em casos genéricos; outros dois, a problemas decorrentes da falta de solução normativa para um caso genérico (MORESO, 2005, p. 193-194).

Na aplicação de normas gerais a casos individuais, podem surgir dois problemas, que muitas vezes são associados à ideia de lacuna, na classificação do caso individual (ou seja, sua localização em algum dos casos genéricos, naquilo que se costuma chamar de subsunção): i) falta de informação acerca dos fatos do caso; e ii) indeterminação semântica ou imprecisão de conceitos gerais. Trata-se, respectivamente, das lacunas de conhecimento e de reconhecimento, ambas (como se vê) fenômenos relacionados à aplicação da norma no caso individual (ALCHOURRÓN, BULYGIN, 2006, p. 61).

A lacuna de conhecimento diz respeito à falta de conhecimento das premissas fáticas, que, nos casos individuais judicializados se resolve, muitas vezes, com base na técnica das presunções legais e do ônus da prova. Ilustra a hipótese a seguinte situação: dada a norma de trânsito que obriga que crianças menores de 11 anos utilizem o banco traseiro dos carros, não se tem uma solução certa para determinado caso por desconhecimento da idade de determinada criança. Num processo judicial que discuta a legalidade de multa cominada a um cidadão por supostamente deixar uma criança menor de 11 anos trafegar no banco dianteiro do carro, a ausência de prova sobre a idade da aludida criança provavelmente se resolverá em favor da Administração Pública, em face da presunção de legitimidade dos atos administrativos (que suprirá o vazio atinente ao conhecimento da idade da criança).

¹⁷³ No original: “El término ‘caso’ es ambiguo tanto en el lenguaje corriente, como en el lenguaje jurídico: así hablamos del caso de atentado político y del caso del ataque a las Torres Gemelas. La palabra ‘caso’ alude aquí, sin embargo, a dos cosas bien distintas. El caso de atentado político está caracterizado por un conjunto de propiedades (un hecho de violencia tendente a causar daños a personas o cosas, producido por razones políticas). El atentado político puede producirse – y, lamentablemente, se produce con bastante frecuencia – en distintos lugares y en diferentes momentos (la explosión de la Embajada de Israel en Buenos Aires en 1992, el ataque a las Torres Gemelas en Nueva York el 11 de septiembre de 2001, un coche bomba colocado por ETA en una calle de Madrid, son todos ejemplos de atentado político). Para despejar esta ambigüedad usaré los términos caso genérico y caso individual.” (BULYGIN, 2005b, p. 32)

A lacuna de reconhecimento diz respeito à indeterminação semântica dos textos normativos (também conhecida como zona de penumbra do texto). O seguinte exemplo ajuda a entender esse fenômeno: uma norma estabelece que crianças estão autorizadas a viajar para o exterior apenas com os pais. Surge, então, a dúvida sobre se uma criança acompanhada por um dos pais (sem expressa autorização do segundo) tem permissão de deixar o país. Caso se entenda que a norma objetiva resguardar que a criança esteja tutelada por um responsável que detenha poder familiar, pode-se concluir que ela autoriza a viagem da criança ao exterior com um de seus pais. Por outro lado, tendo-se a compreensão de que a utilização do plural indica a necessidade de consenso manifestado por ambos os pais para a realização da viagem, concluir-se-á que há uma vedação para a viagem em comento.

Esclarecendo a distinção¹⁷⁴, afirmam Alchurrón e Bulygin:

Chamaremos de lacunas de conhecimento os casos individuais nos quais, por falta de conhecimento acerca das propriedades de fato, não se saiba se pertencem ou não a uma classe determinada de casos (caso genérico). Chamaremos de lacunas de reconhecimento os casos individuais nos quais, por falta de determinação semântica dos conceitos que caracterizam um caso genérico, não se saiba se o caso individual pertence ou não ao caso genérico em questão. Diversamente do problema das lacunas normativas, que é de índole lógico-conceitual, as lacunas de conhecimento e de reconhecimento aparecem no nível da aplicação das normas aos casos individuais e possuem sua origem em problemas empíricos ou empírico-conceituais (semânticos). O fato de um sistema ser normativamente completo, no sentido de que soluciona todos os casos possíveis, tanto genéricos como individuais, não exclui a possibilidade do aparecimento das lacunas de reconhecimento (as lacunas de conhecimento são, de fato, eliminadas na prática judicial pelas presunções). (2006, p. 63-64, tradução livre)¹⁷⁵

¹⁷⁴ Ainda a propósito da distinção, sintetiza José Juan Moreso: “Podemos denominar, entonces, lagunas de conocimiento a los casos individuales de los que no se sabe si pertenecen o no a un caso genérico por falta de conocimiento de las propiedades que instancia el caso individual y lagunas de reconocimiento a los casos individuales de los que no se sabe si son o no instancias de un caso genérico por falta de determinación semántica de los conceptos que permiten identificar las propiedades del caso genérico” (MORESO, 2005, p. 194).

¹⁷⁵ No original: “Llamaremos lagunas de conocimiento a los casos individuales, los cuales, por falta de conocimiento de las propiedades del hecho, no se sabe si pertenecen a no a una clase determinada de casos (caso genérico). Llamaremos lagunas de reconocimiento a los casos individuales en los cuales, por falta de determinación semántica de los conceptos que caracterizan a un caso genérico, no se sabe si el caso individual pertenece o no al caso genérico en cuestión. Mientras que el problema de las lagunas normativas es de índole conceptual (lógico), tanto las lagunas de conocimiento como las de reconocimiento aparecen en el nivel de la aplicación de las normas a los casos individuales y tienen su origen en problemas empíricos o empírico-conceptuales (semánticos). El hecho de un sistema sea (normativamente) completo, en el sentido de que soluciona todos los casos posibles, tanto genéricos como individuales, no excluye la posibilidad de aparición de las lagunas de reconocimiento (las lagunas de conocimiento son, de hecho, eliminadas de la práctica judicial merced a las presunciones.” (2006, p. 63-64)

As lacunas de conhecimento e reconhecimento não sugerem uma falha no sistema jurídico pela falta de previsão normativa (não são um problema lógico), mas um problema na aplicação do direito, atinente à verificação das propriedades individuais de um caso para saber se ele está ou não contido no caso genérico previsto na norma.

Quando o problema se põe na dimensão do conhecimento dos fatos, o juiz dispõe das presunções legais e do regime do ônus da prova (como já referido). Quando se põe na definição do alcance de determinada expressão, a hermenêutica tradicional oferece recursos como o da interpretação sistemática, histórica e teleológica (o que, destaque-se, não diminui a complexidade da tarefa).

Parece ocioso advertir que a completude do direito não elimina a possibilidade de que tenhamos dúvidas difíceis de serem resolvidas sobre o sentido das normas (MORESO, 2005, p. 195). É extremamente comum que, nesses casos, surjam problemas difíceis de interpretação, classificação, avaliação ou prova (MACCORMICK, 2008, p. 67).

Num plano distinto (referente à identificação do direito), o direito defronta-se com problemas produzidos pela falta de solução normativa para um caso genérico. Diferentemente das lacunas de reconhecimento e de conhecimento, que se põem no momento da aplicação do direito, há lacunas que decorrem de um problema lógico do sistema jurídico (que compromete em alguma medida o seu ideal de completude).

De fato, com relação aos casos genéricos, podem-se identificar, primeiramente, as **lacunas normativas**, entendidas como a situação em que, considerando-se um conjunto de normas, identifica-se um caso com propriedades relevantes (dado esse conjunto de normas) que não tem uma solução jurídica prevista no universo de soluções estabelecidas por esse conjunto de normas.

Um exemplo trazido por Alchourrón e Bulygin (retirado do Código Civil argentino) ajuda a esclarecer o conceito. Considere-se um sistema de normas que dispusesse sobre a reivindicação de imóveis contra terceiros possuidores da seguinte forma: i) é procedente a reivindicação contra o atual possuidor de boa-fé que, por título oneroso, a tiver obtido de um alienante de má-fé; e ii) a reivindicação é procedente contra o atual possuidor, ainda que de boa-fé, se a tiver obtido por título gratuito. Esse sistema de normas (que elege como propriedades relevantes a existência ou não de boa-fé do alienante e do adquirente e o título de transmissão da posse) não traz solução para

três casos genéricos: 1) em que haja boa-fé do alienante e do adquirente/possuidor e que a posse tenha sido transmitida a título oneroso; 2) em que haja boa-fé do alienante, má-fé do adquirente/possuidor, com transmissão da posse a título oneroso; e 3) em que haja má-fé do alienante e do possuidor, com a posse transmitida a título oneroso¹⁷⁶.

De forma compatível com essa ideia de lacuna normativa, mas atento à circunstância de os ordenamentos jurídicos serem formados por regras e princípios e buscando enfatizar a distinção (já presente em Alchourrón e Bulygin) entre situações (i) não reguladas pelo direito por falta de interesse jurídico e (ii) aquelas não reguladas pelo direito por uma falha do sistema, Juan Ruiz Manero traz a seguinte noção:

Um certo caso constitui uma lacuna normativa de um certo sistema jurídico se e somente se 1) esse sistema não contenha uma regra que correlacione o caso com uma solução normativa e 2) a ponderação entre os princípios relevantes desse sistema jurídico exigir uma regra que correlacione o caso com uma solução normativa que qualifique a conduta de que se cuida como obrigatória ou proibida. (MANERO, 2005, p. 123, tradução livre)¹⁷⁷

Foi essa situação de lacuna normativa que ocupou a nossa preocupação (e reflexão) nos dois tópicos antecedentes.

Ainda em relação aos casos genéricos, identifica-se o problema das lacunas axiológicas.

A lacuna axiológica pode ser entendida como o juízo do intérprete no sentido de insuficiência da solução normativa para um determinado caso, em razão de o sistema normativo não levar em conta uma propriedade relevante¹⁷⁸. Distingue-se essa situação

¹⁷⁶ O que deve ser assimilado do exemplo, enfatizam Alchourrón e Bulygin, não é a questão de como preencher essas lacunas, mas apenas a sua existência no sistema formado pelas duas normas indicadas. Do exemplo também não se deve concluir que o Código Civil argentino tem lacunas em relação ao problema da reivindicação de imóveis contra terceiros possuidores, mas apenas que, considerando as duas normas desse Código (arts. 2.777 e 2.788), interpretadas de determinada forma, não se contempla uma solução para os 3 casos genéricos apontados. Desse modo, o sistema formado por esses dois artigos possui lacunas normativas, as quais poderiam desaparecer se o sistema fosse integrado por outras normas, que, no entanto, passaria a ser outro sistema. “Esto muestra la importancia de ponerse de acuerdo acerca de qué normas (es decir, acerca de qué sistema normativo) se está hablando cuando se afirma o se niega la existencia de lagunas”. (ALCHOURRÓN, BULYGIN, 2006, p.45-47).

¹⁷⁷ No original: “Un cierto caso constituye una laguna normativa de un cierto sistema jurídico si y sólo si 1) ese sistema no contiene una regla que correlacione el caso con una solución normativa y 2) el balance entre los principios relevantes de ese sistema jurídico exige una regla que correlacione el caso con una solución normativa que califique la conducta de que se trae como obligatoria o prohibida”. (MANERO, 2005, p. 123)

¹⁷⁸ Assim sintetiza José Juan Moreso: “Podemos decir, entonces, que un caso de un universo de casos es una laguna axiológica de un sistema normativo en relación con un universo de acciones si el caso en cuestión está correlacionado por el sistema con una solución normativa y existe una propiedad P tal que P debe ser relevante para dicho caso (de acuerdo con determinada hipótesis de relevancia) y P es irrelevante en el sistema en relación con el universo de acciones” (MORESO, 2005, p. 196).

daquela em que o sistema jurídico reconhece como relevante uma determinada circunstância, mas lhe atribui uma consequência jurídica distinta daquela percebida pelo intérprete como justa. Aqui, estamos falando da injustiça da solução dada deliberadamente pelo sistema jurídico (que valorou de forma equivocada determinada circunstância); lá, a injustiça da solução resulta do fato de o sistema jurídico não levar em consideração determinada propriedade, que por falha deixou de ser valorada como relevante por dado sistema normativo.

Ilustrando a explicação com um exemplo, pode-se pensar na situação em que uma norma jurídica conceda isenção de imposto sobre a venda de computadores portáteis. Diante dessa norma particular inclusiva, põe-se a indagação: *tablets* estão ou não alcançados pela isenção? Superada a discussão semântica sobre o conceito de computador para dele excluir os *tablets*, tem-se que, tendo em vista a regra que impõe interpretação restritiva aos benefícios fiscais (que reforça a utilização da norma geral exclusiva que se deduz da norma particular), concluir-se-ia que não. Partindo-se do entendimento de que há uma insuficiência do sistema jurídico, que não cogitou dos *tablets*, poder-se-ia dizer que há uma lacuna axiológica, pois a solução jurídica apregoada pelo sistema normativo é injusta por não considerar relevante uma propriedade do caso individual.

Esse exemplo ajuda a enfatizar que o fenômeno da lacuna axiológica provém de uma dada interpretação e valoração do sistema jurídico, bem como depende da elaboração feita pelo intérprete sobre o conjunto e o sentido das normas relevantes para lidar com o caso: na situação tratada, uma interpretação restritiva (que retirava do âmbito da incidência da norma os *tablets*) precedeu necessariamente o juízo de que o sistema jurídico fez (ou, em outras situações, deixou de fazer) uma distinção relevante que conduziu a uma solução injusta.

Outra situação que ajuda a visualizar o problema: a Administração Pública concede reajuste, para fins de correção monetária, aos servidores públicos militares. Diante dessa norma particular inclusiva, põe-se a indagação: servidores públicos civis teriam direito ao reajuste? Ante o princípio da legalidade estrita, que orienta a atuação da Administração Pública (que reforça a norma geral exclusiva), a resposta é negativa. Integrando ao sistema jurídico o princípio da isonomia, pode-se entender que há uma insuficiência normativa que demanda a extensão do benefício.

Essas duas situações são potencialmente casos que ilustram o que Alchourrón e Bulygin identificam como **lacuna axiológica**, entendida como situações em que a solução existente é tida como insatisfatória no sistema jurídico, que não levou em consideração uma circunstância que se entende como relevante¹⁷⁹.

Explicam os autores:

Este tipo de lacuna supõe, pois, a existência de uma propriedade relevante (no sentido prescritivo do termo) para o caso em questão, que, apesar disso, é irrelevante (no sentido descritivo) para o sistema considerado. O uso do termo “lacuna” não é de todo arbitrário: se pensa que o legislador não levou em conta a propriedade em questão por não tê-la previsto e que, se a tivesse considerado, teria dado uma solução normativa diferente; ao invés de resolver o caso na forma genérica estabelecida, teria lhe dado uma solução específica (o que pode, de fato, ser verdade em muitos casos). (2006, p. 158, tradução livre)¹⁸⁰

A lacuna axiológica não se confunde com o fenômeno da lacuna normativa (essa última, como já dito, caracterizada como a ausência de uma solução para um caso à luz de um determinado sistema jurídico)¹⁸¹. Alertam, a propósito, Alchourrón e Bulygin que, “para a existência de uma lacuna axiológica, é necessário que o caso tenha uma solução. Do contrario, se trataria de uma lacuna normativa, e os conceitos de lacuna normativa e

¹⁷⁹ Nem toda solução inadequada dada pelo sistema jurídico configura hipótese de lacuna axiológica, mas somente aquela em que o sistema jurídico não elege uma propriedade que o intérprete considera importante para dar a solução justa. Se o sistema jurídico expressamente reconhece uma determinada propriedade do caso, mas lhe atribui uma solução injusta, não se trata de lacuna axiológica, mas apenas de norma injusta. Eis uma situação, mencionada por Karl Engisch, que é classificada por Alchourrón e Bulygin como de lacuna axiológica: “El Cód. Penal vigente a la sazón en Alemania reprimía el aborto en forma genérica (art. 218), sin contemplar el caso de aborto por prescripción médica para salvar la vida o la salud de la mujer. Un médico que practicó el aborto para evitar el suicidio de una mujer, que según el informe psiquiátrico tenía tendencias suicidas a raíz del embarazo, fue sometido a proceso y absuelto por el Tribunal del Reich sobre la base de una supuesta laguna del Cód. Penal, que fue llenada por el Tribunal mediante la aplicación extensiva del art. 54 del mismo código, referente al estado de necesidad [...]. Engisch admite que el caso del médico encuadra perfectamente en el art. 218”, mas “la solución del código es injusta porque no toma en cuenta una distinción que tanto a Engisch como al Tribunal les parece relevante: la distinción entre aborto común y aborto atenuado por la intención de salvar la vida de la mujer. En otras palabras, tenemos aquí un conflicto entre la hipótesis de relevancia del Tribunal y la tesis de relevancia del código, es decir, un conflicto valorativo. Se trata, por consiguiente, de un caso típico de lo que hemos llamado laguna axiológica.” (2006, p. 162-163)

¹⁸⁰ No original: “Este tipo de lagunas suponen, pues, la existencia de una propiedad relevante (en el sentido prescriptivo del término) para el caso en cuestión, que, sin embargo, es irrelevante (en el sentido descriptivo) para el sistema considerado. El uso del término ‘laguna’ no es aquí del todo arbitrario: se piensa que el legislador no ha tenido en cuenta la propiedad en cuestión por no haberla previsto, y que de haberla considerado, hubiera dado una solución diferente; en vez de solucionar el caso en forma genérica, le hubiera dado una solución específica (lo cual puede, de hecho, ser verdad en muchos casos).” (ALCHOURRÓN, BULYGIN, 2006, p. 158)

¹⁸¹ Como enfatizam Alchourrón e Bulygin, o conceito de lacuna normativa é relacional e lógico: lacuna é uma propriedade de um sistema normativo em relação a (i) um conjunto de circunstâncias ou casos e (ii) um conjunto de condutas qualificadas deonticamente ou soluções (2006, p. 169).

lacuna axiológica são em nossa definição incompatíveis (mutuamente excludentes)”¹⁸² (2006, p. 158-159, tradução livre).

Juan Ruiz Manero assim define o fenômeno, aqui também buscando atribuir uma descrição compatível com a estrutura das normas jurídicas em dois níveis (o das regras e o das razões subjacentes às regras [princípios]):

Um certo caso constitui uma lacuna axiológica de um certo sistema jurídico se e somente se 1) esse sistema contenha uma regra que solucione o caso, porém 2) sem que a aludida regra considere uma propriedade que se tem como relevante, em vista das exigências decorrentes da ponderação entre os princípios relevantes desse sistema jurídico. (MANERO, 2005, p. 123, tradução livre)¹⁸³

Lacunas normativas e axiológicas, como se vê a partir do esclarecimento de Juan Ruiz Manero, são fenômenos relacionados à deficiência do material normativo em casos genéricos (deficiências dos sistemas jurídicos referidas a casos genéricos), que se identifica em vista de um determinado sistema de normas, formado por regras e princípios que as justificam (suas razões subjacentes) (MANERO, 2005, p. 121)¹⁸⁴.

8.5 A omissão legislativa inconstitucional como espécie de lacuna axiológica

Ao se criticar o dogma da completude do direito, expôs-se o conceito de lacuna normativa, como a ausência de uma solução jurídica para determinado caso, considerando-se um certo sistema jurídico.

¹⁸² No original: “[...] para la existencia de una laguna axiológica es necesario que el caso tenga una solución. De lo contrario, se trataría de una laguna normativa, y los conceptos de laguna normativa y laguna axiológica son en nuestra definición incompatibles (mutuamente excluyentes)” (2006, p. 158-159)

¹⁸³ No original: “Un cierto caso constituye una laguna axiológica de un cierto sistema jurídico si y sólo si 1) ese sistema contiene una regla que soluciona el caso, pero 2) sin que dicha regla considere como relevante una propiedad que, de acuerdo con las exigencias que se deriven del balance entre los principios relevantes de ese sistema jurídico, sí debiera considerarse como relevante”. (MANERO, 2005, p. 123)

¹⁸⁴ Concluindo com as palavras de Juan Ruiz Manero: “Las lagunas, desde esta concepción, aparecen como déficits de dos tipos del sistema de reglas preestablecidas en relación con exigencias derivadas de los principios que las justifican. Pues el sistema de reglas, por lo que ahora nos interesa, puede ser deficitario en relación con las exigencias derivadas de los principios, de dos maneras distintas: puede, en primer lugar, crecer, en relación con un caso, de regla en la que subsumirlo, siendo así que la presencia de tal regla viene exigida por el balance entre los principios relevantes; puede, en segundo lugar, no considerar como relevante una propiedad que, de acuerdo con las exigencias derivadas de tal balance, debiera considerar como relevante. Obtenemos así los conceptos de laguna normativa y de laguna axiológica que, como vamos a ver inmediatamente, no son sino reelaboraciones de los conceptos correspondientes de Alchourrón y Bullygin, que se diferencian de ellos únicamente en los que dos extremos siguientes: primero, en que integran la consideración, a la que vengo haciendo repetida referencia, de la dimensión regulativa del derecho como compuesta de dos niveles; segundo, en que integran asimismo la consideración antes expuesta de que la no regulación equivale pragmáticamente a la regulación permisiva.” (MANERO, 2005, p. 123)

Como visto, examinando analiticamente os diversos usos que se atribuem ao termo “lacuna”, é possível identificar que, sob esse rótulo, escondem-se fenômenos distintos. Para além das lacunas normativas, identificam-se fenômenos que Alchourrón e Bulygin denominam “lacunas de conhecimento”, “lacunas de reconhecimento” e “lacunas axiológicas”.

Rejeitada a ideia do direito como sistema fechado, em todas as espécies de lacunas, o intérprete é chamado a participar do processo de elaboração da norma para solucionar o caso individual, com maior ou menor grau de intensidade, observando o sentido ordinário atribuído ao caso pelos destinatários da interpretação. O conceito de lacuna é ainda relacional, porque se apura à luz de um conjunto de casos, do correspondente universo de soluções, tendo em vista um determinado sistema normativo.

Não obstante isso, ao se propor a distinção entre as diversas espécies de lacunas, não se busca fundar um novo vocabulário de compreensão do instituto, mas tão somente distinguir diferentes situações, usos e tratamentos relacionados àquilo que os juristas denominam indistintamente de lacunas. Em outros termos, a intenção aqui não é criar uma nova dogmática jurídica, mas apenas valer-se de recursos metodológicos que ajudem a esclarecer o fenômeno.

Aquilo que nos habituamos a chamar de omissão legislativa e de omissão legislativa inconstitucional, sobretudo para fins de impetração de mandado de injunção, está compreendido em alguns desses fenômenos?

Para poder responder a essa questão, é necessário resgatar a utilização comum que se dá a esses termos na doutrina e nos Tribunais.

José Afonso da Silva, ao tratar do cabimento do mandado de injunção, defende que se o cidadão

é beneficiário de um direito ou prerrogativa constitucional dos indicados no art. 5º, LXXI, da Constituição, que carece de regulamentação para que possa ser exercido, e essa regulamentação não vem, tal fato caracteriza uma espécie de violação de seu direito que o investe na faculdade consequente de impetrar o mandado de injunção para gozá-lo efetiva e concretamente”, tendo em vista que “há inúmeros direitos constitucionais e eventualmente até liberdades cujo exercício requer alguma forma de regulação por lei ou outra providência do Poder Público (SILVA, 1989, p. 22-23).

Flavia Piovesan, após discorrer sobre a possibilidade de a omissão inconstitucional decorrer da falta de lei, da falta de adoção de medidas políticas ou de governo (como, por exemplo, a nomeação de um Ministro do STF pelo Presidente da República) ou da falta de implementação de medidas administrativas, cuida de restringir sua análise à omissão legislativa, que “resulta do silêncio do legislador na tarefa de editar as normas necessárias para efetividade da Constituição. Trata-se do não cumprimento do dever especial de legislar. A omissão, em sentido jurídico-constitucional, significa não fazer aquilo a que se estava constitucionalmente obrigado” (2003, p. 90-91).

Conclui a jurista:

Constata-se assim que a inconstitucionalidade por omissão se situa na fronteira da discricionariedade do legislador e do dever de legislar a que está sujeito, em determinadas hipóteses.

Com efeito, o conceito de discricionariedade no âmbito da legislação traduz a ideia de liberdade e de limitação. Se é reconhecido ao legislador o poder de conformação dentro dos limites estabelecidos na Constituição, vedando-lhe o excesso de poder, por outro lado o poder discricionário de legislar contempla, igualmente, o dever de legislar. (PIOVESAN, 2003, p. 93).

Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco e Inocêncio Mártires Coelho seguem na mesma trilha, pontuando que “a concretização da ordem fundamental estabelecida na Constituição de 1988 carece, nas linhas essenciais, de lei”, competindo “às instâncias políticas e, precipuamente, ao legislador, a tarefa de construção do Estado constitucional” (2007, p. 1.129).

Disso resulta que a omissão legislativa inconstitucional “pressupõe a inobservância de um **dever constitucional de legislar**, que resulta tanto de comandos explícitos da lei Magna como de decisões fundamentais da Constituição identificadas no processo de interpretação” (2007, p. 975, grifo nosso), o que pode ocorrer de forma absoluta ou parcial:

Tem-se omissão absoluta ou total quando o legislador não empreende a providência legislativa reclamada. Já a omissão parcial ocorre quando um ato normativo atende apenas parcialmente ou de modo insuficiente a vontade constitucional (MENDES et al., 2007, p. 975).

Destaca-se, entre os casos de omissão, “a chamada exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade”, que se configura quando “a norma afronta

o princípio da isonomia, concedendo vantagens ou benefícios a determinados segmentos ou grupos sem contemplar outros que se encontram em condições idênticas” (MENDES et al., 2007, p. 976).

Com muita precisão, Jorge Hage, apropriando-se de distinção feita por Canotilho, separa a exigência constitucional de ação (caracterizadora da omissão legislativa) do simples dever geral de legislar (1999, p. 46-49).

No dever geral de legislar, há imposição do dever permanente, porém abstrato, de o legislador editar normas tendentes a alcançar certos fins do Estado (decorrentes de normas programáticas ou normas-fim). Na omissão legislativa, há o descumprimento de uma verdadeira imposição constitucional, permanente e concreta, que acarreta um direito subjetivo à legislação em favor do cidadão. Isso porque, em vista das chamadas prestações positivas do Estado, a ausência de norma infraconstitucional “é impeditiva do exercício de um direito já concedido (já conferido ao cidadão) pela Constituição. Logo, se estará, com tal omissão, inequivocamente ofendendo um direito, e tal ofensa o direito, a toda evidência, não pode deixar de ser reconhecida como questão também jurídica (e não somente ‘política’) a merecer, assim, a correspondente tutela jurisdicional.” (HAGE, 1999, p. 46)¹⁸⁵.

Em inúmeras decisões, o Supremo Tribunal Federal assim define omissão inconstitucional:

Se o Estado deixar de determinar 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

¹⁸⁵ Eis as lições de Canotilho, elaboradas para o contexto brasileiro, citadas por Jorge Hage: “(...) um dever jurídico-constitucional de acção existirá quando as normas constitucionais tiverem a natureza de imposições concretamente impositivas. É difícil, por exemplo, falar em inconstitucionalidade por omissão no caso de não cumprimento de normas-fim ou normas-tarefa. Assim, e para tornar mais transparente esta ideia, não haverá grande utilidade em falar de inconstitucionalidade por omissão pelo não cumprimento do art. 3º, donde se enunciam como objectivos fundamentais ‘construir uma sociedade livre, justa e solidária’; ‘garantir o desenvolvimento nacional’, ‘erradicar a pobreza e a marginalização’, ‘reduzir as desigualdades sociais e regionais’ e ‘promover o bem de todos’. O não cumprimento de normas-fim e normas-tarefa, como as que acabamos de citar, também tem relevo jurídico-constitucional, mas as sanções dependem mais da luta política do que dos mecanismos de controle de inconstitucionalidade por omissão. Mas já haverá inconstitucionalidade por omissão se a lei não estabelecer o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública (art. 5º, XXIV) ou quando a lei não regular a individualização da pena (art. 5º, XLVI). Existe igualmente inconstitucionalidade por omissão quando não são cumpridas ordens de legislar constitucionalmente plasmadas em certos preceitos constitucionais. Assim, por exemplo, (...) se o TSE, nos termos do art. 2º do ADCT, não expedir as normas regulamentadoras do plebiscito (...) (omissis). (Por fim) Poderá, de uma forma geral, falar-se em inconstitucionalidade por omissão quando a Constituição consagra normas sem suficiente densidade para se tornarem exequíveis por si mesmas, reenviando implicitamente para o legislador a tarefa de lhe dar exequibilidade prática.” (CANOTILHO, J.J. Gomes. Tornemos a sério o silêncio dos Poderes Públicos. In: As garantias do Cidadão na Justiça (Sálvio de Figueiredo Teixeira, coordenador), p. 354-355, apud HAGE, 1999, p. 48-49).

dever de prestação que a Constituição lhe impõe, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Deste *non facere* ou *no praestere*, 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. (STF, ADIn-MC 1.458-7, DJ 20/9/1996)

Como se vê, há uma uniformidade na compreensão dos contornos do fenômeno na doutrina e nas decisões do Supremo Tribunal Federal, que é entendido como a ausência de uma norma cuja necessidade decorre de uma imposição da Constituição. Não se trata de uma simples ideia de vazio normativo (incompletude lógica), mas da ausência de uma normatividade justa (ou, precisamente, constitucionalmente necessária) para o exercício de um direito que, de certa forma, já foi reconhecido pela Constituição.

Desses contornos, vê-se que a omissão legislativa inconstitucional é espécie de lacuna axiológica, porque diz respeito à conclusão de que o ordenamento jurídico não fornece a solução adequada para determinado caso, por falta de norma que considere certa propriedade (tida pela Constituição como necessária): a necessidade de imprimir uma regulamentação específica para o exercício do direito de greve do servidor público, de regulamentar o aviso prévio proporcional e o direito de participação dos empregados nos lucros das empresas, de instituir um regime jurídico protetivo para os negros, de estender certo benefício legal conferido aos servidores públicos civis aos militares.

Resgate-se, a propósito, a definição já exposta de Juan Ruiz Manero para o fenômeno:

Um certo caso constitui uma lacuna axiológica de um certo sistema jurídico se e somente se 1) esse sistema contenha uma regra que solucione o caso, porém 2) sem que a aludida regra considere uma propriedade que se tem como relevante, em vista das exigências decorrentes da ponderação entre os princípios relevantes desse sistema jurídico. (MANERO, 2005, p. 123, tradução livre)

Destaca José Juan Moreso que essa definição traz um esclarecimento importante para o fenômeno: a hipótese de relevância identificada num caso de lacuna axiológica pode não ser uma proposição externa ao sistema jurídico, mas interna, exigida, por exemplo, pelas normas constitucionais. Prossegue Moreso:

Neste caso, o juiz deve reformular o microssistema normativo, tendo em conta uma propriedade irrelevante no nível das regras, mas que é relevante no nível dos princípios constitucionais. Creio que este é um

uso interessante e fecundo da noção de lacuna axiológica aplicado aos sistemas constitucionais. (MANERO, 2005, p. 123, tradução livre)¹⁸⁶

A ideia de omissão legislativa inconstitucional, portanto, não se associa ao conceito de lacuna normativa. Isso porque, mesmo considerando que não haja qualquer regulamentação para determinada matéria, a situação não é de ausência de solução normativa para um determinado caso genérico, mas de inexistência de uma solução normativa *adequada*.

Avulta com mais evidência a conclusão de que a inconstitucionalidade por omissão legislativa configura espécie de lacuna axiológica na hipótese de inconstitucionalidade por omissão relativa, resultante do juízo de insuficiência normativa que utiliza como parâmetro não apenas um determinado universo de casos cotejados diretamente com a norma constitucional (um dever constitucional), mas também a regulamentação existente, tida como falha, defeituosa ou incompleta na realização do dever de legislar.

É o que ocorre nas situações em que a omissão se afere a partir da violação ao princípio da igualdade. Elucidativas, a respeito, as ponderações de Ricardo Guastini:

A maioria das constituições contemporâneas prevê o princípio da igualdade. Apesar da diversidade de formulações possíveis, esse princípio é geralmente interpretado pelos Tribunais Constitucionais no sentido de que “casos iguais devem ser regulados da mesma forma, casos diferentes devem ser regulados de modo diverso”. Assim entendido, o princípio da igualdade é uma máquina poderosa para a produção de lacunas axiológicas na legislação.

Uma lacuna axiológica é a ausência de uma regra justa ou correta. Mais precisamente, em um conjunto de normas existe uma lacuna axiológica quando uma classe de pressupostos está regulada por uma norma, mas o intérprete considera que a regulação é insatisfatória. O que falta, portanto, não é uma norma (porque a norma existe), mas uma nova norma que regule o evento de modo “satisfatório”: nesse sentido, uma norma justa.

Pois bem, o princípio da igualdade permite que os intérpretes criem grande quantidade de lacunas axiológicas da seguinte forma:

a) o legislador, ao regulamentar uma classe de pressupostos (por exemplo, a “grandes negócios”), deixa de regular de forma semelhante outra classe de pressupostos (por exemplo, os “pequenos negócios”) que, de acordo com o Tribunal Constitucional, é “substancialmente” igual aos pressupostos já regulados.

¹⁸⁶ No original: “En este caso, el juez debe reformular el microsistema normativo teniendo en cuenta una propiedad irrelevante en el nivel de las reglas, pero que es relevante en el nivel de los principios constitucionales. Creo que éste es un uso interesante y fecundo de la noción de laguna axiológica aplicado a los sistemas constitucionales.” (MANERO, 2005, p. 123)

b) o legislador, regulando uma classe de pressupostos (por exemplo, as “empresas” sem distinção), não foi capaz de distinguir, dentro dessa classe, duas subclasses (por exemplo, as empresas “grandes” e “pequenas”) que, para o Tribunal Constitucional, são “substancialmente” distintas e, portanto, exigem regulações diferentes.

No primeiro caso, o que falta, de acordo com o Tribunal Constitucional, é uma regra de “equalização”. No segundo caso, o que falta, contrariamente, é uma regra “diferenciadora”. Em ambos os casos, a lei é inconstitucional, em função da lacuna axiológica nela contida.

Lacunas axiológicas, por óbvio, não são uma propriedade objetiva do direito; são criadas pelos intérpretes com a finalidade de modificar o direito existente, mediante um juízo subjetivo de justiça, percebida na valoração relativa à igualdade ou diferença substancial entre as classes de pressupostos. (GUASTINI, 2010, p. 91-93, tradução livre)¹⁸⁷

Em todos os casos, a ideia de omissão legislativa inconstitucional como fenômeno associado à lacuna axiológica denuncia a conclusão de que os métodos ordinários de interpretação (que buscam dar o melhor sentido aos textos normativos) não foram suficientes para oferecer uma resposta que se entendesse adequada a determinado caso (a demandar o socorro extremo à jurisdição constitucional).

A omissão legislativa inconstitucional como fenômeno associado à lacuna axiológica ajuda a distinguir, ainda, a situação de omissão legislativa inconstitucional da situação da simples inércia do legislador no cumprimento do seu dever geral de legislar. Pressupõe uma violação ao direito, porque, como lacuna axiológica que é, não prevê

¹⁸⁷ No original: “La mayor parte de las constituciones contemporáneas incluyen el (alguna formulación del) principio de igualdad. A pesar de la diversidad de formulaciones que se encuentran en las diferentes constituciones, generalmente, dicho principio es interpretado por los Tribunales constitucionales en el sentido de que ‘Los caso iguales deben regularse en el mismo modo, los casos diferentes deben regularse en modo diverso’. Así interpretado, el principio de igualdad es una poderosa máquina para la producción de lagunas axiológicas en la legislación. Una laguna axiológica es la ausencia de una norma justa o correcta. Más precisamente: en un conjunto de normas existe una laguna axiológica cuando una clase de supuestos está, nótese, regulada por una norma, pero el intérprete considera que la regulación existente es insatisfactoria. Lo que hace falta, entonces, no es una norma sin especificaciones ulteriores (porque una norma ya existe), sino una norma que regule el supuesto de manera ‘satisfactoria’: en este sentido una norma ‘justa’. Ahora bien, el principio de la igualdad permite a los intérpretes crear una gran cantidad de lagunas axiológicas de la siguiente manera: a) El legislador, al regular una clase de supuestos (por ejemplo, las ‘grandes empresas’), ha omitido regular de la misma manera otra clase de supuestos (por ejemplo, las ‘pequeñas empresas’) que, según el juez constitucional, es ‘substancialmente’ igual a la clase de supuestos regulada. B) El legislador, al regular una clase de supuestos (por ejemplo, las ‘empresas’ sin distinción), ha omitido distinguir, dentro de esa clase, dos subclases (por ejemplo, las ‘grandes’ y las ‘pequeñas’ empresas) que, según el juez constitucional, son ‘substancialmente’ distintas y, por tanto, exigen regulaciones distintas. En el primer caso, lo que falla, según el juez constitucional, es una norma ‘igualadora’. En el segundo caso, lo que falta, por el contrario, es una norma ‘diferenciadora’. En ambos casos, la ley se considera inconstitucional en razón de la laguna axiológica que contiene. Es evidente que las lagunas axiológicas no son una propiedad objetiva del derecho; son creadas por los intérpretes con la finalidad de modificar el derecho existente, mediante un juicio subjetivo de justicia, escondida en la valoración relativa a la igualdad o a la diferencia ‘substancial’ entre las clases de supuestos.” (GUASTINI: 2010, p. 91-93)

uma solução normativa *adequada* (apesar de dar uma solução normativa) para um determinado caso genérico cujas propriedades são relevantes para uma solução jurídica distinta.

Uma última observação. Mesmo sendo legítima a conclusão de que a omissão legislativa inconstitucional é espécie de lacuna axiológica, não se deve pensar que toda espécie de lacuna axiológica se traduza como caso de omissão legislativa inconstitucional. De fato, pode ocorrer lacuna axiológica no âmbito infraconstitucional: pensar, por exemplo, que a legislação civil ou um contrato possuem lacuna axiológica porque não prestigiam a decisão justa para um caso à luz do princípio da boa-fé ou daquele que veda o enriquecimento sem causa (afinal nem todo princípio tem índole constitucional).

8.6 Conclusão

Em coerência com o desenvolvido na Parte I deste trabalho, há de se concluir que a melhor forma de ver o direito passa por concebê-lo, primeiramente, como um sistema aberto, que em certos casos demanda a eleição de critérios que não podem ser encontrados ou justificados logicamente dentro do próprio sistema de normas e que demandam juízo valorativo.

Isso, no entanto, não significa desprezar o argumento lógico-dedutivo na justificação das decisões judiciais, mas apenas situá-la na perspectiva correta. Como enfatiza MacCormick, a conclusão sobre os argumentos dedutivos no direito “é bastante simples: ninguém pode ser mais convincente em suas conclusões que em suas premissas. Assim, quem quer que deseje apresentar um argumento deve estar preparado para defender e justificar suas premissas, usando para tanto uma variedade de argumento práticos ou retóricos” (2008, p. 101), entre os quais se encontra o argumento silogístico.

A omissão legislativa inconstitucional surge no contexto em que o juiz (e a comunidade jurídica) entende que, para determinado caso (em cujo processo de identificação houve certo consenso sobre a avaliação e a classificação dos fatos e do direito), o sistema jurídico conduz, por argumentos dedutivos, a determinada solução jurídica, mas que se considera inadequada em vista de algumas regras e princípios constitucionais, cuja leitura evidencia que a solução jurídica adequada deveria caminhar

para sentido diverso, em vista de uma propriedade relevante não observada pelo sistema normativo¹⁸⁸.

A omissão legislativa inconstitucional, como situação de lacuna axiológica, é importante ferramenta para identificar hipóteses de incompletude do sistema jurídico (não sendo, portanto, um problema de identificação do caso individual). Além disso, em termos da prática jurídica, falar de omissão inconstitucional permite entender que o direito não se assimila à política (ou, nas palavras de Fernando Atria, o direito não tem a mesma contingência da política [2003]), porque institui modos próprios para lidar com as situações de incompletude do direito (pela ausência de uma norma adequada para lidar com um determinado caso genérico).

É o que se desenvolverá no próximo capítulo, ao tratar-se da tutela da jurisdição constitucional perante as omissões inconstitucionais.

¹⁸⁸ Se a propriedade relevante tiver sido levada em consideração pelo sistema jurídico, oferecendo deliberadamente uma solução jurídica que se entende inadequada, não se terá lacuna axiológica e, por decorrência, não haverá omissão inconstitucional (pode-se ter hipótese de inconstitucionalidade por ação).

9 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS OMISSÕES LEGISLATIVAS

9.1 Introdução

Ainda faz sentido distinguir atos comissivos e omissivos para fins do controle de constitucionalidade? Em outros termos, o moderno controle de constitucionalidade não é hoje melhor compreendido como simplesmente o amplo exame da conformidade de todas as condutas socialmente relevantes em face da Constituição?

Há fortes argumentos para assim se pensar.

Rodrigo de Oliveira Kaufmann argumenta, com acuidade que:

Esse processo de relacionamento simbiótico entre Legislativo e Judiciário revela que a omissão legislativa é, em realidade, apenas uma construção argumentativa que visa realocar o fórum competente de decisão de um Poder para outro. Portanto, essa forma de enxergar o processo revela que a omissão legislativa é conceito contingente e pragmático e que, por isso, a capacidade do Supremo Tribunal Federal expedir mandados de injunção é igualmente contingente e pragmática, sem nenhuma relação específica com um formato abstrato de ação judicial ou mesmo com um modelo genérico e padronizado de ‘omissão legislativa’. (KAUFMANN, 2013, p. 323)

Em vista dessa visão, conclui o autor que “hoje, do ponto de vista prático, não faz qualquer sentido isolar determinados exemplos da necessária simbiose que existe entre Legislativo e Judiciário e afirmar que tais questões somente podem ser resolvidas por meio de um instrumento processual específico, o mandado de injunção” (2013, p. 328).

Para Kaufmann, por exemplo, o mandado de injunção seria apenas mais um tipo decisório à disposição do Supremo Tribunal Federal, por meio do qual ele pode se valer de um poder de atribuição inerente ao funcionamento da jurisdição constitucional. “Em outras palavras, o que a Constituição faz ao estabelecer esse dispositivo é reconhecer esse poder atribuição do Supremo Tribunal Federal e dizer que ele pode ser exercido em qualquer atuação da Corte, por meio de qualquer meio processual, desde que se paute no esforço de tornar viável ‘o exercício dos direitos e liberdades constitucionais’” (2013, p. 329).

Deve-se conceder que essa visão possa ser abonada pela apreciação de determinada prática decisória do Supremo Tribunal Federal, que facilmente pode levar à conclusão de que a divisão de atos omissivos e comissivos, pelo menos no que se refere à jurisdição constitucional, é anacrônica.

De fato, o Supremo Tribunal Federal, ao proferir sentenças de perfil aditivo, de interpretação conforme, que se baseiam em analogia, ou que explicitam orientações normativas, seja em controle difuso, seja em controle abstrato, abona a conclusão de que não é factível nem há sentido em isolar o fenômeno da omissão legislativa inconstitucional, que representaria apenas um artifício hermenêutico para justificar um ativismo judicial, como bem sintetizado por Rodrigo de Oliveira Kaufmann (2013, p. 323-329).

Exemplo que demonstraria a ociosidade de pensar a jurisdição constitucional no âmbito das omissões legislativas estaria no julgamento Mandado de Segurança n.º 22.307 (STF, Rel. Min. Marco Aurélio, 1997), por meio do qual o Supremo Tribunal Federal estendeu aos servidores civis o reajuste de 28,86% concedido pela Lei n.º 8.627, de 1993, aos servidores militares, o que se fez por meio de raciocínio analógico e do princípio da isonomia (e, tendo como pano de fundo a determinação constitucional de reajuste anual dos vencimentos contida nos incisos X e XV do art. 37 da CF/88), em vez de utilizar-se do conceito de omissão legislativa inconstitucional (KAUFMANN, 2013, p. 316 e 324).

No julgamento da união estável dos homossexuais (ADPF 132), o STF simplesmente decidiu que a Constituição admitia o reconhecimento da união de indivíduos do mesmo sexo como sendo protegida pelo Direito, sendo ociosa a intermediação legislativa faltante para tal reconhecimento. Desprezou, como se vê, a distinção entre ação e omissão.

Essa categoria foi colocada em segundo plano em vista da utilização da técnica da interpretação conforme a Constituição para retirar da leitura do art. 1.723 do Código Civil – o qual dispõe: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” – qualquer interpretação obstativa do reconhecimento das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo¹⁸⁹.

¹⁸⁹ Eis o fragmento da ementa do julgado, no particular: “INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de ‘interpretação conforme a Constituição’. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.” (STF, ADPF 132, 2011)

Essa certamente é uma forma de encarar a jurisdição constitucional. Contudo, não é a melhor forma, porque implica a diluição da política ordinária na jurisdição (constitucional).

Não se pode perder de vista que a jurisdição constitucional está engajada num audacioso projeto de limitação de poder, por meio de um complexo de arranjo de freios e contrapesos, que busca evitar a hegemonia de uma função do Estado por outra, que mitigue o poder político da sociedade.

É bom que a jurisdição constitucional, nesse contexto, adote uma postura de autorrestrição. A distinção entre ação e omissão, no âmbito do controle de constitucionalidade, oferece uma grande contribuição para isso.

Embora, em princípio, esteja no campo do viável (porque não absurdo) considerar que uma determinada conduta pode ser examinada ou não a partir das categorias “ação” e “omissão”, prestigiar esse binômio e esforçar-se para utilizá-lo são instrumentos hábeis para avaliar o grau e a qualidade de interferência da jurisdição constitucional no campo de atuação das outras instituições políticas (sempre realizada sob a justificativa de restabelecer a integridade do ordenamento jurídico-constitucional).

A prática jurídica demonstra que essa distinção é relevante quando se observa que a Constituição, por exemplo, faz questão de fixar que “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” (§ 2º do art. 103 da Constituição).

Quando se resgata essa distinção, chega-se ainda à conclusão de que caberia ao Poder Judiciário (genericamente considerado) adotar uma maior cerimônia antes de intervir na esfera de atuação de outros Poderes.

Prestigiar a categoria referente às omissões inconstitucionais representa, portanto, (i) uma postura de respeito às instituições políticas, porque resgata a função dos outros Poderes e preserva o espaço de atuação da representação política tradicional, e (ii) um protesto ao desmesurado ativismo judicial, que se manifesta pelo desprezo à política institucionalizada e pela crença de que a ação política pode ser feita de qualquer forma e fora dos canais institucionais apropriados, desde que os fins a justifiquem.

Partindo dessa leitura, cumpre, neste capítulo, prosseguir no esforço de definição do campo conceitual da omissão legislativa inconstitucional como objeto de controle da

jurisdição constitucional (já iniciado no capítulo anterior), o que exigirá a reconstrução do sentido de omissão legislativa inconstitucional no âmbito da Constituição de 1988 e contará com uma avaliação de como o problema é tratado no direito comparado. Antes, porém, cabe identificar a forma como, dogmaticamente, as decisões da jurisdição constitucional praticadas pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade das omissões legislativas têm aptidão para conformar o sistema normativo, estabelecendo um diálogo institucional com os demais Poderes (legislador, administrador, juízes e tribunais ordinários).

9.2 A forma de incidência do controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal no ordenamento jurídico

De ordinário, o objeto do controle de constitucionalidade são as leis e quaisquer atos normativos do Poder Público, como se deduz da leitura do disposto nos arts. 97; 102, incisos I, alínea “a”, e III; 103-A, § 1º, todos da Constituição. Noutras palavras, as normas jurídicas públicas (ou normas que configurem “expressão de poder público”) são necessariamente passíveis de controle¹⁹⁰ (MORAIS, 2006, p. 416-420).

Como explica Carlos Blanco de Moraes, “trata-se de uma decorrência lógica e finalística da própria noção de Constituição Material como estatuto do poder político, avultando dentro deste a necessidade de se assegurar o controlo dos órgãos do poder e das suas manifestações normativas de autoridade, seja a nível político, seja a nível jurisdicional” (2006, p. 421).

Ainda no nível da definição do objeto do controle de constitucionalidade, surge a indagação sobre a forma como incide o controle sobre a norma jurídica e sobre o sistema jurídico.

¹⁹⁰ Como destaca Carlos Blanco de Moraes, a regra é que o controle de constitucionalidade se dirija contra normas públicas (regras gerais e abstratas emanadas do Poder Público). Atos privados ou atos públicos concretos são objeto, ordinariamente, de controle pelo sistema de legalidade e submetidos ao controle judicial ordinário (MORAIS, 2006, p. 436-440). Não se ignora que há a tendência de se reconhecer, em certas situações, que as normas geradas no âmbito da autonomia privada também integrem objeto de fiscalização (MORAIS, 2006, p. 418-420). Em vista da conformação do Estado Administrativo, também se observa o alargamento do controle de constitucionalidade para atos concretos dos Poderes Públicos (atos administrativos e “leis com efeitos concretos”) (MORAIS, 2006, p. 440-464). No Brasil, ao fundamento da existência da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, pode-se ver a tendência de se estender o controle de constitucionalidade também às manifestações normativas privadas (STF, 2ª Turma, RE 201.819, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, DJ 27/10/2005). A respeito da incidência do controle de constitucionalidade sobre atos concretos do Poder Público, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem se inclinado por sua admissibilidade, sobretudo após o advento do instituto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (art. 102, § 1º, da CF; Lei n. 9.882, de 1999). Vide a respeito os seguintes precedentes do Supremo Tribunal Federal: ADPF-MC 167, Rel. Min. Eros Grau, DJ 26/2/2010; ADI-MC 4.048, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 22/8/2008; ADPF-QO 54, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 31/8/2007.

Lança luzes sobre o tema a compreensão a respeito do efeito vinculante da interpretação fixada pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade

A esse respeito, estabelece o § 2º do art. 102 da Constituição (com a redação que lhe deu a EC 45, de 2004), que “as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

Como visto no Capítulo 6, há a tendência de o Supremo Tribunal estender esses efeitos ainda para o controle difuso, reforçada pelo advento da Súmula Vinculante, na medida em que o art. 103-A da Constituição (inserido pela EC 45, de 2004) prevê que:

O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

No nível legal, prevê o parágrafo único do art. 28 da Lei n.º 9.868, de 1999, que “a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, tem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”.

Como se vê da leitura das normas pertinentes, “o efeito vinculante e a eficácia contra todos (*erga omnes*), que qualificam os julgamentos que o Supremo Tribunal Federal profere em sede de controle normativo abstrato, incidem, unicamente, sobre os demais órgãos do Poder Judiciário e os do Poder Executivo, não se estendendo, porém, em tema de produção normativa, ao legislador, que pode, em consequência, dispor, em novo ato legislativo, sobre a mesma matéria versada em legislação anteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo, ainda que no âmbito de processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, sem que tal conduta importe em desrespeito à autoridade das decisões do STF” (STF, RCL 5.442-MC, 2007)

Esse efeito vinculante, nas situações indicadas pela norma, estaria restrito, para Elival da Silva Ramos, à declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma, emanada do Supremo Tribunal Federal. Em suas palavras:

Se o acréscimo da eficácia vinculativa teve por escopo combater a resistência injustificada da magistratura de base à observância das decisões de controle abstrato, mesmo sendo estas dotadas de ampla eficácia subjetiva, impondo-se diante de todos, pode-se daquela extrair uma obrigação de respeito ao decidido, em termos assemelhados ao dever que os juízes e autoridades administrativas têm de fiel acatamento aos comandos emanados do legislador [...]. Diante da outorga de efeitos vinculantes às decisões definitivas de mérito do Supremo Tribunal Federal no controle principal de constitucionalidade, estão os demais órgãos do Poder Judiciário e os órgãos e autoridades administrativas em geral, no exercício das respectivas atribuições, jungidos diretamente às declarações de inconstitucionalidade e de constitucionalidade pronunciadas pela Corte Suprema, sob pena de, em caso de oposição infundada aos decisórios, responderem administrativa e civilmente. (RAMOS, 2010b, p. 294)

A partir da leitura que o Supremo Tribunal Federal confere a sua competência, a percepção que se pode emprestar ao efeito vinculante fica, no entanto, mais ampla.

Definindo o conteúdo desse efeito vinculante, que, sob a égide da Constituição de 1988, foi previsto primeiramente para a Ação Declaratória de Constitucionalidade (EC n.º 3, de 1993), o Supremo Tribunal Federal entendeu, no julgamento da ADC-QO n.º 1, que:

[...] essas decisões, sejam de procedência (constitucionalidade) ou de improcedência (inconstitucionalidade), não apenas terão eficácia erga omnes, mas também força vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo. É um plus com relação à ação direta de inconstitucionalidade [...]. De feito, se a eficácia erga omnes que também possuem suas decisões de mérito lhe dá a mesma eficácia que têm as decisões de mérito das ações diretas de inconstitucionalidade (e – note-se – é em virtude dessa eficácia erga omnes que esta Corte, por ser alcançada igualmente por ela, não pode voltar atrás na declaração que nela fez anteriormente), do efeito vinculante que lhe é próprio resulta:

a) – se os demais órgãos do Poder Judiciário, nos casos concretos sob seu julgamento, não respeitarem a decisão prolatada nessa ação, a parte prejudicada poderá valer-se do instituto da reclamação para o Supremo Tribunal Federal, a fim de que este garanta a autoridade dessa decisão; e

b) – essa decisão (e isso se restringe ao dispositivo dela, não abrangendo – como sucede na Alemanha – os seus fundamentos determinantes, até porque a Emenda Constitucional n. 3 só atribui efeito vinculante à própria decisão definitiva de mérito), essa decisão,

repto, alcança os atos normativos de igual conteúdo daquele que deu origem a ela, mas que não foi seu objeto, para o fim de, independentemente de nova ação, serem tidos como constitucionais ou inconstitucionais, adstrita essa eficácia aos atos normativos emanados dos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo, uma vez que ela não alcança os atos editados pelo Poder Legislativo. (STF, ADC-QO n.º 1, 1993, p. 18-20)

Tendo-se definido, no julgamento da ADC-QO n.º 1, que o efeito vinculante da decisão “alcança os atos normativos de igual conteúdo daquele que deu origem a ela [decisão], mas que não foi seu objeto” (não alcançando, pois, os atos legislativos), vislumbra-se que os fundamentos da decisão influenciam na definição da amplitude do efeito vinculante do julgado, haja vista que, apenas do exame dos fundamentos, torna-se viável adquirir uma adequada compreensão a respeito do conteúdo da norma considerado constitucional ou inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Nessa trilha, em um segundo momento, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal extraiu do efeito vinculante a necessidade de observância, pelo Judiciário e pelo Executivo, dos fundamentos determinantes da decisão.

No julgamento da Reclamação n.º 2.363 (a qual se voltava contra decisão do Presidente de Tribunal Regional do Trabalho de determinar o sequestro de verbas públicas em razão de sua não inclusão no orçamento, a fim de demonstrar a afronta ao entendimento fixado pelo STF no julgamento da ADI n. 1.662, que cuidou de apreciar a constitucionalidade de específica Resolução do Tribunal Superior do Trabalho), o Min. Gilmar Mendes adotou a seguinte premissa:

a limitação do efeito vinculante à parte dispositiva da decisão tornaria de todo despiciendo esse instituto, uma vez que ele pouco acrescentaria aos institutos da coisa julgada e da força da lei. Ademais tal redução diminuiria significativamente a contribuição do Tribunal para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional [...]; [para, em seguida, concluir que] o efeito vinculante alcança os fundamentos determinantes da decisão (STF, RCL 2.363, 2003, p. 151-152).

No aludido julgamento, assinalou o Min. Gilmar Mendes:

A aplicação dos fundamentos determinantes de um *leading case* em hipóteses semelhantes tem-se verificado, entre nós, até mesmo no controle de constitucionalidade de leis municipais. Em um levantamento precário, pude constatar que muitos juízes desta Corte têm, constantemente, aplicado em caso de declaração de inconstitucionalidade o precedente fixado a situações idênticas

reproduzidas em leis de outros municípios. (STF, RCL 2.363, 2003, p. 154)

Na decisão monocrática proferida pelo Min. Cezar Peluso, no julgamento da Reclamação n.º 8.662, a amplitude do efeito vinculante, na compreensão atual do Supremo Tribunal Federal, restou assim sintetizada:

Conforme já assentou esta Corte, os fundamentos ou motivos determinantes de decisão proferida no âmbito de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, seja em sede liminar, seja em pronunciamento definitivo, são dotados de eficácia vinculante transcendente (art. 102, § 2º, da CF; art. 28, § único, da Lei n.º 9.868, de 10.11.1999), apta a ensejar, quando contrariado o entendimento que ali se firmou, por outro órgão do Poder Judiciário ou pela administração pública, a propositura de reclamação ao Supremo Tribunal Federal (art. 102, inc. I, "I", da CF), para fazer prevalecer-lhe a postura adotada (Rcl n.º 2.363, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJ de 01.04.2005; Rcl n.º 2.143-AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 06.06.2003; RCL n.º 1.987, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, DJ de 21.05.2004; Rcl n.º 1.722, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 13.05.2005; Rcl n.º 3.625-MC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 08.11.2005; Rcl n.º 3.291, Rel. Min. CEZAR PELUSO, DJ de 31.05.2005; Rcl n.º 2.986-MC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 18.03.2005; Rcl n.º 2.291-MC, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJ de 01.04.2003).

Mas não é o caso dos autos. É que só se torna lícito falar em afronta à eficácia vinculante da *ratio decidendi* de decisão proferida por esta Corte, no bojo de ADI ou ADC, nos casos em que o provimento jurisdicional ou administrativo impugnado verse a mesma questão jurídica, decidida em sentido contraditório ao teor do aresto invocado como paradigma. Torna-se necessário que a matéria de direito debatida no pronunciamento, cuja autoridade se alega ofendida, seja em tudo semelhante, senão idêntica, àquela sobre a qual se funda a decisão que teria desembocado em conclusão oposta. De outra forma, distintas as situações, não se justifica nem legitima a imposição da eficácia vinculante para além dos limites objetivos e subjetivos da ação em que se exerceu controle concentrado de constitucionalidade. (STF, RCL 8.662, 2009).

O efeito vinculante das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade indica que a interpretação adotada pela Corte é genericamente obrigatória, tal como o é a legislação, para o Judiciário e a Administração Pública. É dizer: a decisão do Tribunal passa a integrar, de certa forma, o ordenamento jurídico como norma geral e abstrata. E, nessa medida, passa a interagir com todo o ordenamento jurídico.

Uma das consequências dessa realidade, bem identificada por Augusto Martín de la Vega, com apoio nas lições de Ruggeri¹⁹¹, é que a sentença que julga arguição de inconstitucionalidade reflete “uma valoração abrangente das interconexões possíveis entre o inteiro ordenamento e a norma impugnada, de tal forma que a Corte deverá alcançar uma ordem normativa o mais conforme possível com os valores constitucionais [...] avaliando os possíveis efeitos e consequências temporais sobre o ordenamento por inteiro”, com o que estaria assegurada “a possibilidade de evolução por meio da modificação da norma, do ordenamento ou da relação norma/ordenamento” (VEGA, 2003, p. 79, tradução livre).

No controle das omissões inconstitucionais, o cenário não é substancialmente distinto (como se detalhará adiante): o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito da jurisdição constitucional, de situação de omissão legislativa inconstitucional representa o reconhecimento de que exaurida está a tentativa de buscar uma solução normativamente adequada por meio de métodos hermenêuticos tradicionais.

Dado o efeito vinculante da declaração de inconstitucionalidade, o reconhecimento da omissão legislativa inconstitucional cria uma situação jurídica que passa pela identificação de que há uma solução normativa que, embora insuficiente ou inadequada (por não levar uma propriedade relevante em consideração), existe e se impõe, enquanto não superado o problema da omissão.

Ajuda a ilustrar o raciocínio o seguinte caso decidido pelo Supremo Tribunal Federal, acerca do disposto no art. 192, § 3º, da Constituição, em sua redação original, que dispunha que “As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar”.

A respeito dessa norma, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento no sentido de que “não é de se admitir a eficácia imediata e isolada do disposto em seu parágrafo 3º, sobre taxa de juros reais (12 por cento ao ano), até porque estes não foram conceituados” (STF, ADI 4, 1993).

¹⁹¹ Esclarece Martín de la Vega que, para Ruggeri, o controle de constitucionalidade opera sobre a norma jurídica (e não apenas sobre o texto legal), razão por que o jurista italiano estabeleceu como objeto do controle de constitucionalidade a “situação normativa” (e não o pedido ou a causa de pedir) (VEGA, 2003, p. 79).

Em vista da falta de norma regulamentadora, o Supremo Tribunal Federal foi chamado a apreciar, em sede de inúmeros mandados de injunção, a omissão legislativa inconstitucional do Congresso Nacional, concluindo pela sua ocorrência. Bem exemplifica esse entendimento a ementa do seguinte julgado:

- Mandado de injunção. Juros reais. Parágrafo 3º do artigo 192 da Constituição.

[...]

- Passados mais de cinco anos da promulgação da Constituição, sem que o Congresso Nacional haja regulamentado o referido dispositivo constitucional, e sendo certo que a simples tramitação de projetos nesse sentido não é capaz de elidir a mora legislativa, não há dúvida de que esta, no caso, ocorre.

Mandado de injunção deferido em parte, para que se comunique ao Poder Legislativo a mora em que se encontra, a fim de que adote as providências necessárias para suprir a omissão. (STF, MI 323, 1994)

O reconhecimento da situação de omissão legislativa inconstitucional, que só poderia ser suprida pelo Legislador, sendo inviável o suprimento judicial, criou impedimento para os juízes e tribunais ordinários aplicarem o § 3º do art. 192 da Constituição, como facilmente se identifica do seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal (semelhante a milhares de outros):

[...] A regra inscrita no art. 192, § 3º, da Carta Política - norma constitucional de eficácia limitada - constitui preceito de integração que reclama, em caráter necessário, para efeito de sua plena incidência, a mediação legislativa concretizadora do comando nela positivado. O Congresso Nacional desempenha, nesse contexto, a relevantíssima função de sujeito concretizante da vontade formalmente proclamada no texto da Constituição. Sem que ocorra a *interpositio legislatoris*, a norma constitucional de eficácia limitada não produzirá, em plenitude, as consequências jurídicas que lhe são pertinentes. Ausente o ato legislativo reclamado pela Constituição, torna-se inviável pretender, desde logo, a observância do limite estabelecido no art. 192, § 3º, da Carta Federal. (STF, RE 168.501, 1993)

Significa dizer que, também no âmbito das omissões legislativas inconstitucionais, observa-se ser aplicável o entendimento acerca do efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal para a Administração Pública e o Judiciário, que têm o dever de conformarem-se ao preceito emanado da Corte.

Em função dessa característica das decisões definitivas que profere, o Supremo Tribunal Federal tem exercido um poder cautelar para prevenir a efetividade do efeito

vinculante de suas decisões. Trata-se da determinação de suspensão das atividades da jurisdição ordinária a respeito de assunto sobre o qual haverá decisão do Tribunal.

De fato, no julgamento de ações de declaração de constitucionalidade, o Tribunal pode “deferir pedido de medida cautelar [...] consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo” (art. 21 da Lei n.º 9.868, de 1999). No julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade, é possível “a concessão da medida cautelar” para tornar “aplicável a legislação anterior acaso existente” (§ 2º do art. 12 da Lei n.º 9.868, de 1999).

Mesmo no âmbito do controle difuso, o Supremo tem se utilizado dessa possibilidade de obstar a atuação da jurisdição ordinária, nos recursos extraordinários submetidos ao regime da repercussão geral. De fato, com base no disposto no art. 328 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, a Corte tem determinado o sobrestamento de milhares de causas que estejam tramitando nas instâncias ordinárias e que versem sobre tema que tenha matéria constitucional carente de apreciação¹⁹².

No âmbito do controle das omissões legislativas inconstitucionais, a Lei n.º 9.868, de 1999, com a redação que lhe deu a Lei n.º 12.063, de 2009, prevê, no § 1º do art. 12-F, que “a medida cautelar poderá consistir na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial, bem como na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, ou ainda em outra providência a ser fixada pelo Tribunal”.

Nesse aspecto, como se vê, a força do efeito vinculante sobrepuja os efeitos ordinários da legislação, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal pode emitir comando voltado à preservação dos efeitos futuros de sua decisão, interditando a manifestação de juízes e Tribunais ordinários sobre a matéria.

¹⁹² Foi o que ocorreu nos autos do Recurso Extraordinário n.º 626.307-SP, por meio do qual o Min. Dias Toffoli determinou o sobrestamento de milhares de causas em todo o país que tivessem “como objeto da lide a discussão sobre os expurgos inflacionários advindos, em tese, dos planos econômicos Bresser e Verão, em curso em todo o país, em grau de recurso, independentemente de juízo ou tribunal, até julgamento final da controvérsia pelo STF [...]”. Essa decisão, proferida em 26.8.2010, ainda hoje, em dezembro de 2012, está vigente, em vista da ausência de julgamento pelo Supremo Tribunal sobre a matéria.

9.3 Uma resenha sobre o controle de constitucionalidade das omissões legislativas no Brasil

Nas palavras de Elival da Silva Ramos, a inconstitucionalidade por omissão se configura pela (i) existência de uma norma constitucional de eficácia limitada, impositiva de um dever específico de legislar ou de editar ato administrativo-normativo; ii) falta de atuação dos Poderes incumbidos de colmatar o vazio normativo¹⁹³; e iii) ultrapassagem do prazo constitucionalmente estipulado para tanto ou demora desarrazoada na adoção das providências necessárias (2010b, p. 93).

Na inconstitucionalidade legislativa por omissão, a questão “não é de ausência de norma, mas a existência de norma incompleta quanto aos seus efeitos por haver o Constituinte deferido ao legislador infraconstitucional o poder de fazê-la atuar em modo e momento adequados” (RAMOS, 2010b, p. 93-94).

Se o dever de legislar é inteiramente descumprido, configura-se omissão inconstitucional total; se for cumprido de forma insuficiente, configura-se a denominada omissão inconstitucional parcial¹⁹⁴. Se a omissão inconstitucional decorrer de um dever autônomo de legislar, tem-se omissão inconstitucional absoluta; se resultar de uma violação ao princípio da isonomia, tem-se uma omissão inconstitucional relativa (RAMOS, 2010b, p. 95)¹⁹⁵, também denominada *exclusão arbitrária de benefício* (SEGADO, 2008, p. 81-82).

No que se refere às modalidades de controle das omissões inconstitucionais, a Constituição de 1988, ainda segundo as lições de Elival da Silva Ramos, revelou-se sintonizada com o constitucionalismo contemporâneo, ao lidar do problema da omissão de medida normativa em afronta a específico dever constitucional de legislar, dando-lhe tratamento no âmbito da jurisdição constitucional sem comprometer o esquema geral de partilha de funções entre os Poderes, por meio de dois institutos específicos: a ação

¹⁹³ Na generalidade dos casos, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que, iniciado o processo legislativo, não se configura a omissão inconstitucional do legislador. No julgamento da ADI (por omissão) n.º 3.682, entendeu, no entanto, que, em certas circunstâncias, a existência de projetos de lei em tramitação podem não ser suficientes para elidir a mora legislativa, quando se verifica uma inércia na deliberação que se estende por prazo indefinido (STF, ADI 3.682, 2007, p. 304).

¹⁹⁴ Como bem percebido pelo Min. Gilmar Ferreira Mendes, a omissão parcial constitui “figura fronteira entre a ação e a omissão inconstitucional, pois a afirmação de que o legislador não cumpriu integralmente o dever de legislar contém, implícita, uma censura da própria normação positiva.” (STF, ADI 875, 2010, fls.247)

¹⁹⁵ Conforme Elival da Silva Ramos, “as duas classificações podem ser combinadas, de modo a constatar que, enquanto as omissões totais são sempre absolutas, as parciais se subdividem em omissões parciais absolutas e omissões parciais relativas, no primeiro caso pela ‘não suficiente satisfação de um dever autônomo de legislar’ e, no segundo, ‘pelo descumprimento da cláusula geral da isonomia’.” (2010b, p. 95)

direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção (RAMOS, 2010b, p. 304).

Na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, como modalidade de controle abstrato, o foco da preocupação é o diálogo entre o Poder Legislativo e o Tribunal Constitucional, “dado que está em causa a aparente ‘criação’ de normas com efeitos gerais”. No mandado de injunção, que se situa no âmbito do controle concreto, o cerne da questão está, em princípio, na delimitação de competências entre o Tribunal Constitucional e a jurisdição ordinária, dado que a questão “desenrola-se no âmbito de um processo de integração de lacunas ou omissões relativas disputado por dois tipos de jurisdições” (MORAIS, 2009 p. 35).

9.3.a A ação direta de inconstitucionalidade por omissão

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão é ação de controle concentrado, objetivo e abstrato, de competência do Supremo Tribunal Federal, quando exercida em razão de omissão decorrente de lei federal ou estadual em face da Constituição¹⁹⁶ (art. 102, inciso I, alínea ‘a’, CF/88) e que pode ser proposta pelos legitimados previstos no art. 103 da Constituição, em vista da índole objetiva do processo¹⁹⁷.

Nos termos do § 2º do art. 103 da Constituição, para as situações de omissão legislativa, “declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias”.

Disciplinando o procedimento da ação, a Lei n.º 9.868, de 1999, na redação que lhe deu a Lei n.º 12.063, de 2009, indica o cabimento da ação por omissão total ou

¹⁹⁶ Em face do que dispõe o art. 125, § 2º, da Constituição [“Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão”], pode-se defender que pode ser atribuído aos Tribunais a competência para realizar controle de omissões legislativas estaduais e municipais em face da Constituição Estadual. É o que defende Elival da Silva Ramos (2010b, p. 310).

¹⁹⁷ Dispõe o art. 103 da Constituição que: “Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; 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.”

parcial¹⁹⁸, presente essa última quando se identifica a existência de norma que confere tratamento insuficiente para cumprir a imposição constitucional.

A lei prevê a possibilidade de concessão de medida liminar, em casos excepcionais de urgência e relevância da matéria (por decisão da maioria absoluta do Plenário, com quórum de deliberação de, pelo menos, 8 Ministros, nos termos do art. 22), a qual poderá “consistir na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial, bem como na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, ou ainda em outra providência a ser fixada pelo Tribunal” (art. 12-F, *caput* e § 1º, da Lei 9.868, de 1999).

No que se refere ao provimento final, a Lei 9.868, de 1999 (com a redação conferida pela Lei n.º 12.063, de 2009) prevê que se aplicarão ao julgamento de procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão as disposições cabíveis do regime de decisões da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade (que dispõe, entre outras medidas, sobre a possibilidade de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade).

É provável que a disciplina legal enseje a modificação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito de alguns aspectos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Isso porque, antes do advento da Lei n.º 12.063, de 2009, o Tribunal não admitia a concessão de medida cautelar nesta ação¹⁹⁹ nem cogitava a possibilidade de modulação dos efeitos da sentença, considerando que a procedência

¹⁹⁸ A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já fazia a distinção entre omissão legislativa parcial e total, como se vê do seguinte precedente:

“[...] 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 sujeito concretizante do postulado constitucional que garante à classe trabalhadora um piso geral de remuneração digna (CF, art. 7º, IV), estará realizando, de modo imperfeito, porque incompleto, 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 compromete a eficácia da declaração constitucional de direitos 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, refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado - além de gerar a erosão da própria consciência constitucional - qualifica-se, perigosamente, como um dos processos informais de mudança ilegítima da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do Poder Judiciário [...]” (STF, ADI 1442, Relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 3/11/2004, DJ 29/4/2005)

¹⁹⁹ Vide, a respeito: ADI 1996, Rel. Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgado em 16/6/1999, DJ 28/2/2003; ADI 1458 MC, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 23/5/1996, DJ 20/9/1996; ADI 1387 MC, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 6/3/1996, DJ 29/3/1996.

da ação, no caso se omissão legislativa inconstitucional, resultaria apenas na notificação do órgão competente para que fosse suprida a situação de vazio normativo.

Essa avaliação deriva da constatação de que o Supremo Tribunal Federal já ensaiou a possibilidade de ir além do mero reconhecimento da mora do Congresso Nacional no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, quando fixou, por exemplo, prazo de 18 meses para que o Congresso Nacional editasse lei complementar para tratar de criação, desmembramento, fusão e incorporação de municípios (como determinado pelo art. 18, § 4º, da Constituição, com a redação que lhe deu a EC 15, de 1996). Eis, como se vê da ementa do acórdão lavrado nos autos da ADI por omissão nº 3.682, o resultado do julgamento:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. INATIVIDADE DO LEGISLADOR QUANTO AO DEVER DE ELABORAR A LEI COMPLEMENTAR A QUE SE REFERE O § 4º DO ART. 18 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NA REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 15/1996. ACÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

1. A Emenda Constitucional n.º 15, que alterou a redação do § 4º do art. 18 da Constituição, foi publicada no dia 13 de setembro de 1996. Passados mais de 10 (dez) anos, não foi editada a lei complementar federal definidora do período dentro do qual poderão tramitar os procedimentos tendentes à criação, incorporação, desmembramento e fusão de municípios. Existência de notório lapso temporal a demonstrar a inatividade do legislador em relação ao cumprimento de inequívoco dever constitucional de legislar, decorrente do comando do art. 18, § 4º, da Constituição.

2. Apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei apresentados visando à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, é possível constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar em referência. As peculiaridades da atividade parlamentar que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional. A *inertia deliberandi* das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

3. A omissão legislativa em relação à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, acabou dando ensejo à conformação e à consolidação de estados de inconstitucionalidade que não podem ser ignorados pelo legislador na elaboração da lei complementar federal.

4. Ação julgada procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão. Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do

Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios. (STF, ADI 3682, 2007)

A preocupação manifestada pelo Relator, Min. Gilmar Mendes, no voto condutor desse julgado, ao fixar prazo de 18 meses para a edição da Lei Complementar, era instar o Congresso Nacional a deliberar sobre as situações de fato já consolidadas, mas francamente inconstitucionais.

O Congresso Nacional não chegou a editar a Lei Complementar, mas, demonstrando certa sensibilidade com as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal acerca da matéria, ofereceu-lhe uma resposta, ao promulgar a Emenda Constitucional n.º 57, de 18 de dezembro de 2008 (um mês depois de escoado o prazo de 18 meses assinalado pelo Supremo Tribunal Federal) para convalidar “os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação” (nova redação do art. 96 do ADCT).

Outras perspectivas podem surgir para a ADI por omissão.

No campo da omissão legislativa parcial, o Supremo Tribunal Federal concluiu, em 2010, o julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade nas quais era impugnada a omissão do Congresso Nacional em editar nova lei que dispusesse sobre os critérios de repartição das receitas recolhidas pela União e destinadas ao Fundo de Participação dos Estados, cuja lei disciplinadora, de 1992, não mais espelharia os parâmetros constitucionalmente adequados (voltados à manutenção do equilíbrio socioeconômico entre os Estados).

A questão em julgamento, como se vê, dizia respeito à omissão parcial, em vista da insuficiência do acervo normativo existente. Em sua decisão, o Tribunal, para além de reconhecer a inconstitucionalidade por omissão parcial, fixou prazo para o Congresso Nacional legislar (31 de dezembro de 2012), depois do que a norma perderá sua validade, como bem se percebe da leitura da ementa:

Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI n.º 875/DF, ADI n.º 1.987/DF, ADI n.º 2.727/DF e ADI n.º 3.243/DF). Fungibilidade entre as ações diretas de inconstitucionalidade por ação e por omissão. Fundo de Participação dos Estados - FPE (art. 161, inciso II, da Constituição). Lei Complementar n.º 62/1989. Omissão inconstitucional de caráter parcial. Descumprimento do mandamento constitucional constante do art. 161, II, da Constituição, segundo o qual lei complementar deve estabelecer os critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados, com a finalidade de promover o equilíbrio socioeconômico entre os entes federativos. Ações julgadas procedentes para declarar a inconstitucionalidade, sem a pronúncia da nulidade, do art. 2º, incisos I e II, §§ 1º, 2º e 3º, e do Anexo Único, da Lei Complementar n.º 62/1989, assegurada a sua aplicação até 31 de dezembro de 2012. (STF, ADI 875, 2010)

Partindo do pressuposto de que a suspensão (ou declaração de nulidade) da norma que padece do vício da inconstitucionalidade por omissão parcial agravaria a situação de inconstitucionalidade, o Min. Gilmar Mendes, em seu voto, conclui que a superação da situação inconstitucional pode demandar que a decisão contemple duas etapas que se sucedem no tempo: uma primeira com o reconhecimento da inconstitucionalidade (sem a pronúncia de nulidade) e a segunda, com a aplicação da sanção de nulidade (STF, ADI 875, fls. 270-277). E assim foi feito, de modo que, em 31 de dezembro de 2012, a Lei Complementar n.º 62/1989 perde, em princípio, sua validade.

No campo da omissão legislativa relativa (i.e., por afronta ao princípio da igualdade), é provável que, no bojo do processo de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, passe a ser exercida em sua plenitude uma das três alternativas de equacionamento possíveis dessa situação: i) a declaração de inconstitucionalidade da disposição legal que criou a vantagem discriminatória, com a sua declaração de nulidade; ii) a declaração de inconstitucionalidade da interpretação que impõe a discriminação injustificada (estendendo-se o benefício às categorias excluídas); e iii) a declaração de inconstitucionalidade por omissão parcial apenas para o fim de reconhecer a mora do órgão competente para editar a norma, notificando-o para que supra a omissão (nas hipóteses em que se possa considerar que haja uma liberdade de conformação do legislador que mereça ser preservada)²⁰⁰.

É importante registrar, por fim, que, até 2007, poucas tinham sido as ações diretas de inconstitucionalidade propostas perante o Supremo Tribunal Federal: não passavam

²⁰⁰ Essas três alternativas para lidar com omissões legislativas relativas são descritas por Elival da Silva Ramos (2010b, p. 308-310), mas não se pronuncia o autor sobre a possibilidade de essas três alternativas serem enfrentadas no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

de cem (precisamente, 97, até janeiro de 2007, conforme registrado pelo Min. Gilmar Mendes em seu voto na ADI 3.682 [2007, p. 295-298]). A indicação de que o Supremo Tribunal Federal pode se valer desta ação para promover um diálogo institucional mais efetivo com o Congresso Nacional e o advento da regulamentação legal para a ação têm o potencial de imprimir nova vida para o instituto.

9.3.b O mandado de injunção

Além da ação direta de inconstitucionalidade, a Constituição de 1988 instituiu o mandado de injunção, destinado a suprir omissão inconstitucional “sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (art. 5º, inciso LXXI, da Constituição).

Trata-se de uma modalidade de controle subjetivo e concreto que se encarta entre os remédios constitucionais concedidos aos cidadãos para a proteção contra certos abusos do poder público, decorrentes, no caso, de suas omissões.

Nos termos do art. 102, inciso I, alínea “q”, o mandado de injunção deve ser julgado pelo Supremo Tribunal Federal,

quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal.

Será julgado pelo Superior Tribunal de Justiça,

quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal. (art. 105, inciso I, alínea ‘h’).

Será reapreciado pelo Supremo Tribunal Federal em grau de recurso, quando decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão (art. 102, inciso II, alínea “a”). Prevê, ainda, a Constituição, que caberá recurso em mandado de injunção denegado pelos Tribunais Regionais Eleitorais (art. 121, § 4º, inciso V).

Com isso, se encerram as disposições constitucionais acerca do instituto.

Como se sabe, até hoje não foi editada lei regulamentadora do mandado de injunção, sendo que todo o desenvolvimento do instituto decorreu de construção pretoriana (destacando-se, por óbvio, as diretrizes traçadas pelo Supremo Tribunal Federal).

O primeiro passo significativo na implementação e no desenvolvimento do instituto foi dado no julgamento do MI-QO 107, no ano de 1989, quando o Supremo Tribunal Federal entendeu que o mandado de injunção era dotado de autoaplicabilidade.

Conforme assinalado em outra oportunidade (QUINTAS, 2010b, p. 27), o Supremo Tribunal Federal, nesse julgamento histórico, ao tempo em que reconheceu a autoaplicabilidade do mandado de injunção (submetendo-lhe ao rito do mandado de segurança), cuidou de enfatizar a natureza e a dimensão de eficácia do provimento em sede de mandado de injunção, assentando que essa espécie de ação “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 de ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias” (STF, MI-QO 170, 1990).

Nesse relevante julgamento, defrontavam-se duas visões para o instituto.

De um lado, o Parecer da Procuradoria-Geral da República (subscrito pelo então Subprocurador-Geral Inocêncio Mártires Coelho), que antevia no mandado de injunção um futuro promissor, de assegurar ao jurisdicionado a outorga do direito subjetivo que não podia ser exercido em razão da desídia do Poder regulamentador na normatização de um direito fundamental (nos termos do inciso LXXI do art. 5º). Observava o Subprocurador que um instituto de tão vigoroso alcance trazia, no entanto, o risco de desestabilizar o sempre delicado equilíbrio entre os Poderes. Por isso, em vista das aptidões do instituto, opinava que o novo *writ constitucional* demandaria prévia regulamentação legal, a ser feita seguindo-se o devido processo legislativo, no qual o Legislativo e o Executivo seriam chamados a dar sua contribuição na conformação do instituto. Daí porque, concluiu que o inciso LXXI do art. 5º carecia de autoaplicabilidade (QUINTAS, 2010b, p. 27).

De outro lado, apresentou-se nesse julgamento o entendimento (que prevaleceu) do Relator, Min. Moreira Alves, que não vislumbrava uma perspectiva tão auspiciosa para o mandado de injunção. Essa ação constitucional, pela conformação da

Constituição de 1988 (e do princípio da separação de Poderes), não poderia ser instrumento de intervenção do Judiciário no processo decisório de outro Poder. Para esse futuro mais modesto – que limita a eficácia do provimento do mandado de injunção à declaração da mora do Poder regulamentador e ao apelo de que essa omissão seja suprida – essa ação constitucional poderia andar, desde logo, com as próprias pernas (aplicando-lhe o rito do mandado de segurança), sem necessidade de regulamentação (QUINTAS, 2010b, p. 27).

Esse julgamento (que sofreu e ainda sofre forte crítica da comunidade jurídica) constituiu a base para o desenvolvimento superveniente do instituto. Em inúmeros e repetidos julgados, a partir de então, o Tribunal veio a afirmar que:

O mandado de injunção nem autoriza o 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. (STF, MI 168, 1990)

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal restringiu, ainda, o cabimento do mandado de injunção para os casos de omissões totais e absolutas. No julgamento do MI 58 (STF, 1991), por exemplo, o Supremo Tribunal Federal assentou que não cabia mandado de injunção para impugnar omissão legislativa decorrente da exclusão de

benefício com ofensa ao princípio da isonomia²⁰¹ (omissão relativa). No que se refere à omissão parcial, pode-se mencionar, a título de ilustração, a decisão do Min. Célio Borja, no julgamento do MI 152, que negou o cabimento do mandado de injunção para apreciar direito do contribuinte de ver regulamentada a redução do imposto de renda a aposentados e pensionistas com mais de 65 anos, ante a existência de lei que já disciplinava o assunto (STF, MI 152, 1990).

Apesar de frustrar as expectativas da quase totalidade da comunidade jurídica, essa visão (por assim dizer) tímida e restritiva do mandado de injunção expressava (e continua expressando) um esperado voto de confiança do Supremo Tribunal às instituições incumbidas de produzir a norma.

Cuida-se de um padrão de decisão que privilegia a prudência, em face de risco de crises institucionais, e a crença na capacidade de os canais ordinários de representação política responderem às demandas constitucionais (o que, se mostrava plenamente justificável, quando se pensa que, naquele momento, estava-se ainda sob os influxos do pós-Constituinte) (QUINTAS, 2010a, p. 35-36).

À luz desses primeiros passos, pode-se afirmar, em apertada síntese, que o mandado de injunção constitui ação constitucional, regida pelo rito do mandado de

²⁰¹ Eis a ementa do julgado, que afasta o cabimento do mandado de injunção para impugnar omissão legislativa inconstitucional parcial: “MANDADO DE INJUNÇÃO - PRETENDIDA MAJORAÇÃO DE VENCIMENTOS DEVIDOS A SERVIDOR PÚBLICO (INCRA/MIRAD) - ALTERAÇÃO DE LEI JA EXISTENTE - PRINCÍPIO DA ISONOMIA - POSTULADO INSUSCETIVEL DE REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA INOCORRENCIA DE SITUAÇÃO DE LACUNA TECNICA - A QUESTÃO DA EXCLUSAO DE BENEFICIO COM OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA - MANDADO DE INJUNÇÃO NÃO CONHECIDO. O princípio da isonomia, que se reveste de auto-aplicabilidade, não é – enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica – suscetível de regulamentação ou de complementação normativa. Esse princípio – cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público – deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei e (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei - que opera numa fase de generalidade puramente abstrata - constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordina-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade. Refoge ao âmbito de finalidade do mandado de injunção corrigir eventual inconstitucionalidade que infirme a validade de ato em vigor. Impõe-se refletir, no entanto, em tema de omissão parcial, sobre as possíveis soluções jurídicas que a questão da exclusão de benefício, com ofensa ao princípio da isonomia, tem sugerido no plano do direito comparado: (a) extensão dos benefícios ou vantagens as categorias ou grupos inconstitucionalmente deles excluídos; (b) supressão dos benefícios ou vantagens que foram indevidamente concedidos a terceiros; (c) reconhecimento da existência de uma situação ainda constitucional (situação constitucional imperfeita), ensejando-se ao Poder Público a edição, em tempo razoável, de lei restabeledora do dever de integral obediência ao princípio da igualdade, sob pena de progressiva inconstitucionalização do ato estatal existente, porem insuficiente e incompleto” (STF, MI 58, 1991).

segurança (enquanto não editada a sua regulamentação²⁰²), cuja autoridade coatora é aquele que teria a competência para suprir o vazio normativo, conferindo-lhe o efeito ordinário de, uma vez constatada pelo Tribunal a omissão legislativa, notificar o Poder Público para supri-la (segundo o padrão definido para a ação direta de inconstitucionalidade por omissão). É o que se conclui a respeito do instituto, na conformação dada pela primeira fase de seu desenvolvimento, iniciada no julgamento da Questão de Ordem no MI 107 (Rel. Min. Moreira Alves).

Com esse entendimento inicial, fácil constatar, o Supremo Tribunal Federal praticamente equiparou os efeitos do mandado de injunção aos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (RAMOS, 2010b, p. 318), com a peculiaridade de o mandado de injunção ser modalidade de controle concreto, por iniciativa daquele prejudicado pela ausência de norma ou de ato do Poder Público, a que se atribuiu eficácia *inter partes* (pela associação que o STF fez entre controle concreto, subjetivo e eficácia *inter partes*, em contraposição ao controle concentrado, objetivo, com eficácia *erga omnes*).

Do ponto de vista processual, a questão da legitimidade para impetração e da amplitude dos efeitos da sentença em mandado de injunção teve uma importante definição do Supremo Tribunal Federal, valorizadora do instituto, ao admitir o ajuizamento do *writ* em sua forma coletiva. De fato, nos julgamentos do MI 342 (STF, 1994), do MI 20 (STF, 1996) e do MI 73 (STF 94), restou assentado que seria aplicável ao mandado de injunção, por analogia, o disposto no art. 5º, inciso LXX, que dispõe sobre o mandado de segurança coletivo.

A orientação geral a respeito dos efeitos meramente declaratórios da sentença que reconhece a omissão inconstitucional sofreu sua primeira modificação no julgamento dos MI 283 (STF, 1991) e MI 284 (STF, 1992), pelo Supremo Tribunal Federal, em março de 1991.

Tratava-se de mandados de injunção que visavam à regulamentação do direito previsto no art. 8º, § 3º, do ADCT, que previa reparação pecuniária àqueles que foram perseguidos por meio de certas Portarias do Ministério da Aeronáutica, em 1964. Tendo em vista a renitência do Congresso Nacional em não editar a norma no prazo constitucionalmente assinalado de doze meses a partir da promulgação da Carta, o

²⁰² Nesse sentido, vale lembrar, o art. 24, parágrafo único, da Lei n.º 8.038, de 1990.

Supremo Tribunal Federal admitiu que, após a declaração da lacuna normativa e não havendo purgação da mora, caberia indenização por perdas e danos, a ser apurada em ação própria, em que se veicularia pedido condenatório em face da União (QUINTAS, 2010a, p. 37).

Conforme entendimento já externado em outra oportunidade (QUINTAS, 2010a, p. 37), não é possível retirar desse caso a conclusão de que o Supremo alterou a natureza do provimento do mandado de injunção de mandamental para condenatória. Em verdade, o deferimento da reparação pecuniária, a ser apurada posteriormente em ação própria, é consequência do descumprimento da ordem judicial. No caso, portanto, reforçou-se, no limite do possível na visão da Corte de então (que afastava a viabilidade de compelir o Poder Legislativo a emitir a norma) a natureza mandamental do *writ*, dado que a eficácia da ordem foi potencializada, com a conversão da obrigação de fazer infungível em perdas e danos.

Outro momento relevante para o instituto, na sua gradual evolução jurisprudencial, ocorreu ainda no ano de 1991, no julgamento do MI 232 (STF, 1992), quando se discutia o alcance do § 7º do art. 195 (que trata de isenção das contribuições previdenciárias para entidades beneficentes de assistência social). Nesse caso, o STF entendeu que, se não houvesse regulamentação da aludida isenção, a norma seria considerada, a partir de então, com eficácia contida. Note-se que, aqui, houve tutela judicial que garantiu o melhor resultado prático que adviria do cumprimento da ordem (e não conversão da obrigação de fazer em perdas e danos). Por outro turno, essa tutela foi consequência de mera técnica interpretativa do § 7º do art. 195 da Constituição: o Supremo Tribunal Federal transformou uma norma constitucional de eficácia limitada em norma constitucional de eficácia contida (QUINTAS, 2010a, p. 37-38).

Até esse momento, é importante fixar, o Supremo Tribunal Federal negava-se a estabelecer, de forma ostensiva, uma regulamentação geral e abstrata que concretizaria a norma constitucional carente de ação legislativa (STF, MI 447, 1994). No limite, nos julgamentos do MI 543 (STF, 2002) e do MI 562 (STF, 2003), o Tribunal concedeu ao impetrante a faculdade de ajuizar ação de reparação de danos resultantes da falta de regulamentação do direito constitucional assegurado, “dando-se como certos os fatos constitutivos do direito, limitada, portanto, a atividade judicial à fixação do quantum devido” (STF, MI 562, 2003).

Essa situação modificou-se em 2007 (que representa um novo marco para o instituto), quando o Supremo Tribunal Federal deu o passo mais significativo na valorização do instituto. Nesse ano, a Corte enfrentou, em sede de mandado de injunção, com outro viés, a problemática (i) da aposentadoria especial do servidor público submetido a condições de insalubridade e periculosidade e (ii) do exercício do direito de greve do servidor público.

Nos autos dos MIs 721 (STF, 2007) e 758 (STF, 2008), o Supremo Tribunal Federal reconheceu que, ante a omissão do Congresso Nacional em editar a lei complementar requerida pelo § 4º do art. 40 da Constituição, para regulamentar o direito de aposentadoria especial do servidor público submetido a condições de insalubridade e periculosidade, impunha-se que fosse adotado para os impetrantes o regime próprio aos trabalhadores submetidos ao Regime Geral de Previdência Social, estabelecido no artigo 57, § 1º, da Lei n.º 8.213, de 1991.

Nos julgamentos dos MIs 670, 708 e 712 (STF, 2008), que buscavam a regulamentação do direito de greve do servidor público civil, previsto no art. 37, inciso VII, da Constituição Federal, o Supremo também caminhou para garantir resultado prático equivalente à tutela específica da obrigação de fazer, ao determinar a aplicação da lei geral de greve dos trabalhadores vinculados ao regime celetista (Lei n.º 7.783, de 1989) para suprir o vácuo normativo, diante da prolongada mora legislativa. Vale destacar que o Supremo Tribunal Federal estabeleceu eficácia *erga omnes* a esse julgado, cujos efeitos devem se projetar por tempo indefinido, até que sobrevenha a legislação específica exigida pela Constituição sobre a matéria.

Em ambos os casos, o Supremo está a suprir o vácuo normativo, interferindo diretamente na vida institucional de outros entes federados que não podem ser responsabilizados diretamente pela omissão do Congresso Nacional. De qualquer modo, a repercussão não sai do âmbito estatal.

Nessa longa caminhada, há de mencionar-se, novamente, o julgamento ocorrido em junho de 2011, no qual se discutia o direito de o trabalhador ver regulamentado o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço (art. 7º., inciso XXI, da Constituição). O Supremo Tribunal Federal, por considerar injustificada a demora na regulamentação do aviso prévio, cogitou ele próprio fixar regras para que o aviso prévio seja proporcional ao tempo de serviço prestado por um trabalhador (MIs 943, 1.010, 1.074 e 1.090). Antes de concluído o julgamento, no entanto, o Congresso Nacional apressou-se a editar a Lei

n. 12.506, de 11 de outubro de 2011. Em vista disso, é possível que o STF reconheça a perda de objeto das ações ou, quem sabe, que aqueles impetrantes tenham o direito de ver seu aviso prévio regido pela novel legislação.

Do exame de todos os casos destacados, é possível retirar as seguintes conclusões gerais (na perspectiva de que o MI do aviso prévio não tenha seu julgamento concluído, por reconhecimento da perda de seu objeto): i) a natureza do provimento judicial é mandamental, que, ao lado da emissão de uma ordem, é apto a conferir uma consequência prática ao seu descumprimento que concretize de alguma maneira o direito constitucional violado; ii) tanto a obrigação de editar a norma regulamentadora como a de submeter-se ao exercício do direito a ser regulamentado são suportadas pelo Estado (entendimento esse que esteve à prova no julgamento do MI do aviso prévio, no qual o Supremo Tribunal Federal aventou a possibilidade de criar um regime legal que obrigaria os particulares); iii) a decisão do Tribunal obtém resultado que está no horizonte de expectativas do direito/prerrogativa carecedor de regulamentação (seja porque garante o único resultado almejado pela norma constitucional [garantindo a indenização nela prevista], seja porque lhe atribui eficácia contida [em vez de limitada], seja porque impõe regulamentação prevista no próprio ordenamento jurídico para casos análogos); e iv) a decisão proferida não subtrai permanentemente o poder normativo da autoridade coatora, que tem preservada a sua função de emitir o ato regulamentador (QUINTAS, 2010a, p. 38-39).

Merece registro, por fim, o impacto quantitativo que o novo marco, inaugurado em 2007, trouxe para o mandado de injunção ajuizado perante o Supremo Tribunal Federal. No intervalo compreendido entre a data da promulgação da Constituição de 1988 e o ano de 2007 foram ajuizados cerca de 700 (setecentos) mandados de injunção perante o Supremo Tribunal Federal (VALE, 2013). Considerando o período que se inicia com a promulgação da Constituição e se encerra em outubro de 2012, observa-se que foram impetrados aproximadamente 5.100 processos de mandado de injunção²⁰³.

Assim pode ser sintetizado o panorama atual do mandado de injunção no Supremo Tribunal Federal.

²⁰³ A ata da ducentésima sétima distribuição, realizada em 22 de outubro de 2012, apontava que era distribuído no Supremo Tribunal Federal o Mandado de Injunção de número 5.136.

9.4 A tutela da omissão inconstitucional no direito comparado

A realização da Constituição, a proteção dos direitos e a preservação da democracia são questões que estão no cerne da problemática das omissões legislativas inconstitucionais. Trata-se não apenas de um problema local – peculiar à realidade brasileira de ter uma Constituição tão ambiciosa na outorga de direitos aos seus cidadãos, mas cuja concretização ainda é, passados quase 25 anos, uma promessa em muitos aspectos. Na verdade, é um desafio comum do direito constitucional contemporâneo e da jurisdição constitucional em diversos países.

Não apenas do ponto de vista teórico-acadêmico, o debate sobre o controle de constitucionalidade das omissões inconstitucionais tem chamado a atenção da comunidade internacional. Da perspectiva institucional, a tutela das omissões inconstitucionais representa também um dos aspectos mais instigantes do controle de constitucionalidade. A respeito, comentam Gilmar Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco e Inocência Mártires Coelho:

É possível que a problemática atinente à inconstitucionalidade por omissão constitua um dos mais tormentosos e, ao mesmo tempo, um dos mais fascinantes temas do direito constitucional moderno, envolvendo não só o problema concernente à concretização da Constituição pelo legislador e todas as questões atinentes à eficácia das normas constitucionais, mas também a argúcia do jurista na solução do problema sob uma perspectiva estrita do processo constitucional (MENDES et al., 2007, p. 975).

Ilustrativa dessa realidade e digna de menção e exame é a circunstância de as omissões legislativas inconstitucionais terem sido a temática central da XIV Conferência Europeia de Cortes Constitucionais, promovida pela Comissão de Veneza e realizada em junho de 2008 na Lituânia, que contou com a participação de 36 países para relatar a

forma como as respectivas jurisdições constitucionais lidavam com o fenômeno das omissões legislativas inconstitucionais²⁰⁴.

Sem ter o objetivo de fazer uma descrição exaustiva do tratamento dispensado por outros países às omissões legislativas inconstitucionais, parece relevante identificar alguns aspectos problemáticos identificados por jurisdições constitucionais de outros países, bem como as soluções por elas concebidas, naquilo que podem servir para a reflexão da realidade brasileira. Com esse propósito, serão destacadas as experiências espanhola, portuguesa e italiana no tratamento do tema.

Para a jurisdição constitucional espanhola, como se verá, a problemática das omissões legislativas não constitui propriamente objeto do controle de constitucionalidade, sendo mais um fundamento da decisão, que serve ao desiderato de (i) explicitar o problema mais geral das relações entre o Legislador e o Tribunal Constitucional, (ii) demarcar os limites da jurisdição constitucional e (iii) permitir a operacionalização das técnicas jurídicas disponíveis para a melhor garantia da efetividade da Constituição sem afrontar a autonomia do legislador democrático (PAGÉS, 2008, p. 3).

No que se refere à experiência constitucional portuguesa, impõe-se considerar que muitas são as afinidades entre a Constituição brasileira de 1988 e a Constituição portuguesa de 1976: ambas são frutos de um processo de redemocratização, têm um forte viés social e transformador, prevendo até mesmo formas de censura contra o legislador omissor que se esquive de dar-lhe concretização. Com tantas promessas constitucionais em comum e considerando a proximidade entre os dois países no âmbito do direito constitucional, justifica-se observar o tratamento dispensado pela jurisdição constitucional portuguesa ao fenômeno das omissões legislativas inconstitucionais e as

²⁰⁴ Criada em 1990, a Comissão Europeia para a Democracia por meio do Direito, mais conhecida como Comissão de Veneza, é um órgão consultivo do Conselho da Europa para questões constitucionais que hoje congrega 57 países-membros (sendo apenas 10 não europeus). Pautada pelos princípios da democracia, dos direitos humanos e da supremacia do direito, tem como foco as seguintes atividades: (a) assistência constitucional; (b) assessoria para eleições, referendos e partidos políticos; (c) cooperação entre Cortes Constitucionais e os *Ombudsmen*; (d) estudos, relatórios e seminários multinacionais sobre temas constitucionais relevantes. A Comissão de Veneza coorganiza as Conferências Mundiais sobre Justiça Constitucionais (que teve a sua segunda edição no Brasil, em Janeiro de 2011). (PETER DA SILVA, 2010/2011). Para mais detalhes sobre a Comissão de Veneza, conferir: http://www.venice.coe.int/site/main/Presentation_E.asp. Informações e relatórios sobre a XIV Conferência Europeia de Cortes Constitucionais, acerca do problema das omissões inconstitucionais podem ser obtidos em <http://www.confcoconsteu.org/>.

razões que indica para ter um viés evidente de autorrestrrição, distanciando-se da tendência hoje observada no Brasil.

A jurisdição constitucional italiana oferece subsídios valiosos para visualizar possíveis linhas de diálogo entre a jurisdição ordinária e a constitucional para tratar dos problemas derivados das omissões legislativas inconstitucionais, que lá se desenvolveu a partir da elaboração das técnicas de julgamento abrangidas pelo termo “sentenças manipulativas”.

A observação dessas experiências estrangeiras permitirá (assim se espera) o distanciamento necessário para o exame crítico da jurisdição constitucional brasileira no tratamento das omissões legislativas inconstitucionais.

9.4.a O controle de constitucionalidade por omissão na Espanha

Sob a égide da Constituição de 1978, a Espanha instituiu seu Tribunal Constitucional, prestigiando uma clara distinção funcional e orgânica entre jurisdição constitucional e ordinária (VÁZQUEZ, 2009, p. 40-42).

O funcionamento do Tribunal Constitucional espanhol está regulado pela denominada Lei Orgânica do Tribunal Constitucional (LOTIC), editada em 1979 (apenas um ano após a promulgação da Constituição) e submetida a seis reformas, a última delas em 2007, que trouxe profundas alterações na disciplina do recurso de amparo e buscou dar maior eficiência ao funcionamento da Corte (por meio da redistribuição de competências entre o Pleno e os órgãos fracionários, descentralizando o processo decisório) (VÁSQUEZ, 2009, p. 68-79)²⁰⁵.

Em conformidade com a LOTIC (VAZQUEZ, 2009, p. 43-46; PAGÉS, 2008, p. 18-19; LOTIC), o Tribunal Constitucional espanhol tem as seguintes competências:

- i) controle de constitucionalidade de normas com status de lei, sejam do Estado, sejam das Comunidades Autônomas, o que se faz por meio do recurso de inconstitucionalidade (que é um recurso direto e abstrato, que pode ser ajuizado no prazo de 3 meses seguintes à publicação da norma no Diário Oficial e que tem como legitimados o Presidente do Governo, o Defensor do Povo, 50 Deputados ou Senadores e os Governos ou Parlamentos das Comunidades Autônomas, nesse caso quando haja pertinência temática) ou por meio da questão de inconstitucionalidade (que é incidente suscitado pelos juízes ou Tribunais ordinários quando entendam que há uma

²⁰⁵ A Ley Orgánica 2/1979 (LOTIC) sofreu modificações pelas seguintes *Leys Orgánicas*: 8/1984, 4/1985, 6/1988, 7/1999, 1/2000 e 6/2007.

inconstitucionalidade na lei aplicável ao caso que examinam), ambos julgados pelo Tribunal Pleno, cuja sentença tem efeito vinculante para os Poderes Públicos e, de regra, eficácia *ex nunc* (arts. 38 e 40 da LOTC; PAGÉS, 2008, p. 38).

ii) conflitos constitucionais positivos ou negativos entre o Estado e uma ou mais Comunidades Autônomas, entre duas ou mais Comunidades Autônomas entre si ou entre órgãos constitucionais do Estado;

iii) conflito em defesa da autonomia local, promovido por Municípios e Províncias contra leis ou normas com status de lei (editadas pelo Estado ou pelas Comunidades Autônomas) que firam a autonomia local garantida constitucionalmente;

iv) controle prévio de constitucionalidade de Tratados internacionais (a requerimento do Governo, do Congresso ou do Senado);

v) recurso de amparo (julgado ordinariamente por órgãos fracionários do Tribunal Constitucional, denominados Salas) que pode ser interposto por qualquer pessoa (nacional ou estrangeira, física ou jurídica) em defesa dos direitos e liberdades assegurados nos arts. 14 a 30 da Constituição, as quais tenham sido lesadas por atos ou omissões do Poder Público (atos judiciais, administrativos ou mesmo legislativos sem força de lei, praticados por órgãos dos Estados, das Comunidades Autônomas, demais entes públicos de caráter territorial, corporativo ou institucional);

vi) anulação em defesa da jurisdição do Tribunal (art. 10.1 da LOTC).

Não há, na Constituição ou na LOTC, previsão específica para examinar e sancionar as omissões legislativas inconstitucionais, de modo que a jurisdição do Tribunal Constitucional se estenderia sempre sobre normas, não sobre sua ausência (PAGÉS, 2008, p. 12-13). Em vista desse marco regulatório, o Tribunal Constitucional sempre privilegiou uma política de autocontenção, segundo a qual a sua função é preponderantemente de legislador negativo, considerando que as opções políticas e de governo não estão previamente programadas pela Constituição (PAGÉS, 2008, p. 7 e 8).

É relevante observar a respeito que os textos normativos (da Constituição e da LOTC) fazem expressa associação entre a declaração de inconstitucionalidade e a sanção de nulidade. Confira-se, a propósito, o disposto no art. 39.1 da LOTC²⁰⁶:

²⁰⁶ Conforme notícia Sonia García Vasquez, no anteprojeto do qual se originou a Ley Orgánica 6/2007, que alterou a LOTC, previa-se a modificação no art. 39.1 para dissociar a inconstitucionalidade da nulidade, incorporando-se ao texto legal a doutrina que o Tribunal Constitucional tem desenvolvido desde a STC 45/1989, de 20 de fevereiro. A proposta de redação para o aludido dispositivo era: “No obstante, motivamente, y para preservar los intereses que la Constitución tutela, la sentencia podrá declarar únicamente la inconstitucionalidad, o bien diferir los efectos de la nulidad por un plazo que en ningún caso será superior a tres años.” (VÁZQUEZ, 2009, p. 104-108)

1. Ao declarar a inconstitucionalidade, a sentença declarará igualmente a nulidade dos preceitos impugnados, assim como outros preceitos da mesma lei, disposição ou ato com força de lei que estejam a eles vinculados por conexão ou consequência (tradução livre)²⁰⁷.

Apesar disso, o Tribunal Constitucional extraiu dos princípios da supremacia da Constituição, da existência de direitos constitucionalmente assegurados e da estrutura territorial do Estado espanhol, cuja plena eficácia depende da atividade legislativa, a consideração de que é possível haver situações de omissão legislativa inconstitucional.

No relatório que o Tribunal Constitucional espanhol apresentou na XIV Conferência dos Tribunais Constitucionais europeus, em 2008 (elaborado por Juan Luis Requejo Pagés), assinalou-se que, desde pelo menos 1982, o Tribunal havia admitido a possibilidade da figura da inconstitucionalidade por omissão, definindo-a como aquele que “somente existe quando a Constituição impõe ao legislador a necessidade de ditar normas de desenvolvimento constitucional e o legislador não o faz” (STC 24/1982, de 13 de mayo, FJ 3). Normas dessa espécie seriam os princípios vetores da política social e econômica, uma espécie de “protodireitos subjetivos”, que demandam uma atuação legislativa para desenvolverem-se (PAGÉS, 2008, p. 13-15).

Ante a falta de vias adequadas de impugnação das omissões legislativas inconstitucionais, a tutela do Tribunal Constitucional sobre os “vazios normativos” encontrou expressão no bojo do controle de constitucionalidade exercido, sobretudo, no recurso de amparo, que, nos termos do art. 44.2 da LOTC, presta-se ao seguinte:

2. O recurso de amparo constitucional protege, nos termos desta lei, as violações de direitos e liberdades a que se refere o item anterior, decorrentes das disposições, dos atos jurídicos, das omissões ou de simples fatos originados dos Poderes Públicos do Estado, das comunidades autônomas e dos demais entes públicos de caráter territorial, corporativo ou institucional, assim como de seus funcionários e agentes (tradução livre)²⁰⁸.

No bojo do recurso de amparo (destinado, como visto, a examinar conflitos concretos e *inter partes*, mas cujas sentenças podem ter o mesmo efeito vinculante da

²⁰⁷ No original: “1. Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de Ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia.”

²⁰⁸ No original: “2. El recurso de amparo constitucional protege, en los términos que esta ley establece, frente a las violaciones de los derechos y libertades a que se refiere el apartado anterior, originadas por las disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las comunidades autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes.”

questão de inconstitucionalidade de lei se o órgão fracionário submeter a questão constitucional controvertida ao Pleno, nos termos do art. 55 da LOTC)²⁰⁹, o Tribunal Constitucional construiu doutrina no sentido de que as lesões a direitos fundamentais por ação ou omissão administrativas ou judiciais podem decorrer de omissões legislativas inconstitucionais (PAGÉS, 2008, p. 16).

Isso se dá, no contexto espanhol, sobretudo em vista de omissões relativas, por ofensa ao princípio da igualdade²¹⁰ (em razão, por exemplo, da exclusão de certo benefício de sujeitos ou circunstâncias que apresentam identidade) (PAGÉS, 2008, p. 21-23)²¹¹.

Juan Carlos Gavara de Cara informa que a omissão legislativa é identificada, nesse caso, a partir do teste da proibição de defeito de proteção do direito fundamental por insuficiência normativa (originado da doutrina alemã), cuja aplicação pelo Tribunal Constitucional espanhol se viabiliza pelo disposto no art. 9.3 da Constituição, que proíbe a arbitrariedade dos Poderes Públicos (e, por decorrência, do legislador). Para que passe nesse teste, a legislação precisa ser efetiva, suficiente e racional (o que se mede pela articulação entre os meios previstos na legislação e a proteção desejada pelo direito fundamental) na proteção do direito fundamental cogitado (CARA, 2007, p. 112-116).

Constatada a insuficiência de proteção, o Tribunal Constitucional emite sentença declaratória da situação de inconstitucionalidade, que serve como um apelo ao legislador

²⁰⁹ Ressalta Juan Carlos Gavara de Cara que esse dispositivo permite que o recurso de amparo seja utilizado para fazer um controle mais efetivo de constitucionalidade de leis, haja vista que o Plenário do Tribunal Constitucional pode transformar um amparo numa questão de inconstitucionalidade (CARA, 2007, p. 98).

²¹⁰ Pondera Juan Carlos Gavarra de Cara a dificuldade (ou quase impossibilidade) de realizar-se o controle de omissões legislativas inconstitucionais absolutas na Espanha: “En general, se admite la distinción entre omisión absoluta que se plantea en el caso de que se produzca una ausencia completa de ley en una materia en la que la Constitución obliga a adoptar una decisión al legislador y la omisión parcial en la que una materia que debe ser regulada mediante ley por mandato constitucional explícito o implícito se cumple, pero cuyo contenido presenta una laguna o una insuficiencia normativa que imposibilita la plena efectividad y protección del mandato constitucional sobre todo en relación a un caso concreto. Dentro de esta diferencia en un sistema sin control directo de las omisiones legislativas, la posibilidad de control de omisiones absolutas no es admisible, aunque se debe tener en cuenta que desde un punto de vista material, con independencia de la existencia de un cauce procesal para ello, la omisión absoluta supone una infracción del principio de igualdad por infracción del esquema de coherencia exigible al legislador ante la ausencia de valoración de diferencias relevantes en la norma, por lo que desde un planteamiento estricto y rígido se podrían derivar consecuencias a partir de la integración de la omisión absoluta en los esquemas y tests de aplicación del principio de igualdad.” (CARA, 2007, p. 101)

²¹¹ Outro possível foco de controle de constitucionalidade das omissões legislativas inconstitucionais poderia advir da estrutura territorial do Estado espanhol, no âmbito dos conflitos negativos de competência, em que se poderia questionar a omissão do legislador nacional para editar leis-base para o exercício de competências atribuídas às Comunidades Autônomas. Mas o Tribunal Constitucional não chegou a se valer da doutrina das omissões legislativas, preferindo lidar com esse problema conferindo competência para as Comunidades Autônomas independentemente das leis-base (PAGÉS, 2008, p. 17, 24-25).

para que supra a omissão, sem prejuízo de estabelecer a tutela adequada para o caso concreto, a partir da concretização do direito fundamental violado, cujos termos poderão orientar os juízes e tribunais (CARA, 2007, p. 116-117)²¹².

Fica claro, portanto, que a omissão legislativa inconstitucional, na jurisdição constitucional espanhola, não constitui propriamente objeto do controle de constitucionalidade, mas fundamento para a decisão do Tribunal Constitucional (PAGÉS, 2008, p. 20)²¹³. A constatação de uma omissão legislativa, nesse contexto, demanda um grande esforço argumentativo do Tribunal, dado que não é simples

²¹² Nas palavras do Autor: “El procedimiento de control de constitucionalidad vinculado a la prohibición de defecto de protección es fundamentalmente declarativo de la misma, es informativo para el legislador, ya que frente a la omisión parcial o insuficiencia de regulación en materia de derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional como órgano controlador no puede sustituir al legislador en el ejercicio de sus funciones. Ahora bien, la insuficiencia normativa en la regulación de derechos fundamentales que provoque una infracción en un derecho fundamental, es susceptible de provocar una protección en el derecho fundamental como consecuencia de la aplicación directa de la norma constitucional que regula el derecho fundamental. En el caso concreto, una insuficiencia normativa que implique un reconocimiento de la infracción de la prohibición de defecto de protección de un derecho fundamental, puede ser operativa en la protección mediante el recurso de amparo, que en el fondo implica una declaración dirigida al legislador para informarle de las deficiencias en las que incurre la norma legislativa a efectos de protección y dotación de eficacia al derecho fundamental. En consecuencia, tampoco es tan necesario un procedimiento de control de constitucionalidad en abstracto, al menos en materia de derechos fundamentales, para determinar y declarar la insuficiencia normativa de una regulación en materia de derechos fundamentales, ya que este procedimiento tendría carácter meramente declarativo, sin tener más consecuencias que la información al legislador del defecto de su norma por la imposibilidad de sustitución al legislador en su adopción. Estos efectos y las posibles repercusiones que pudiera tener para las posibles decisiones posteriores en la materia de la jurisdicción ordinaria se pueden desarrollar a partir de la sentencia de amparo que puede desarrollar una protección efectiva del derecho fundamental, sin que sea necesario por el principio de economía procesal un específico pronunciamiento para recordar la declaración de insuficiencia normativa al legislador. Una declaración de inconstitucionalidad sin nulidad, con efectos meramente declarativos, no precisa de su articulación a través de un procedimiento de control de constitucionalidad en lo relativo a la materia de derechos fundamentales, ya que el efecto de la aplicación directa permite articular protecciones frente a las situaciones de insuficiencia de regulación a través del amparo. Estas sentencias de amparo permiten desplegar unos efectos en casos posteriores, por la vinculación del poder judicial a las mismas y al mismo tiempo desplegar una información al legislador para que proceda a corregir la situación de defecto de protección y dotación de eficacia al derecho fundamental. En este sentido, conviene recordar que la sentencia declarativa de una omisión legislativa en el fondo debe ser considerada una sentencia interpretativa desplegando sus efectos propios. La sentencia interpretativa como consecuencia de una omisión legislativa frecuentemente es la consecuencia de una sentencia condenatoria del Tribunal Europeo de Derechos Humanos por infracción de derechos por omisión normativa, que no están excluidos de su objeto de control y que puede tener una consecuencias e influencias apreciables como mecanismo de desarrollo de instrumentos de vinculación positiva en materia de derechos fundamentales”.

²¹³ Juan Carlos Gavara Cara assinala que a falta de previsão constitucional ou legal de procedimento para o controle de constitucionalidade das omissões legislativas, associada à vinculação dos poderes públicos, impossibilita uma análise formal da matéria. Substancialmente, no entanto, o Tribunal Constitucional tem admitido o controle de omissões legislativas por meio do recurso de amparo por violação a direitos fundamentais. O Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade de Barcelona traz, como exemplos, as seguintes sentenças do Tribunal: STC 31/1994, STC 47/1994, STC 98/1994, STC 281/1994 e STC 307/1994, todas relacionadas ao problema da falta de regulação legal sobre a transmissão dos canais locais pelo sistema de TV a cabo. Em função da garantia constitucional à liberdade de expressão (art. 20.2 da Constituição Espanhola), entendeu o Tribunal Constitucional que a falta de regulação legal não poderia representar pura e simplesmente a proibição da difusão por particulares (CARA, 2008, p. 99-100).

demonstrar que, da inatividade legislativa, resultou uma infração aos direitos fundamentais resguardados pelo recurso de amparo (CARA, 2007, p. 99).

Constatada a omissão legislativa inconstitucional, o Tribunal Constitucional busca adotar medidas para supri-la. A postura do Tribunal Constitucional, como já assinalado, é tímida, na intenção de preservar ao máximo a liberdade de conformação do ordenamento jurídico pelo Legislador. Com isso, a técnica mais utilizada é a do apelo ao legislador, precedida de uma censura por sua inatividade. Exemplo disso é a STC 45/1989, de 20 de fevereiro, em que o Tribunal declarou a inconstitucionalidade do tratamento discriminatório, no regime de tributação pessoal, dispensado aos matrimônios em contraste com as uniões de fato (PAGÉS, 2008, p. 31-33, 35-36).

O Tribunal Constitucional pode promover, ainda, a integração dos vazios legislativos com o concurso dos órgãos da jurisdição ordinária. Isso ocorreu, por exemplo, na STC 184/2003, de 23 de outubro, em que entendeu ser constitucionalmente insuficiente o regime legal de autorização das intervenções telefônicas, mas que as garantias dispensadas ao caso concreto pela autoridade judicial (a partir de solução resultante de recursos interpretativos como analogia e princípios gerais do direito) supriam a insuficiência (PAGÉS, 2008, p. 29, 36-37).

A medida mais radical ao alcance do Tribunal consiste em assegurar a efetividade da provisão constitucional carente de regulamentação legislativa. Foi o que ocorreu no caso do direito conferido aos cidadãos de expressar sua objeção de consciência ao serviço militar. A inexistência de uma disciplina legal reguladora de seu exercício levou o Tribunal a assegurar, quando menos, um conteúdo mínimo a esse direito: a suspensão provisória da incorporação ao exército enquanto não estabelecido o procedimento legal (STC 15/1982, de 23 de abril, FFJJ 8 y 9, conforme PAGES, 2008, p. 31).

Na perspectiva do legislador, o controle das omissões inconstitucionais não lhe impõe propriamente um dever, servindo mais como um incentivo, que pode ser maior ou menor, a depender da solução adotada pelo Tribunal. Nas palavras de Juan Luís Requejo Pagés:

O reconhecimento pelo Tribunal Constitucional de um vazio legislativo resultante de uma infração à Constituição não gera, a rigor, uma imposição ao Parlamento de um dever de legislar, sim uma recomendação formal para que cumpra com uma obrigação pendente. Mas para além da censura, o Tribunal não conta com instrumentos para forçar a atividade legislativa, se bem que pode incentivar o Parlamento de uma maneira mais incisiva ou não segundo as soluções

transitórias cogitadas pela sentença para suprir o mencionado vazio normativo. Se o vazio pode ser colmatado com a intervenção judicial por via da analogia, é provável que o legislador não sinta como peremptória a necessidade de prover o vazio com uma lei específica. Em outras palavras, se a omissão legislativa não foi verificada em matéria sujeita à reserva da lei e, em consequência, a situação normativa inconstitucional causada pelo vazio possa ser reparada com o concurso do Poder Judicial, é preciso contar com um interesse mínimo do legislador de dar cumprimento ao seu dever. Os casos julgados nas referidas SSTC 245/1991, de 16 de dezembro, e 184/2003, de 23 de outubro, se ajustam a esse padrão.

Se, por outro lado, a solução transitória cogitada pelo Tribunal Constitucional seja percebida como indesejada pelo legislador, espera-se que haja a pronta elaboração de uma lei para acabar com o vazio. Foi o que aconteceu nos caso julgado pela STC 15/1982, de 23 de abril, que, ao dispor sobre a suspensão do serviço militar obrigatório daqueles que invocassem a objeção de consciência, o Tribunal Constitucional acabou por provocar a pertinente reação legislativa.

Desse modo, fora do caso em que a solução arbitrada pelo Tribunal Constitucional como transitória até que sobrevenha a necessária legislação, o Tribunal Constitucional não dispõe de outros instrumentos para a garantia da restauração da Constituição senão a confiança na responsabilidade institucional do Parlamento. (PAGÉS, 2008, p. 41, tradução livre)²¹⁴

Como se viu, o problema das omissões legislativas não constitui propriamente um dos objetos do controle de constitucionalidade na Espanha, o que não impede que seja um conceito relevante na jurisdição constitucional espanhola, que pauta as relações entre o Tribunal Constitucional e o Legislador.

²¹⁴ No original: “La constatación por el Tribunal Constitucional de un vacío legislativo redundante en una infracción de la Constitución no supone en puridad la imposición al Parlamento de un deber de legislación, sino la conminación formal a cumplir con una obligación pendiente. Más allá de la censura aparejada a esa formalidad, el Tribunal no cuenta con instrumentos para forzar la actividad legislativa, si bien puede incentivarla en mayor o menor medida según cuáles sean las soluciones de alcance o transitorias ideadas en la Sentencia para suplir el vacío advertido. Si el vacío puede colmarse con la intervención judicial por vía de analogía es probable que el legislador no sienta como perentoria la necesidad de proveer al vacío con una ley específica. En otras palabras, si la omisión legislativa no se ha verificado en terreno acotado por una reserva de ley y, en consecuencia, la situación normativa inconstitucional causada por el vacío puede repararse con el concurso del Poder Judicial, ha de contarse con un interés mínimo del legislador en orden al cumplimiento de su deber. El supuesto de las citadas SSTC 245/1991, de 16 de diciembre, y 184/2003, de 23 de octubre, se ajusta perfectamente a este patrón. Si, por el contrario, la solución transitoria puede traducirse en efectos tenidos por indeseables para el legislador y sólo evitables con su voluntad formal, lo común será la pronta elaboración de una ley que acabe con el vacío. Fue el caso propiciado en España con la STC 15/1982, de 23 de abril, que, al disponer la suspensión de la incorporación a filas de quienes invocaran el derecho a la objeción de conciencia en tanto no se regulara un procedimiento regulador de su ejercicio, provocó la pertinente reacción legislatora. Fuera, por tanto, del caso en que la solución arbitrada por el Tribunal como transitoria en tanto se legisle pueda excitar per se el celo del legislador, no le cabe a aquél más instrumento para la garantía de la indemnidad de la Constitución que la confianza en el sentido de la propia responsabilidad institucional del Parlamento.” (PAGÉS, 2008, p. 41)

Significa dizer que, embora não haja previsão expressa de controle sobre omissões legislativas inconstitucionais no sistema jurídico espanhol nem veículo apropriado para lidar com o fenômeno, as práticas da jurisdição constitucional espanhola indicam que se trata de um instituto relevante para identificar determinadas situações normativas insatisfatórias do ponto de vista constitucional, bem como para permitir esboçar soluções jurídicas diferenciadas, valendo destacar a possibilidade de o Tribunal Constitucional outorgar à jurisdição ordinária a tarefa de encontrar a solução jurídica adequada para o caso em que se tenha reconhecido a existência de uma omissão legislativa inconstitucional.

9.4.b O controle de constitucionalidade por omissão em Portugal

O advento da Constituição de 1976 marcou não apenas a aproximação de Portugal com a democracia, mas também com o constitucionalismo do Estado Social, comprometido com a proteção das liberdades dos cidadãos, com o desenvolvimento social e econômico, numa sociedade democrática. Traduz, pois, tal como a Constituição brasileira de 1988, um projeto otimista de modernidade, crente na força transformadora das normas constitucionais (Canotilho, 2001, p. V-VI).

Atento a essa realidade, Canotilho elaborou, em 1982, sua tese de doutoramento, publicada sob o título “Constituição Dirigente e vinculação do Legislador”, na qual defende que a Constituição não tem apenas a função de organizar a vida política de uma nação (definindo competências e regulando processos decisórios políticos), mas também adquire o objetivo de determinar tarefas, estabelecer programas e fins para o Estado e a sociedade.

Em razão disso, Canotilho considera necessário identificar o fenômeno da Constituição dirigente, “entendida como o bloco de normas constitucionais e que se definem fins e tarefas do Estado, se estabelecem directivas e estatuem imposições” (CANOTILHO, 2001, p. 224).

Essa constatação, anotava Canotilho, trazia repercussões sobre a tese então corrente de que o legislador tinha ampla e quase irrestrita liberdade de conformação do ordenamento jurídico. Num sistema jurídico regido por uma Constituição, especialmente uma que fixava objetivos para serem alcançados pela sociedade e pelo Estado, era natural pensar que se impunham vinculações teleológicas aos órgãos legiferantes e,

desse modo, que haveria limites da liberdade de conformação da constituição pelo legislador (CANOTILHO, 2001, p. XII-XIII).

Concluía-se, nessa senda, que, embora a ampla margem de apreciação e de conformação política do legislador, deve ele observar os objetivos e as imposições constitucionalmente postos.

Argumentava Canotilho em sua tese que “em termos gerais, as normas constitucionais dirigem-se ao legislador sob três formas fundamentais: (1) fixando princípios; (2) estabelecendo imposições; e (3) definindo competências. Em qualquer dos casos, a lei, ao concretizar princípios, executar imposições ou exercer competências, não se pode nunca furtar a uma referência positiva e negativa às normas constitucionais” (2001, p. 267).

A omissão legislativa inconstitucional surge, nesse contexto, quando “o legislador não ‘faz’ algo que positivamente lhe era imposto pela constituição. Não se trata, pois, apenas de um simples negativo ‘não fazer’; trata-se, sim, de não fazer aquilo a que, de forma concreta e explícita, estava constitucionalmente obrigado” (CANOTILHO, 2001,

p. 331)²¹⁵ ²¹⁶. A omissão legislativa inconstitucional está associada, portanto, ao não cumprimento de uma imposição constitucional concreta de legislar²¹⁷.

Ocorre que “o trânsito de um dever de legislação para um direito à legislação não é automático nem isento de dificuldades materiais e processuais” (CANOTILHO, 2001, p. 339). Do reconhecimento da omissão inconstitucional não derivaria a conclusão, no entanto, de que competiria à jurisdição constitucional recompor a integridade da Constituição.

Com efeito, Canotilho, mesmo com o seu entusiasmo com a então recente Constituição de 1976, via muitas dificuldades na possibilidade de o controle das omissões legislativas pela Justiça ou pelo Tribunal Constitucional ir além da declaração dessa situação para constranger os órgãos competentes a cumprir seu dever. Daí que o alcance prático da constatação de uma omissão legislativa inconstitucional limita-se, de ordinário, “a uma simples declaração de inconstitucionalidade por silêncio legislativo”

²¹⁵ Prossegue o Professor de Coimbra: “Já por esta definição restritiva de omissão se pode verificar que a inconstitucionalidade por omissão, no seu sentido estrito e rigoroso sentido, deve conexionar-se com a exigência concreta constitucional de acção [...]. O simples dever geral de emanção de leis não fundamenta uma omissão inconstitucional. De igual modo, ‘as ordens constitucionais gerais de legislar’, isto é, as imposições constitucionais que contêm deveres de legislação abstractos (por exemplo: as normas programáticas, os preceitos enunciadores dos fins do Estado), embora configurem deveres de acção legislativa, não estabelecem concretamente aquilo que o legislador deve fazer para, no caso de omissão, se poder falar de silêncio legislativo inconstitucional. Aqui reside, quanto a nós, a diferença fundamental entre as imposições abstractas e as imposições constitucionais concretas: a não realização normativa das primeiras situa-nos no âmbito do ‘não cumprimento’ das exigências constitucionais, e eventualmente, no terreno dos ‘comportamentos ainda constitucionais’ mas que tenderão (no caso de sistemático não actuar legislativo) a tornar-se ‘situações inconstitucionais’. Neste plano se desenvolve, em grande parte, a luta político-constitucional em torno da constituição programática. No caso das imposições constitucionais em sentido estrito, o não cumprimento é um verdadeiro caso de inconstitucionalidade: o legislador viola, por acto omissivo, o dever de actuar concretamente imposto pelas normas constitucionais. No sentido de dar operatividade prática a estas exigências constitucionais de acção desenvolve-se a luta jurídico-constitucional a favor do reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão” (CANOTILHO, 2001, p. 332).

²¹⁶ Esse conceito de omissão legislativa inconstitucional, anota Canotilho, é mais restritivo do que aquele que se extrai da Constituição portuguesa de 1976: “[...] enquanto aqui se restringiu a existência da omissão legislativa aos casos em que os órgãos competentes não actuaram, violando o dever concreto de agir que lhes era imposto através de preceitos constitucionais, na constituição alarga-se o conceito a todos os casos em que ela não estiver a ser cumprida por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais (confr. art. 279º). Com isto, o conceito de omissão inconstitucional torna-se extensivo ao não-cumprimento das ‘ordens de legislar’ e à não actuação das ‘normas-fim’, abstractamente impositivas.” (2001, p. 351).

²¹⁷ “As imposições constitucionais são ordens de actuação positiva dirigidas sobretudo ao legislador, no sentido de este emitir várias leis de ‘execução’, simultâneas ou sucessivas, e necessárias: (1) à conformação jurídica de situações de facto; (2) à regulamentação de questões específicas; (3) à criação de pressupostos necessários para nova evolução do regime constitucional; (4) à adaptação das leis antigas aos novos princípios da lei fundamental.” (CANOTILHO, 2001, p. 480)

(2001, P. 482)²¹⁸. Quando a omissão legislativa afrontasse um direito fundamental a prestações cuja concretização pudesse ser tangível ao juiz, em vista da existência de certo nível de realização legal, seria “possível conceber-se uma acção judicial contra o retrocesso ou desigualdade” (CANOTILHO, 2001, P. 483).

Como disse Canotilho em seu Prefácio à 2ª edição de seu clássico “Constituição Dirigente e vinculação do Legislador”, “a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias”. Não obstante isso, “alguma coisa ficou [...] da programaticidade constitucional. Contra os que ergueram as normas programáticas a ‘linha de caminho de ferro’ neutralizadora dos caminhos plurais da implantação da cidadania, acreditamos que os textos constitucionais devem estabelecer as premissas materiais fundantes das políticas públicas num Estado e numa sociedade que se pretendem continuar a chamar de direito, democráticas e sociais (CANOTILHO, 2001, p. XXIX-XXX).

Deixando de lado, por assim dizer, uma postura idealista sobre a força transformadora da Constituição, Canotilho não rejeita a Constituição dirigente, mas apenas ressalta que o seu potencial transformador não se realiza apenas normativamente, dependendo da vontade política e social de realizar a Constituição, que sempre dependerá da leitura que se faz da Constituição em cada momento histórico. Na leitura de Eros Roberto Grau, na resenha que fez do Prefácio à 2ª. Edição da obra de Canotilho:

É necessário insistirmos, ademais, em que a Constituição dirigente não substitui a política; ao contrário, a Constituição dirigente nada mais faz do que sujeitar a política a fundamentação constitucional [...]. Nisso, a força da ideologia constitucionalmente adotada, com vinculação das políticas públicas a ela. (GRAU, 2005)

Mesmo nesses termos mais contidos para a “Constituição Dirigente”, permanece válida a assertiva de que há uma vinculação do legislador aos seus termos. Nas palavras de Canotilho:

[...] em termos jurídicos-programáticos, uma Constituição dirigente [...] representa um projecto histórico pragmático de limitação dos poderes de questionar do legislador, da liberdade de conformação do

²¹⁸ Nas palavras de Canotilho: “6.8 – Não obstante reconhecer a figura das omissões legislativas como corolário lógico do Estado constitucional e democrático, continua a ser problemática a admissibilidade de um direito à legislação. 6.9 – O direito à emanção de normas defronta-se com várias dificuldades que vão desde a configuração clássica de direito subjectivo até aos problemas da legitimidade processual dos cidadãos.” (2001, p. 482)

legislador, de vinculação deste aos fins que integram o programa constitucional. Nesta medida, penso que continuamos a ter algumas dimensões de programaticidade: o legislador não tem absoluta liberdade de conformação, antes tem de mover-se dentro do enquadramento constitucional. Esta a primeira sobrevivência da Constituição dirigente em termos jurídico-programáticos. (COUTINHO, 2005, p. 15)

Fica mais clara, no entanto, a compreensão de como é possível tratar da vinculação do legislador aos termos da Constituição dirigente. Da vinculação do legislador não sucede uma visão da Constituição centralizada no Tribunal Constitucional ou na Justiça. Nas palavras de Canotilho:

Eu tenho escrito e dito que não sou muito defensor da ideia de total judicialização da vida política. Aqui, na Europa, parece que se considera que os tribunais constitucionais e os outros tribunais são a última etapa do aperfeiçoamento político [...]. A isso eu respondo: pelo contrário, as grandes etapas do homem não foram os juízes que as fizeram, foi o povo, com outros esquemas organizativos e com outras propostas de actuação [...]. O Estado de Direito em Portugal não foi criado pelos juízes. Daí a necessidade de alguma prudência ao dizer-se que a etapa final de todo esse processo de Constituição dirigente acaba na Constituição procedimental e na justiça procedimental. Pelo contrário, se a justiça constitucional é importante, porque representa um certo controlo do legislador, deve ter-se também em conta o que Bonavides escreve hoje a respeito da democracia representativa e da Constituição cidadã. (COUTINHO, 2005, p. 26).

No fundo, quando digo que os juristas, quando discutem uma questão, ou são amigos do legislador, ou são amigos dos juízes, ou são amigos do Executivo, a minha explicitação foi esta: eu sou, em princípio, sou amigo do legislador, porque nele identifico a democracia, identifico o agente conflitual e transformador [...]. Se me perguntarem se o lugar de conflito é ainda ou também o Parlamento, são ainda os esquemas normativos, eu continuo a dizer que sim. Não para marginalizar o Executivo, não para subalternizar o Judiciário, mas porque acredito que a política é uma dimensão importante em qualquer projecto. (COUTINHO, 2005, p. 47)

Em coerência com essa visão, Canotilho defende que “o instituto da inconstitucionalidade deve manter-se, não para deslegitimar governos e assembleias inertes, mas para assegurar uma via de publicidade crítica e processual contra a constituição não cumprida.” (CANOTILHO, 2001, p. XVII).

Pode-se dizer que esse entendimento é representativo da forma como a jurisdição constitucional é percebida e praticada pelo Tribunal Constitucional de Portugal.

De fato, o Tribunal Constitucional de Portugal entende, como concepção dominante, que o exercício da jurisdição constitucional tem uma função de controle essencialmente de caráter negativo, não se podendo substituir ao legislador ordinário ou vinculá-lo na sua atuação (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS, 2008, p. 21).

Essa visão reflete-se no controle de constitucionalidade das omissões inconstitucionais, com expressa previsão constitucional no art. 283º, que fixa ação de controle concentrado, a ser ajuizada por um número restrito de legitimados, para dar ciência da omissão ao legislativo quando verificada essa situação. *In verbis*:

Artigo 283º

(Inconstitucionalidade por omissão)

1 A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autónomas, 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.

O objeto do controle, como se conclui do dispositivo constitucional, são normas legislativas. E a inconstitucionalidade por omissão apenas se verifica quando “existir em concreto uma específica incumbência dirigida ao legislador e que este se abstenha de a satisfazer” (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, acórdão 474/2002).

Significa dizer que a aludida omissão legislativa inconstitucional não se caracteriza pela ausência do cumprimento do dever geral de legislar, “mas é antes algo que deriva de uma específica e concreta incumbência ou encargo constitucional [...], sem deixar ao legislador qualquer margem de liberdade quanto à sua própria decisão de intervir” (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, acórdão 276/89, referido no acórdão 474/2002).

Como se vê, a omissão legislativa inconstitucional está vinculada a uma imposição constitucional concreta dirigida ao Legislador, por identificar-se um dever de legislar materialmente determinado ou determinável. Ainda nos termos do aludido acórdão 474/2002 do Tribunal Constitucional:

[...] a disposição constitucional em que se funda a invocação da inconstitucionalidade por omissão tem que ser suficientemente precisa e concreta para que o Tribunal possa determinar, com segurança, quais

as medidas jurídicas necessárias para lhe conferir exequibilidade, sem ter de se pronunciar sobre opções políticas eventualmente diversas. Assim, quando as possibilidades deixadas pela Constituição ao legislador ordinário são praticamente ilimitadas, o Tribunal não pode determinar, por critérios estritamente jurídicos, o incumprimento do dever de legislar. E, conseqüentemente, como a verificação jurisdicional da inconstitucionalidade por omissão não pode assentar num juízo político, ela torna-se inviável. Resumir-se-á, pois, este ponto dizendo que a verificação da inconstitucionalidade por omissão supõe a existência de uma concreta e específica situação de violação da Constituição, demarcada a partir de uma norma suficientemente densificada, a que o legislador ordinário não conferiu atempadamente exequibilidade.

Conclui-se, disso, que, segundo os critérios eleitos pelo Tribunal Constitucional:

[...] não está aqui em causa uma fiscalização do cumprimento do “dever geral de legislar” que impende sobre os órgãos de soberania com atribuições legiferantes destinado a “acudir às necessidades ‘gerais’ da legislação que se façam sentir na comunidade jurídica” e, bem assim, dos resultados decorrentes do exercício desse dever, mas sim uma sindicância que visa apurar o cumprimento das injunções constitucionais que estabelecem “uma específica e concreta incumbência ou encargo constitucional”, “claramente definida quanto ao seu sentido e alcance, sem deixar ao legislador qualquer margem de liberdade quanto à sua própria decisão de intervir” (cf. Acórdão n.º 276/89). (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS, 2008, p. 46)

Não obstante a Constituição preveja a existência de um controle de constitucionalidade por omissão, o pronunciamento do Tribunal limita-se ao reconhecimento da situação de omissão inconstitucional, que se espera tenha um efeito de apelo ao legislador. Em razão disso, “em termos de efeitos, a doutrina tem qualificado as decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional em sede de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão como sentenças de mera verificação ou de reconhecimento, possuidoras de uma eficácia meramente declarativa” (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS, 2008, p. 22).

Como reconhece a doutrina, o controle das omissões legislativas inconstitucionais constitui “um controlo desprovido de sanção que recai sobre o legislador quando este se abstém de aprovar leis que devem, nos termos constitucionais, complementar normas da Lei Fundamental não exequíveis por si próprias” (MORAIS, 2006, p. 331).

Nega-se, assim, uma função integradora ou concretizadora para a jurisdição constitucional em casos de omissões legislativas inconstitucionais. Conforme concluído

pelo Relatório apresentado pelo Tribunal Constitucional português na XIV Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus:

Em suma, se houvesse que caracterizar a actividade do Tribunal Constitucional português como activismo, moderação ou minimalismo, a doutrina nacional optaria pela ideia de actuação minimalista, associada a uma concepção negativa das respectivas funções no que toca a esta sua competência fiscalizadora em sede de controlo da inconstitucionalidade. Paraphrasing Gomes Canotilho e Vital Moreira, “a função de controlo do TC é essencialmente negativa, sendo a sua vocação não a de definir aquilo que é (ou seria) conforme à Constituição mas sim o que não é conforme com ela”. Indo um pouco mais longe, Vital Moreira defende a rejeição, em via de princípio, das concepções de activismo ou de criatividade do juiz constitucional, as quais têm fundamentado em larga medida a prática das chamadas «sentenças manipulativas» ou «construtivas». Porque, como adverte, “aí o juiz constitucional assume inequivocamente a veste do legislador e, em vez de se limitar a declarar a inconstitucionalidade das normas que o legislador emitiu, permite-se criar ele mesmo normas em substituição do legislador, ou imputar deliberadamente ao legislador normas diferentes da que este efectivamente emitiu”. (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS, 2008, p.23-24)

O modo restritivo do controle de constitucionalidade das omissões legislativas confere-lhe importância marginal na jurisdição constitucional portuguesa. Evidência disso é que, até 2008, o Tribunal Constitucional, em 25 anos de existência, tinha recebido apenas sete pedidos de fiscalização da constitucionalidade por omissão de legislar, tendo concluído em somente duas delas pela existência da alegada inconstitucionalidade (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS, 2008, p. 63).

Nos casos que envolvam violação a direitos fundamentais (direitos, liberdades e garantias individuais, bem como direitos econômicos, sociais e culturais), o Tribunal Constitucional mantém sua postura restritiva no reconhecimento da situação de omissão legislativa inconstitucional.

É o que se vê, por exemplo, no já mencionado acórdão n.º 474/2002. O Tribunal Constitucional foi confrontado com um pedido de inconstitucionalidade por omissão relativa ao direito de os servidores públicos terem acesso à assistência material quando se encontrarem em situações de desemprego involuntário (garantido pelo art. 59º da Constituição), direito esse já assegurado aos trabalhadores vinculados ao regime jurídico privado (pela instituição do benefício do “subsídio de desemprego”, previsto na Lei n.º 79-A/89).

O Tribunal Constitucional limitou seu pronunciamento ao reconhecimento de que havia uma omissão legislativa relativa, em violação ao princípio da igualdade (não obstante o pedido formulado pelo Provedor de Justiça para estender a assistência já existente para os trabalhadores privados aos trabalhadores públicos).

Não obstante isso, observam-se algumas nuances na prática da jurisdição constitucional das omissões legislativas referentes a direitos fundamentais. Embora não fuja do padrão de vincular o reconhecimento da omissão legislativa inconstitucional a uma espécie de apelo ao legislador, o Tribunal Constitucional pode prestigiar leitura que retire do direito fundamental violado densidade normativa suficiente para estabelecer a regra aplicável ao caso (o que pode implicar, a depender da situação, o exame da constitucionalidade sob o prisma da ação e não da omissão).

Assim, por exemplo, examinando a constitucionalidade de um novo regime legal a respeito do direito de participação de representantes dos trabalhadores nos órgãos sociais das empresas pertencentes ao setor público, o Tribunal Constitucional entendeu, no acórdão 47/2006, que havia inconstitucionalidade na revogação do regime legal anterior que preservava o aludido direito de participação.

Em vez de reconhecer a inconstitucionalidade por omissão, o Tribunal Constitucional optou por considerar que “a revogação integral de uma lei constitucionalmente devida acarreta a inconstitucionalidade por acção da própria lei revogatória”. Ao concluir que “a lei revogatória, que consubstancia o acto de desfazer, não é fiscalizável (enquanto geradora de uma inconstitucionalidade) por omissão, mas sim por via de acção”, decidiu julgar inconstitucionais as normas revogatórias, por ofensa aos direitos de participação dos trabalhadores nos órgãos sociais das empresas públicas (arts. 54º, n.º 5, alínea ‘f’, e 89º da Constituição), restabelecendo a legislação antes revogada (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS, 2008, p. 50-53).

No acórdão n.º 1221/96, o Tribunal Constitucional considerou que, em vista do direito de igualdade constitucionalmente assegurado aos filhos nascidos fora do casamento (art. 36º da Constituição), deveria ser estendido às uniões de fato das quais nasceram filhos o mesmo direito assegurado no art. 1.793º, n.º 1, do Código Civil de

1966²¹⁹. O Tribunal Constitucional não se valeu da categoria da omissão legislativa relativa para estender o benefício legal como corolário da reparação ao princípio da igualdade, havendo por bem julgar inconstitucional a interpretação que fazia uma leitura restritiva do dispositivo legal (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS, 2008, p. 54-55).

As vias de controle de constitucionalidade por ação podem, portanto, atuar no suprimento de situações de inconstitucionalidade que poderiam ser tratadas no âmbito do controle das omissões legislativas (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS, 2008, p. 63).

No controle concreto e difuso, o Tribunal Constitucional se recusa a apreciar a inconstitucionalidade por omissão, com fundamento na falta de legitimidade dos requerentes e na inidoneidade da via eleita. Apesar disso, o Tribunal, em seus pronunciamentos, pode constatar a existência de uma inconstitucionalidade por omissão, como mero *obiter dictum*, sem qualquer caráter decisório em sua afirmação (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS, 2008, p. 33-36).

Por fim, cumpre observar que, conquanto tenha efeitos restritos, o reconhecimento pelo Tribunal Constitucional da omissão legislativa, no procedimento próprio previsto no art. 283º da Constituição, consubstancia-se em relevante apelo ao legislador, que atribui relativo significado político e jurídico ao pronunciamento da Corte (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS, 2008, p. 63).

9.4.c O controle de constitucionalidade por omissão na Itália

A partir do final da década de 1960, o Tribunal Constitucional italiano passou a buscar, de forma mais acentuada, novas alternativas de pronunciamento sobre as questões constitucionais, que não se reduzissem ao binômio (i) acolhimento da arguição de inconstitucionalidade (com a declaração de inconstitucionalidade da norma, com eficácia *erga omnes*) ou (ii) rejeição dessa arguição (que, de regra, não criava uma declaração de constitucionalidade da norma com efeito vinculante, gerando, apenas, uma espécie de preclusão para o juízo que suscitara o incidente).

²¹⁹ Eis os termos do dispositivo legal: “ARTIGO 1793º (Casa de morada da família) 1. Pode o tribunal dar de arrendamento a qualquer dos cônjuges, a seu pedido, a casa de morada da família, quer essa seja comum quer própria de outro, considerando, nomeadamente, as necessidades de cada um dos cônjuges e o interesse dos filhos do casal.”

A partir dessa época, o Tribunal Constitucional iniciou percurso no caminho da modulação dos efeitos de seus pronunciamentos por meio da ampliação da tipologia das sentenças (VEGA, 2003, 215-217).

Embora não haja uma unanimidade conceitual na doutrina ou na jurisprudência do Tribunal Constitucional²²⁰, pode-se dizer, para fins didáticos, que se distingue, a partir de então, o delineamento de duas novas categorias de sentença: as sentenças interpretativas (cujo delineamento inicial já se percebe a partir da década de 1960) e as sentenças manipulativas (VEGA, 2003, p. 218-223).

Para fins de sistematização, pode-se dizer que as sentenças interpretativas se voltam à redução do conteúdo normativo do dispositivo examinado pela Corte (o Tribunal elege entre interpretações alternativas), sendo que: (i) nas sentenças de rejeição (*di rigetto*), a interpretação feita pelo Tribunal tem eficácia meramente propositiva, para servir de referência ou influência para a magistratura ordinária (vinculando apenas o juízo que suscitou o incidente)²²¹ e, (ii) nas sentenças de acolhimento, a interpretação tem eficácia vinculante para a magistratura ordinária (VEGA, 2003, p. 140-160, 170-183).

As sentenças manipulativas propõem-se a permitir a manipulação da norma sob exame do Tribunal Constitucional para oferecer pronunciamentos que tenham efeitos normativos não de redução, mas de ampliação (sentenças manipulativas aditivas) ou de

²²⁰ Derivando as sentenças aditivas, no direito italiano, de uma construção doutrinária e pretoriana, não há uma uniformidade na categorização do fenômeno. Para ter acesso a outra proposta classificatória, confira-se Carlos Blanco de Moraes (2009, p. 13-116), que fala em sentenças aditivas impróprias (ou aparentes, que são decisões de rejeição da alegação de inconstitucionalidade, com componente interpretativo sobre o direito comum, sem efeito vinculante, com mera função persuasiva) e sentenças aditivas próprias. As sentenças aditivas próprias se subdividem em (i) sentenças demolitórias com efeitos necessariamente aditivos (ou sentenças de demolição ou ainda sentenças de meros efeitos aditivos, que assim é denominada porque o Tribunal Constitucional, ao eliminar uma norma presente numa determinada disposição, acaba por ampliar o âmbito aplicativo de outra norma); (ii) sentenças aditivas em sentido estrito (que declaram a inconstitucionalidade parcial de uma disposição normativa e repara imediatamente o silêncio derivado da situação de inconstitucionalidade, que podem se voltar para proteção de direitos e garantias constitucionais, como para o exercício de direitos econômicos, sociais e culturais); (iii) sentenças aditivas de princípio (de uso relativamente recente pelo Tribunal Constitucional italiano que se caracteriza por eliminar, geralmente de forma parcial, uma norma inconstitucional, trazendo ainda um enunciado com os limites da operação reparadora da omissão legislativa, mas sem proceder diretamente a essa reparação, tendo, portanto, um valor eminentemente persuasivo e não vinculativo); e (iv) sentenças substitutivas (que expressa o forte ativismo do Tribunal Constitucional, na medida em sucede à declaração de inconstitucionalidade a substituição do segmento normativo inconstitucional por outro que seja constitucionalmente adequado).

²²¹ No âmbito das sentenças de rejeição, Favoreu chama a atenção para as sentenças de rejeição interpretativas de princípios. Por meio delas, “a Corte pretende, desta vez, ‘guiar’ apenas os juízes ordinários em seu trabalho de aplicação da lei. Ao contrário das sentenças interpretativas de rejeição clássicas, estas decisões não determinam a regra conforme a Constituição que permite salvar a disposição da lei sob censura. Elas se limitam simplesmente a enunciar um ‘princípio tirado da Constituição, ao qual os juízes ordinários são convidados a reportar-se para encontrar a regra adaptada ao caso concreto a ser julgado” (FAVOREU: 2004, p. 87).

modificação (sentenças manipulativas substitutivas) do seu conteúdo normativo²²² (VEGA, 2003, p. 221).

Centrando a análise nas sentenças manipulativas aditivas²²³, vê-se que, nelas, o Tribunal Constitucional declara a inconstitucionalidade por aquilo que não existe no ordenamento jurídico legal, trazendo para esse ordenamento jurídico uma nova norma (VEGA, 2003, p. 221).

Resgatando a sistematização sugerida por Crisafulli, no final da década de 1970, Augusto Martín de la Vega (2003, p. 235-236) observa que, nas sentenças manipulativas, o Tribunal Constitucional pode realizar, a depender da linha teórica e da situação, uma de duas operações para a declaração de inconstitucionalidade da omissão do legislador: i) eliminação da restrição para a aplicação de outras normas já existentes, mas cuja aplicação estava implicitamente vedada em vista do silêncio da lei declarada inconstitucional; ou ii) integração de novo conteúdo normativo, recorrendo aos princípios jurídicos para essa definição integradora.

No primeiro caso, o Tribunal Constitucional transforma o silêncio da lei em uma norma oculta de exclusão reputada como inconstitucional, e como consequência, a sentença manipulativa representa a anulação dessa norma implícita de exclusão²²⁴. Trata-se de uma forma de lidar com as omissões legislativas relativas, ou seja, em que se entende que houve desenvolvimento parcial ou insuficiente a respeito de uma determinada matéria constitucional. Sobre esse problema, o Tribunal emitiria, portanto, uma sentença com efeito redutivo de ação da norma, consistente na proibição de aplicar a norma impeditiva (eliminação da proibição tácita) (VEGA, 2003, p. 236-239).

²²² Como noticia Augusto Martín de la Vega, observa-se nas sentenças substitutivas uma manipulação mais profunda da norma sob exame, na medida em que o Tribunal, considerando inconstitucional um certo conteúdo do dispositivo legal, entende que o suprimento do vício da inconstitucionalidade não se satisfaz com a sua eliminação, devendo haver uma substituição de seu conteúdo por outro diferente, que seja constitucionalmente obrigatório (2003, p. 222).

²²³ Para justificar a relevância das sentenças aditivas em face das substitutivas, anota Martín de la Vega que “en las sentencias ‘sostitutive’ nos encontramos por tanto ante una decisión de inconstitucionalidad sobre la norma contenida en la disposición a la que se añade realmente una decisión ‘aggiuntiva’. Es probablemente esta ‘doble naturaleza’ de la sentencia sustitutiva, junto con su mucha menor utilización por parte de la Corte, lo que en el fondo ha llevado a la doctrina a centrar su atención en el fenómeno de las sentencias ‘additive’. No cabe olvidar por otra parte que, aun cuando pueden encontrar-se algunas diferencias estructurales entre la sentencia aditiva y la sustitutiva, la elección que la Corte realice entre una y otra vendrá determinada en la mayoría de las ocasiones por la concreta formulación léxica de la disposición, lo que en el fondo puede hacer que estas diferencias sean menores de lo que podría parecer a primera vista” (2003, p. 222-223).

²²⁴ Valendo-se das lições de Mortati, esclarece Augusto Martín de la Vega: “es posible equiparar el silencio del legislador a una expresa prohibición de los comportamientos y relaciones no reguladas, y ello porque también la omisión es parte del texto, en su función de instrumento generador de normas, y por tanto puede ser ‘oggetto di censura’” (2003, p. 238).

Da doutrina constitucional italiana, Augusto Martín de la Vega extrai a compreensão de que essa técnica de exclusão da norma proibitiva implícita fez com que o Tribunal Constitucional tenha superado o obstáculo da omissão legislativa,

[...]reconstruindo a relação entre texto normativo (disposição), norma e omissão, ao considerar que “uma omissão dentro do contexto lógico e teleológico de uma disciplina legislativa (escrita e expressa) adquire a natureza, a função e o efeito de uma norma legislativa de exclusão (de uma disciplina jurídica) disposta tão univocamente como o estaria se a exclusão se estabelecesse com palavras expressas em um inciso do texto”, ou como uma vez mais sintetiza La Pergola: aceita a distinção norma/texto, e a configuração da omissão como parte da norma, “ainda que seja justamente uma parte que falta”, a legitimidade do procedimento utilizado pela Corte torna-se incontestável. (VEGA, 2003, p. 242-243, tradução livre)²²⁵

Ao denunciar a ocorrência de uma ausência de uma norma legal (que se faz em relação à Constituição e não a um ideal abstrato de completude normativa), conduz logicamente à indicação dessa norma faltante. O preenchimento dessa norma implícita pode não ser definido pelo Tribunal Constitucional na sentença manipulativa aditiva. É dizer, não seria necessário que o Tribunal Constitucional determinasse o material normativo que supriria a omissão, podendo ser atribuída ao juiz ordinário a função de determinar a situação normativa que se deriva da sentença do Tribunal Constitucional, a partir dos critérios gerais para situações de lacunas normativas (analogia, princípios gerais do direito etc.) (VEGA, 2003, p. 239-240).

A respeito disso, Favoreu chama a atenção para as sentenças “aditivas de princípio”, por meio das quais “a Corte declara a inconstitucionalidade de uma omissão do legislador, mas ao contrário das sentenças aditivas ‘clássicas’, ela mesma não introduz a regra destinada a preencher a lacuna da lei controlada” (FAVOREU: 2004, p. 87). Prossegue na explicação o constitucionalista francês:

Ela [a sentença aditiva de princípio] se limita a ‘administrar’, de acordo com sua própria expressão, um ‘princípio’ segundo o qual o legislador deverá adotar a nova regra para satisfazer às exigências constitucionais. Enquanto o legislador não intervém, os juízes ordinários podem reportar-se também ao ‘princípio’ colocado pela

²²⁵ No original: “[...] como señala D’Orazio, la Corte ha superado audazmente el obstáculo de la omisión legislativa reconstruyendo la relación entre disposición, norma y omisión, al considerar que ‘una omisión dentro del contexto lógico y teleológico de una disciplina legislativa (escrita y expresa) adquiere la naturaleza, la función y el efecto de una norma legislativa de exclusión (de una disciplina jurídica) dispuesta tan unívocamente como lo estaría si la exclusión se estableciera con palabras expresas en un inciso del texto’, o como una vez más sintetiza La Pergola: si se acepta la distinción norma/disposición, y la configuración de la omisión como parte de la norma, ‘aunque sea juna parte que falta’, la corrección del procedimiento utilizado por la Corte deviene incontestable”. (VEGA, 2003, p. 242-243)

Corte, para extrair do ordenamento jurídico em vigor a regra adaptada aos casos concretos que eles deverão julgar. (FAVOREU: 2004, p. 87)

Essa mesma estrutura não se observa na sentença manipulativa aditiva como integração interpretativa da norma. Nessa situação, o Tribunal Constitucional, considerando uma omissão legislativa inconstitucional, “faz derivar a norma que colmatará o vazio de um princípio geral ou diretamente da norma constitucional violada pela omissão” (VEGA, 2003, p. 236).

Aqui, a omissão legislativa inconstitucional representa uma carência de disciplina legal que, no juízo do Tribunal Constitucional, deveria existir a fim de evitar a inconstitucionalidade (o foco de análise, observe-se, não está na inércia do legislador, mas na lacuna jurídica identificada no ordenamento jurídico, tendo em vista as disposições constitucionais). Nessas situações, o Tribunal Constitucional procura encontrar uma norma secundária que seja concretamente aplicável ao preceito constitucional (VEGA, 2003, p. 243-244).

O Tribunal Constitucional, nessa atividade integrativa, buscará determinar a potencialidade interpretativa de um texto ou de um complexo de textos normativos para pôr fim ao estado de omissão legislativa inconstitucional. Novamente se valendo da compreensão de constitucionalistas italianos sobre o fenômeno, sintetiza Augusto Martín de la Vega:

Definitivamente, o estudo da jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre tal tipo de sentença veio a demonstrar para D’Orazio uma inusitada coerência interna: a norma que veio necessariamente explicitada de forma aditiva, por força de um princípio constitucional vinculante ou em conexão com uma escolha mais geral já realizada pelo Legislador ao formular a norma. A corte desenvolve e integra pois a lógica do discurso legislativo, assumindo assim também o papel de “julgar a razoabilidade da lei”. De sua parte, Onida/D’Amico, desenvolvendo a argumentação de D’Orazio, enfatizam que nessas situações não se trata simplesmente de “adicionar” ao texto a previsão que se possa inferir diretamente da Constituição, mas sim que pode ocorrer que o conteúdo que a Corte deva deduzir seja constitucionalmente necessário, sob a premissa de que subsistam uma séria de normas requeridas pelo texto e fruto da escolha do legislador. Essa ênfase no aspecto interpretativo-integrador do pronunciamento aditivo estará presente em quase todos os defensores da legitimidade desse tipo de sentença e, obviamente, tende a se vincular com a própria justificação do processo criativo da

decisão, ao relacionar-se com a célebre “disposição obrigatória” de Crisafulli. (VEGA, 2003, p. 245-246, tradução livre)²²⁶

Apesar dessa tentativa de deduzir a omissão normativa a partir de uma justificativa lógico-jurídica, ainda se percebe forte oposição na Itália a essa técnica de sentença, por nela identificar-se uma espécie de “heterointegração” abusiva do Tribunal Constitucional, já que a Corte traz para si o poder de individualizar a norma legítima que deveria decorrer da atividade legislativa (2003, p. 263-270).

Esse tipo de crítica tem fomentado a discussão sobre os limites à função integradora da sentença manipulativa, à qual se oporia a denominada discricionariedade do legislador (entendida como espaço de autonomia política do legislador para definir a oportunidade, os meios e os fins de realização das normas constitucionais)²²⁷. Dessa discricionariedade resultaria, ainda, a conclusão de que a manifestação do Tribunal Constitucional não inibe, em princípio, a força da legislação futura que venha a superar o estado de omissão identificado e eventualmente suprido pelo Tribunal (VEGA, 2003, p. 297-302).

Como se vê, o cerne do problema enfrentado pelas sentenças manipulativas diz respeito a sua capacidade de introduzir no ordenamento novos conteúdos normativos e aos efeitos que a introdução dessas novas normas opera perante o Judiciário. O contexto que permitiu desenvolver essa nova tipologia está relacionado a diversos fatores, entre os quais se podem destacar (i) o sentimento de inércia do Parlamento em dar cumprimento a uma Constituição com forte carga programática e em adequar o

²²⁶ No original: “En definitiva, el estudio de la jurisprudencia del Alto Tribunal sobre tal tipo de sentencias vendría a demostrar para D’Orazio una inusitada coherencia interna: la norma viene aditivamente explicitada, sin alternativa, en virtud de un principio constitucional vinculante o en conexión con una elección más general ya realizada por el legislador al formular la norma. La Corte desarrolla e integra pues la lógica del discurso legislativo, asumiendo así también el papel de ‘giudice della ragionevolezza delle legi’. Por su parte, Onida/D’amico, desarrollando el razonamiento D’Orazio, subrayarán como en ocasiones no se trata simplemente de ‘añadir’ al texto la previsión directamente deducible de la Constitución, sino que puede ocurrir que el contenido que la Corte deba deducir sea constitucionalmente necesario sólo bajo el presupuesto de que subsistan una serie de normas, recabables de la disposición y fruto de la elección del legislador. Esta acentuación del aspecto interpretativo-integrador del pronunciamiento aditivo va a estar presente en casi todos los defensores de la legitimidad de dicho tipo de sentencias, y obviamente tiende a enlazar con la propia justificación del aspecto creativo de la decisión, al relacionarse con la celeberrima ‘rime obbligate’ de Crisafulli.” (VEGA, 2003, p. 245-246)

²²⁷ No campo das despesas públicas, por exemplo, entende-se que há discricionariedade do legislador para definir a forma de alocação dos recursos públicos. Mas, uma vez identificada uma situação de abuso do legislador, que deixa de estabelecer determinada despesa pública considerada constitucionalmente obrigatória, o Tribunal Constitucional não vê, na aludida discricionariedade, um limite à força de sua sentença. Significa dizer que a discricionariedade do legislador é uma objeção à procedência da arguição de inconstitucionalidade. Superada essa objeção, cabe ao Tribunal suprir a omissão da forma que julgar mais adequada, à luz do ordenamento constitucional (VEGA, 2003, p. 313-321).

ordenamento legal preexistente à nova ordem constitucional, (ii) a modificação do papel institucional do Tribunal Constitucional, que deixa de ser visto como mero guardião da Constituição para se tornar o motor das reformas constitucionais necessárias, e (iii) a busca de uma certa racionalização da criação jurisprudencial do direito, por meio da jurisdição constitucional (VEGA, 2003, p. 223, 232-235).

O delicado problema institucional que a sentença manipulativa se propõe a resolver e o contexto em que se insere fazem do tema, ainda hoje, um dos mais polêmicos entre aqueles que cercam a jurisdição constitucional (VEGA, 2003, p. 235).

Essa experiência italiana oferece bons elementos de reflexão, em vista da tradição do controle difuso, do aumento da litigiosidade que se manifesta perante a jurisdição ordinária e das formas de convivência racional entre o sistema de controle das omissões e a resolução de conflitos submetidos ao Judiciário, numa solução que não comprometa a rigidez e a supremacia da Constituição.

9.5 Conclusão

Por óbvio, não cabe a pretensão ingênua de transplantar, de forma irrefletida, para o Brasil soluções jurídicas preconizadas por outros países para problemas similares, como o observado para as omissões legislativas inconstitucionais, até porque o fenômeno das omissões legislativas inconstitucionais tem recebido tratamento “imaginativo e ousado” por parte do Supremo Tribunal Federal, como destacado por Carlos Blanco de Moraes (2009, p. 8).

Entende-se, no entanto, que o exame crítico da experiência estrangeira permite tomar consciência de que, para problemas comuns no constitucionalismo moderno e para os quais há preocupações semelhantes, estão disponíveis outras soluções, que podem ser efetivas na defesa da Constituição.

Em linha com o que foi desenvolvido na Parte II da tese a respeito do que se entende como o melhor modelo de jurisdição constitucional para o Brasil (o qual, como defendido, deve convergir para o Supremo Tribunal Federal e tem como função precípua instituir um contrapeso ao processo político ordinário), entende-se que, no tratamento das omissões legislativas inconstitucionais, é possível extrair da experiência da jurisdição constitucional portuguesa, espanhola e italiana algumas importantes lições aplicáveis ao Brasil.

Nas três jurisdições constitucionais indicadas, destaca-se que a omissão legislativa inconstitucional é um conceito relevante para delimitar fronteiras entre a atividade legislativa, a jurisdição constitucional e a jurisdição ordinária, criando-se constrangimentos políticos para o Legislador, censurando publicamente sua inércia, e constrangimentos epistemológicos para os juízes e Tribunais Constitucionais, inibindo uma atuação política desmesurada e irrefletida. Essa ideia merece ser resgatada no Brasil.

A Espanha constitui interessante exemplo de jurisdição constitucional que não prevê como objeto de controle de constitucionalidade a omissão legislativa inconstitucional. Apesar disso, o Tribunal Constitucional espanhol desenvolveu uma doutrina a respeito do tema para utilizá-la como fundamento de suas decisões. Dessa experiência queremos retirar a conclusão de que o conceito de omissão legislativa inconstitucional, mesmo quando não necessário (como ocorre na Espanha), é relevante para a prática de uma determinada espécie de jurisdição constitucional: que leva a sério a democracia e acredita nos canais ordinários de representação democrática.

Não se trata, no entanto, de uma confiança cega na democracia representativa. A ideia de omissão legislativa inconstitucional permitiu que a jurisdição constitucional espanhola colocasse em evidência situações de inércia do legislador espanhol, criando uma espécie de constrangimento público em razão do não exercício de uma competência que constitucionalmente lhe é atribuída. O Tribunal Constitucional exerce uma função pedagógica, ao chamar o legislador a cumprir sua responsabilidade, a qual talvez não fosse bem exercida se o Tribunal Constitucional optasse pelo caminho de dar tal densidade às normas constitucionais para suprir as omissões legislativas, numa postura concretizadora.

Em Portugal, as omissões inconstitucionais constituem objeto específico de controle de constitucionalidade, que serve, nos termos da Constituição, para fazer um apelo ao legislador a fim de suprir o vazio normativo. Na prática da jurisdição constitucional portuguesa esse dispositivo poderia ter servido como base para o desenvolvimento do ativismo do Tribunal Constitucional no suprimento das omissões legislativas. Não foi o que ocorreu. O conceito de omissão legislativa inconstitucional serve tanto para indicar uma imposição constitucional para o legislador legislar sobre determinadas matérias, quanto para fixar que remanesce para o legislador um amplo

espaço de conformação da constituição. Merece destacar que o legislador português tem sido sensível aos apelos do Tribunal Constitucional para suprir omissões legislativas.

Não obstante a postura, por assim dizer, conservadora do Tribunal Constitucional português para tratar das omissões legislativas, cabe mencionar mecanismos de salvaguarda dos direitos fundamentais desenvolvidos por essa jurisdição constitucional: i) retirar do conteúdo do direito fundamental a conclusão sobre a desnecessidade de *interpositio legislatoris*; ii) completar o sentido da legislação a partir de certa interpretação decorrente dos direitos fundamentais; iii) impedir que o legislador incida em omissão por revogar regime legal que dava regulação constitucionalmente necessária.

A Itália mostra que a jurisdição constitucional, na sua relação com os juízes e Tribunais ordinários, deve ser maleável para bem cumprir suas tarefas e impor sua autoridade. No tenso convívio com a jurisdição ordinária, a jurisdição constitucional italiana criou mecanismos para utilizar a jurisdição ordinária a fim de dar efetividade a seus julgados e às garantias constitucionais. Com efeito, o Tribunal Constitucional italiano – sem necessidade de abrir mão da distinção entre legislação, jurisdição ordinária e constitucional – criou as sentenças manipulativas para dosar sua atuação política, conferir maior inteligibilidade a seus precedentes e capacidade operativa para a jurisdição ordinária.

Digna de ênfase, nesse particular, a possibilidade de o Tribunal Constitucional emitir as diretrizes necessárias para o suprimento de determinada omissão legislativa inconstitucional, que deverão ser levadas em consideração pelos juízes e Tribunais na solução dos casos concretos que lhe sejam submetidos.

De tudo isso resulta que o controle de constitucionalidade das omissões legislativas inconstitucionais vem a preencher diversas funções no delicado sistema de controle de constitucionalidade, que não pode ser reduzido a uma simples censura ao legislador, mas que não se rende à perspectiva unidimensional da necessidade da tutela do direito (cuja configuração é incerta, até pela falta de norma). De forma esquemática, poder-se-ia dizer que essa espécie de controle serve para:

- i) racionalizar o ativismo judicial;
- ii) reorientar a jurisdição constitucional para lidar com a tensão constitucionalismo-democracia, fomentando um debate institucional com o Legislador;

- iii) orientar o juízo ordinário no julgamento do caso concreto em que se observa uma flagrante lacuna no sistema legal em vista dos parâmetros constitucionais (e não a partir de um ideal, abstrato e intangível, de completude do ordenamento jurídico).

No Brasil, em vista da tradição do controle difuso de constitucionalidade, do aumento da litigiosidade que se manifesta perante a jurisdição ordinária, do protagonismo que o Supremo Tribunal Federal tem reivindicado na jurisdição constitucional e da importância de preservar os canais ordinários de representação democrática, o esforço aqui empreendido cumpre o objetivo de identificar as formas de convivência racional entre o processo legislativo, o sistema de controle de constitucionalidade das omissões legislativas e a resolução de conflitos submetidos ao Judiciário, numa solução que não comprometa a efetividade dos direitos nem o valor da democracia.

10 O MANDADO DE INJUNÇÃO

10.1 Introdução

Como bem relata José Afonso da Silva (1989, p. 14-18), o Constituinte da Constituição de 1988 tinha a viva preocupação de garantir que o cidadão não visse frustrada a sua expectativa de ter os comandos constitucionais plenamente implementados.

Embora não tenha sido utilizado formalmente na Constituinte, o Anteprojeto constitucional, elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, instituída pelo Decreto n.º 91.450, de 18 de julho de 1985, conhecido como Anteprojeto Afonso Arinos, previa em seu art. 10:

Art. 10 – Os direitos e garantias constantes desta Constituição têm aplicação imediata.

§ 1º – Na falta ou omissão da lei o juiz decidirá o caso de modo a atingir os fins da norma constitucional.

§ 2º – Verificando-se a inexistência ou omissão da lei, que inviabilize a plenitude da eficácia de direitos e garantias assegurados nesta Constituição, o Supremo Tribunal Federal recomendará ao Poder competente a edição da norma que venha a suprir a falta.

Tendo optado o Constituinte por redigir a Constituição sem apoio em anteprojeto prévio, observa-se que a ideia do mandado de injunção, recorda Adhemar Ferreira Maciel (2011, p. 794-798), surgiu nas Subcomissões Temáticas, por proposta dos Constituintes (Senador) Virgílio Távora e (Deputado) Carlos Virgílio, por meio das Sugestões 155-4 e 156-2 apresentadas em 27.3.87, e do Constituinte (Senador) Ruy Bacelar, por meio da Sugestão 367-1, de 3.4.1987.

No anteprojeto apresentado e aprovado na Subcomissão dos Direitos Políticos e Garantias Individuais, da relatoria do Constituinte (Deputado) Darcy Possas, o primeiro rascunho do mandado de injunção aparece em dispositivo com a seguinte redação:

Conceder-se-á mandado de injunção, para garantir direito nela assegurado, não aplicado em razão da ausência de norma

regulamentadora, podendo ser requerido em qualquer Juízo ou Tribunal.²²⁸

Na Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, houve pequena modificação do dispositivo, cuja redação final, no anteprojeto dessa comissão (de relatoria do Constituinte [e Senador] José Paulo Bisol), ficou nos seguintes termos (BACELAR, 1988, p. 10):

[art. 34] Conceder-se-á mandado de injunção, observado o rito processual do mandado de segurança, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania do povo e à cidadania.

Na Comissão de Sistematização, o Relator, Constituinte Bernardo Cabral, apresentou, no seu segundo substitutivo, a seguinte proposta para o instituto:

[§47 do art. 5º] Conceder-se-á mandado de injunção, observado o rito processual previsto em lei complementar, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício das liberdades constitucionais inerentes à nacionalidade, à soberania do povo e à cidadania.

No Projeto de Constituição (A) da Comissão de Sistematização, o mandado de injunção foi disciplinado no § 51 do art. 6º, tendo se substituído a expressão “observado o rito processual previsto em lei complementar” por “na forma da lei”. Na redação final, por força de emenda apresentada pelo Constituinte Fernando Henrique Cardoso, ficou definida a redação definitiva do instituto, segundo a qual “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”, disposta no inciso LXXI do art. 5º do texto constitucional (BACELAR, 1988, p. 10-11; SILVA, 1989, p. 17-18).

Pelo teor dos discursos, debates e propostas havidos na Constituinte, o mandado de injunção era apresentado como uma “conquista inovadora e extraordinária, festejada por muitos setores” (como sublinhado pelo Constituinte Vivaldo Barbosa)²²⁹.

²²⁸Anais da Assembleia Nacional Constituinte (Ata das Comissões). Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. Subcomissão dos Direitos políticos e garantias individuais Ata da 26ª Reunião, Votação do anteprojeto. Realizada em 23 de maio de 1987. p. 259.

²²⁹Diário da Assembléia Nacional Constituinte (Suplemento “B”). Ata da reunião de instalação da comissão de redação, de 20 de abril de 1988. p. 92.

É preciso advertir, no entanto, que a vontade da Constituição não se confunde com a vontade dos constituintes. Os institutos jurídicos ganham seu verdadeiro sentido não perscrutando a intenção do legislador, mas analisando o texto normativo à luz de todo o sistema jurídico e da realidade que o cerca. Atentando-se para essa realidade, a Constituição, analisada em toda a sua amplitude, não pode ser reduzida a um projeto de tutela jurisdicional de direitos. Não se pode perder de vista, afinal, que a Constituição de 1988 também está engajada na relevante função de consolidação da democracia, na qual o direito constitucional assume “seu papel coadjuvante de destravar impasses políticos, asfaltando vias nas quais o processo de construção de consenso e de formação de decisões possa retomar o seu curso normal” (KAUFMANN, 2013, p. 301).

Nesse projeto, o mandado de injunção pode contribuir, no âmbito próprio da jurisdição constitucional, para fortalecer a tutela de direitos, em benefício do cidadão, e para o desenvolvimento e a consolidação do processo democrático, dentro de um formato institucional que delimite os espaços de atuação do Supremo Tribunal Federal, do Judiciário e do Legislativo.

O mandado de injunção, nessa visão, constitui instrumento que viabiliza o controle subjetivo, concreto e concentrado da inconstitucionalidade por omissão legislativa, conferindo legitimidade ao cidadão prejudicado para acionar o Supremo Tribunal Federal, cuja jurisdição não se amolda ao esquema ordinário da tutela do direito subjetivo.

É essa a ideia, e seus desdobramentos, que se passa a desenvolver.

10.2 A natureza jurídica do mandado de injunção

No julgamento do MI-QO 107, o Supremo Tribunal Federal acabou por assimilar os efeitos do mandado de injunção aos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão legislativa, limitando o efeito da declaração de inconstitucionalidade por omissão a “mero” apelo ao legislador.

O Supremo Tribunal Federal fez questão, por assim dizer, de enquadrar o mandado de injunção nos rígidos contornos da jurisdição constitucional, na percepção que se tinha então, ficando neles aprisionado mesmo depois do desenvolvimento das técnicas de controle de constitucionalidade.

A dita ruptura havida em 2007 não foge desse padrão: o que o Supremo fez, no final das contas, foi atualizar, com alguma demora, o instituto do mandado de injunção às novas técnicas desenvolvidas na jurisdição constitucional pelo próprio Tribunal. Examinada a nova fase do instituto sob o prisma exclusivamente das técnicas de controle de constitucionalidade que se tem desenvolvido no Brasil, é legítimo pensar que as decisões proferidas nos julgamentos dos mandados de injunção sobre greve e sobre aposentadoria impressionam mais pelo fato de terem sido tomadas no âmbito do mandado de injunção do que propriamente pelo mérito da decisão.

É dizer: o Supremo Tribunal Federal mantém-se fiel à sua concepção original de ver no mandado de injunção mais um instrumento processual para o exercício da jurisdição constitucional, deixando para segundo plano a preocupação com a tutela de direitos.

Com esse mesmo espírito, Rodrigo Kaufmann faz percuciente análise do mandado de injunção e qualifica-o como *poder-atribuição* conferido ao Supremo Tribunal Federal para realizar o controle de constitucionalidade. Na visão de Kaufmann, o mandado de injunção nada mais seria do que uma outra via para o Tribunal praticar a jurisdição constitucional.

Conforme destacado anteriormente, para Kaufmann, a omissão legislativa tem uma dimensão “meramente argumentativa”, que serviria ao propósito de conferir uma “centralidade do Poder Judiciário como protagonista das decisões de defesa dos direitos” (2013, p. 306) e que poderia ser tratada, “mesmo que não de maneira explícita, nos autos de ação direta de inconstitucionalidade, de ação de descumprimento de preceito fundamental, de mandado de segurança, de recurso extraordinário, de *habeas corpus*, de reclamação, enfim, de qualquer instrumento processual que viabilize a análise de atos normativos” (2013, p. 315). Traz, como reforço de argumentação, a constatação de que “a complementação de omissões legislativas ou a produção criativa de decisões judiciais acontece em qualquer esfera processual de atuação do Tribunal e, muitas vezes, até fora dela, como ocorre na aprovação de súmulas, atividade essa que inegavelmente tem relação de semelhança próxima com a própria atividade legiferante” (2013, p. 315-316).

Essa visão incorre no vício de ignorar que o mandado de injunção tem a estatura de garantia constitucional, estabelecida, de forma expressiva, entre os direitos e garantias fundamentais insculpidos no art. 5º. Essa disposição topológica não é aleatória

e não pode ser ignorada, sendo certo que o mandado de injunção é destinado à proteção do cidadão contra omissões inconstitucionais do Poder Público.

No outro vértice, situa-se a generalidade da doutrina, que reduz o mandado de injunção a uma espécie de ação judicial especial (uma ação constitucional), voltada a viabilizar tutela jurisdicional decorrente da omissão inconstitucional, que deve ser efetiva e reparadora dessa situação.

Essa vertente permanece fiel à intenção que animou a criação do mandado de injunção, o qual, para os Constituintes, destinava-se a viabilizar a fruição, pelo cidadão, de direito, liberdade ou prerrogativa assegurados constitucionalmente, obstados pela ausência de norma regulamentar (o que não significa, necessariamente, que seja essa a vontade incorporada pela Constituição).

Nessa linha, José Afonso da Silva defende, por exemplo, “a instituição constitucional do mandado de injunção alarga o âmbito da atividade jurisdicional, porque, por ele, a Constituição autoriza o juiz a decidir por equidade, o que significa determinar que ele aplique a norma que estabeleceria se fosse legislador” (1989, p. 45).

Celso Agrícola Barbi, em texto publicado logo após a promulgação da Constituição, defendia que caberia ao juiz “criar, para o caso concreto do requerente de mandado de injunção, uma norma especial, ou adotar uma medida capaz de proteger o direito do autor da demanda”. Assim entendia, sob a premissa de que “essa solução está de acordo com a função tradicional da sentença, que é resolver o caso concreto levado ao Poder Judiciário, mas limitando a eficácia apenas a esse caso, sem pretender usar funções próprias de outro Poder” (BARBI, 2011b, p. 597).

Flávia Piovesan, de seu turno, sustenta que “a finalidade do mandado de injunção é investir concretamente o impetrante em seus direitos, impondo ao impetrado o cumprimento efetivo de norma constitucional, segundo um mandamento judicial, que empresta eficácia e concreção à norma constitucional dependente de regulamentação” e conclui que “a decisão proferida em mandado de injunção, nesta ótica, permite remover, no caso concreto, a inconstitucionalidade por omissão em matéria de direitos subjetivos constitucionais” (PIOVESAN, 2003, p. 159).

Essa outra visão, a pretexto de ressaltar a índole de ação constitucional voltada a suprir a omissão inconstitucional, acaba por reduzir o mandado de injunção a uma mera ação judicial com status constitucional, restringindo-o a ser apenas um veículo para a

resolução de conflitos, nos moldes da jurisdição ordinária, que se caracteriza pela substituição da vontade das partes pela vontade da lei, na qual uma dessas partes é, por exemplo, o Legislador, omissor, que deve ver sua abusiva omissão substituída pela vontade da Constituição, tal como concebida pelo juiz (que, portanto, poderia fazer prevalecer sua opção política do que seja constitucionalmente mais adequado, por mais controversa que ela possa ser)²³⁰.

Levando ao extremo essa visão de que o mandado de injunção é (ou deveria ser) uma mera ação para dar efetividade a direitos constitucionais, Luís Roberto Barroso chega a defender a irrelevância do instituto, “na premissa de que a efetividade das normas constitucionais definidoras de direitos subjetivos pode e deve prescindir do mandado de injunção como instrumento de sua realização” (BARROSO, 2011, p. 693).

Prossegue Luís Roberto Barroso em seu provocativo artigo:

De fato, surgido como uma idéia importante na busca da efetividade, a verdade é que hoje o mandado de injunção, em qualquer de suas versões, tornou-se, quando não um óbice, ao menos um complicador desnecessário à realização dos direitos.

O fundamento da presente proposta é o seguinte: toda norma constitucional é dotada de eficácia jurídica e deve ser interpretada e aplicada em busca de sua máxima efetividade. Todos os juízes e Tribunais devem pautar sua atividade por tais pressupostos. Basta, portanto, a explicitação de que toda norma definidora de direito subjetivo constitucional tem aplicação direta e imediata, cabendo ao juiz competente para a causa integrar a ordem jurídica, quando isto seja indispensável ao exercício do direito. A rigor técnico, é o que já vem expresso de longa data no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil: ‘Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito’. (BARROSO, 2011, p. 693)

Conclui, então, que “o mandado de injunção, na atual quadra, tornou-se uma complexidade desnecessária. Mais simples, célere e prática afigura-se a atribuição, ao juiz natural do caso, da competência para a integração da ordem jurídica, quando necessária para a efetivação de um direito subjetivo constitucional submetido à sua apreciação”. E, de forma irreverente, chega a sugerir proposta de emenda constitucional para extinguir o mandado de injunção (2011, p. 694).

²³⁰ Autores como Celso Agrícola Barbi olvidam que a função tradicional da sentença – de resolver o caso concreto – se faz pela aplicação do direito pré-existente, em vista da natureza substitutiva da sentença. Não é essa, por óbvio, a tarefa realizada em mandado de injunção, que se volta, na linha defendida por esses Autores, à criação de uma norma que não existia previamente à sentença.

Esses dois extremos representam hoje visões inconciliáveis sobre o mandado de injunção (o que se evidencia, com facilidade, pela constatação de que, entre os apoiadores dessas distintas visões, não se estabelece um verdadeiro diálogo de ideias, mas apenas delimitação de pontos de vista e a negação do entendimento divergente, que se manifesta pela “filiação” dos autores a uma ou outra visão).

Além de inconciliáveis, ambas as visões, cabe reconhecer, são deletérias para o instituto e conduzem à sua negação, pois tornam o mandado de injunção ocioso e sem propósito na quadra atual da jurisdição constitucional.

Quem enxergar no mandado de injunção apenas mais uma técnica de controle de constitucionalidade, não verá razão para sobrecarregar a jurisdição constitucional com mais uma ferramenta processual. Quem conceber o instituto como um mero veículo de tutela de direitos constitucionais, verá também uma complexidade processual desnecessária, por achar que o direito constitucional pode ser satisfeito de uma maneira mais simples, com a democratização da jurisdição constitucional perante todos os órgãos da jurisdição.

Esses dois extremos devem ser rejeitados, porque não possibilitam a construção de uma visão que permita fortalecer o instituto e conferir-lhe identidade própria.

O mandado de injunção é mais bem compreendido se lhe forem atribuídas duas dimensões complementares: a de ação constitucional de defesa do cidadão e a de instrumento para o exercício da jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal.

Walter Claudius Rothenburg aproxima-se dessa constatação quando identifica no controle de constitucionalidade das omissões inconstitucionais uma autorização dada pela Constituição a fim de que seja atribuída a outro sujeito a competência (legitimidade) para dar cumprimento aos comandos constitucionais. Haveria, portanto, a perda da competência constitucional de determinado sujeito e a modificação da legitimidade para praticar certo ato exigido pela Constituição. Esses dois eventos seriam uma sanção para a situação de omissão inconstitucional. Essa é a tese central de Walter Claudius Rothenburg (2005).

Rothenburg, no entanto, não chega a distinguir a dupla dimensão do mandado de injunção. Isso por duas circunstâncias.

A primeira delas porque trata de forma indistinta e indivisa a jurisdição ordinária e a jurisdição constitucional²³¹. Isso é equivocado, pois a premissa de que no Brasil se adota o controle difuso de constitucionalidade não é suficiente para justificar a assimilação da jurisdição constitucional pela jurisdição ordinária, sobretudo em vista da função desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal (vide capítulos 6 e 7).

A segunda delas porque, ao tratar do mandado de injunção, acaba por incidir na simplificação de reduzir o instituto a veículo de tutela de direitos a ser exercida contra o sujeito político omissa na elaboração da norma, omissão esta que seria suprível pelo Judiciário. A propósito, afirma Walter Claudius Rothenburg que, com o mandado de injunção, “operar-se-ia uma alteração de sujeito e de conteúdo quanto à disciplina que conduz às condições de desfrute de um direito constitucional não-auto-aplicável, com transferência de competência do titular normativo ordinário (legislador ou administrador) para o juiz, que resolveria um caso concreto ao invés de editar uma regulamentação genérica” (2005, p. 69). Com essa visão, o mandado de injunção perde toda a sua versatilidade, que advém de sua inserção na multifacetada jurisdição constitucional.

De forma mais acertada e beneficiando-se do distanciamento das paixões que cercam as discussões sobre o instituto, Canotilho anteviu a natureza dúplice do mandado de injunção, como se verifica de observação por ele feita e bem destacada por Alexandre de Moraes:

Canotilho, ao discorrer sobre as perspectivas do mandado de injunção e da inconstitucionalidade por omissão no Direito Brasileiro, fez a seguinte observação:

‘Resta perguntar como o mandado de injunção ou a ação constitucional de defesa perante omissões normativas é um passo significativo no contexto da jurisdição constitucional das liberdades. Se um mandado de injunção puder, mesmo modestamente, limitar a arrogante discricionariedade dos órgãos normativos, que ficam calados

²³¹ Essa visão fica clara na leitura das considerações finais do trabalho de Walter Claudius Rothenburg: “Portanto, a constituição programática é desrespeitada pela omissão em implementar suas diretrizes, desafiando soluções alternativas. Seria possível desinvestir, total ou parcialmente, os sujeitos originariamente incumbidos de realizar os comandos constitucionais, atribuindo competências a outrem melhor disposto a desempenhá-las. Essa alteração de competência e o encontro de outros sujeitos devem ocorrer dentro do quadro do sistema constitucional positivo, mediante uma justificação razoável, limitando-se quanto possível o arbítrio e a busca de alternativas que transcendam o ordenamento jurídico vigente. A falha de atuação no sentido da plena realização constitucional pode provocar, sob o ângulo político e sociológico, uma perda de legitimidade do sujeito em princípio investido pela constituição, abrindo espaço para a emergência de outros sujeitos dispostos a resgatar essa legitimidade em seus diversos modos de manifestação. Atualmente, mostram-se os órgãos judiciais incumbidos do controle de constitucionalidade, com a utilização de técnicas modernas de decisão, os mais aptos a proceder à alteração de competência, apresentando-se este câmbio como alternativa eficaz de sanção contra o descumprimento da constituição.” (ROTHENBURG, 2005, p. 209)

quando a sua obrigação jurídico constitucional era vazar em moldes normativos regras atuativas de direitos e liberdades constitucionais; se, por outro lado, através de uma vigilância judicial que não extravase da função judicial, se conseguir chegar a uma proteção jurídica sem lacunas; se, através de pressões jurídicas e políticas, se começar a destruir o ‘rochedo de bronze’ da incensurabilidade do silêncio, então o mandado de injunção logrará os seus objetivos.’ (CANOTILHO, J. J. Gomes (coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira). As garantias do cidadão na justiça. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 367 apud MORAES, 2005, p. 154)²³²

Anunciar a inserção do mandado de injunção no âmbito da jurisdição constitucional das liberdades, como o faz Canotilho, constitui significativa aproximação com aquilo que se entende como sendo a natureza jurídica dúplice do mandado de injunção como ação constitucional e instrumento de jurisdição constitucional.

O mandado de injunção constitui, sim, uma ação constitucional (uma garantia processual-constitucional) destinada não apenas a defender a Constituição, mas também e sobretudo a defender interesses subjetivos. Por outro lado, a proteção do interesse subjetivo não leva, lógica e necessariamente, à conclusão de que, por essa via, é assegurada a imediata fruição de um direito subjetivo cujos contornos seriam estabelecidos por um juiz.

De fato, fixar o mandado de injunção apenas como ação constitucional significaria conceder ao Supremo Tribunal Federal (e, por efeito demonstração, à jurisdição ordinária) “um livre e irrefreado poder interpretativo da Constituição e da lei, que lhe permita dizer o que a Constituição objectivamente não diz”, transformando suas convicções subjetivas em parâmetros constitucionais, com o risco de “violação do princípio da separação de poderes e do princípio democrático representativo” (MORAIS, 2009, p. 102).

Esse risco apenas é evitado quando se compreende que o mandado de injunção está inserido no âmbito da jurisdição constitucional.

²³² Em texto mais recente, no Prefácio que escreveu em outubro de 2004 ao livro de André Vicente Pires Rosa, Canotilho, parece ainda manifestar o mesmo entendimento sobre o mandado de injunção, no sentido de vê-lo não como instrumento necessariamente vocacionado ao suprimento da omissão legislativa inconstitucional, mas a promover um saudável e construtivo diálogo institucional entre a jurisdição constitucional e o Legislativo. É o que conclui da afirmação de Canotilho de que manifesta uma “discordância amiga” com a tese concretista genérica defendida por André Vicente Pires Rosa a respeito do mandado de injunção. Observa Canotilho que “o Doutor André Rosa optou por seguir uma via interpretativa onde é visível um difícil equilíbrio entre a actividade de *legislatio*, vedada aos tribunais, e actividade de *jurisdictio* que aos mesmos é confiada como função exclusiva. Na verdade, a edição de *normas* por via jurisdicional e a revogação das mesmas normas por via legislativa suscitam delicados problemas de fronteira entre a função legislativa e a função jurisdicional.” (ROSA, 2006)

De tudo isso resulta a conclusão, já anunciada, de que o mandado de injunção não é simplesmente uma ação constitucional, como o mandado de segurança, o *habeas data* ou o *habeas corpus*. Também não pode ser adequadamente compreendido como mero veículo para o exercício das técnicas de controle de constitucionalidade, para o fim de viabilizar o exercício da jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

É, em verdade, uma ação de controle de constitucionalidade para defender situações subjetivas. É um instrumento processual que confere ao cidadão legitimidade para provocar a jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal em razão de omissões legislativas inconstitucionais.

Como instrumento típico da jurisdição constitucional, o mandado de injunção (i) presta-se a mostrar o peso e a gravidade político-constitucional que a tutela nele veiculada possui; (ii) está comprometido com o salutar diálogo institucional do Supremo Tribunal Federal com o Legislativo; (iii) sinaliza distinções relevantes entre a tutela da jurisdição constitucional e a tutela prestada no âmbito da jurisdição ordinária; e (iv) permite que a omissão legislativa inconstitucional seja percebida em toda a sua complexidade. Destaca-se, nesse último aspecto, o problema da liberdade de conformação do ordenamento jurídico pelo legislador e a preocupação com que o Tribunal não subtraia dos canais ordinários de representação democrática a avaliação e a decisão sobre distintas opções políticas. Essas nuances – repita-se – apenas podem ser apreendidas adequadamente no âmbito da jurisdição constitucional.

Como ação constitucional, o mandado de injunção (i) confere ao cidadão acesso direto à jurisdição constitucional, (ii) permite que sejam postas em evidência as consequências concretas para a realização de direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais derivadas da omissão legislativa inconstitucional e (iii) viabiliza que o Supremo Tribunal Federal promova a proteção desses direitos, liberdades e garantias violados. Ressalte-se, nesse particular, que o exame de um *writ* constitucional permite examinar, sob um ângulo privilegiado, a difícil questão de como lidar com a proteção insuficiente a direitos fundamentais concretamente caracterizados em vista da discricionariedade política do legislativo, que deve ser preservada numa sociedade pluralista e democrática.

Em síntese, o mandado de injunção, tal como posto na Constituição e no que se refere ao controle de constitucionalidade das omissões legislativas, tem duas dimensões:

(i) é ação constitucional de proteção do cidadão; (ii) é veículo daquela espécie de jurisdição constitucional própria dos Tribunais Constitucionais.

10.3 A função do mandado de injunção no sistema de controle de constitucionalidade

Como bem identifica Inocêncio Mártires Coelho, é profunda e extensa a divergência a respeito da finalidade do mandado de injunção, desde seu advento. Para alguns, teria por objeto a definição da norma regulamentadora constitucional aplicável ao caso concreto, para outros, teria a finalidade de realizar concretamente, em favor do impetrante, o direito constitucionalmente assegurado, havendo ainda aqueles que defendem que o mandado de injunção se prestaria a provocar a edição da norma geral para o exercício do direito constitucional pelo Poder Legislativo. (COELHO, 1992, p. 150-155)

Didaticamente, expondo as diversas correntes doutrinárias, Alexandre de Moraes identifica dois grandes eixos na definição da natureza jurídica dos efeitos do mandado de injunção: posição concretista, dominante na doutrina brasileira, que defende que a decisão de procedência do mandado de injunção deve implementar o exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa até que sobrevenha a regulamentação do poder competente (podendo ser essa regulamentação *erga omnes* ou apenas para o impetrante, dependendo da corrente); e posição não concretista, minoritária no debate doutrinário, que limita a eficácia da decisão à exortação do poder competente para que faça a devida regulamentação (MORAES, 2005, p. 158-163).

É certo que a Constituição, ao estatuir o mandado de injunção, sinalizou que (i) as omissões inconstitucionais dos Poderes Públicos são censuráveis, (ii) a censura deve ser enfrentada no âmbito da jurisdição constitucional e (iii) os cidadãos possuem acesso direto à jurisdição constitucional por meio dessa ação específica.

Situado o instituto no âmbito da jurisdição constitucional, põe-se em evidência, como já salientado, sua função de preservação da ordem constitucional, orientando a atividade política, coibindo arbitrariedades contra o cidadão, velando pelos espaços legítimos de atuação dos cidadãos e dos órgãos do Estado e arbitrando conflitos.

Por ser uma ação constitucional de titularidade do cidadão para defender seu interesse subjetivo, avulta a finalidade de efetivar ou provocar a efetivação de direito, liberdade ou prerrogativa constitucional obstada pela ausência de regulamentação.

Várias são as formas de essas duas facetas se relacionarem e todas essas potencialidades devem ser exploradas. Em verdade, o mandado de injunção converte-se no instrumento mais maleável de que dispõe o Supremo Tribunal Federal para tratar das omissões legislativas inconstitucionais e é instrumento singular de pluralização da jurisdição constitucional.

No controle abstrato das omissões legislativas inconstitucionais, sempre será possível argumentar que a Constituição de 1988 (tal como a Constituição portuguesa) adotou modelo conservador, determinando que o Supremo Tribunal Federal assumisse postura de autorrestrrição, ante os termos claros e expressos do § 2º do art. 103 da Constituição, segundo o qual, “declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias”.

Tendo em vista esse marco constitucional, não é despropositada a crítica de que a adoção de sentenças de perfil aditivo pelo Tribunal Constitucional – em sede de ação direta de inconstitucionalidade por ação ou omissão, de arguição de descumprimento de preceito fundamental ou de outra via processual – encontra obstáculos no texto constitucional.

Essa dificuldade é superável no mandado de injunção, cuja previsão constitucional concede abertura à jurisdição constitucional para buscar soluções criativas que viabilizem a fruição do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucionalmente assegurada pela falta de norma regulamentadora.

Essa é a dimensão positiva do mandado de injunção: viabilizar o acesso direto do cidadão à jurisdição constitucional para que obtenha decisão que censure situações de omissão constitucional.

10.3.a O mandado de injunção como veículo de controle concreto de constitucionalidade das omissões legislativas

O mandado de injunção não apenas indica um viés positivo para o fenômeno das omissões inconstitucionais, no sentido de ser um instrumento processual de acesso do cidadão à jurisdição constitucional prestada pelo Supremo Tribunal Federal. De fato, há uma dimensão negativa no controle das omissões legislativas inconstitucionais, que

advém da forma como é previsto, na Constituição de 1988, o mandado de injunção (bem como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão).

Deveras, a previsão constitucional do mandado de injunção representa não apenas a indicação de que a Constituição repele a omissão, mas que outorga via própria para apreciá-la e supri-la.

Mais precisamente, o cidadão, para obter provimento judicial que censure situações de omissão inconstitucional, deve se valer de veículo singular, a ser oferecido perante instância própria: é necessário o ajuizamento de mandado de injunção.

Luís Roberto Barroso discorda dessa assertiva, quando, como visto, afirma que “toda norma definidora de direito subjetivo constitucional tem aplicação direta e imediata, cabendo ao juiz competente para a causa integrar a ordem jurídica, quando isto seja indispensável ao exercício do direito”. Explicitando melhor seu ponto de vista, defende que “a rigor técnico, é que já vem expresso de longa data no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil: ‘Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito’” (BARROSO, 2011, p. 693)

Um exame apurado da prática jurídica revela que esse entendimento não é preciso e se alicerça numa incorreta compreensão do fenômeno das lacunas no direito e da falta de rigor metodológico no seu adequado tratamento.

Não se questiona que a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito são uma ferramenta de extrema relevância no sistema jurídico para permitir a justa aplicação do direito. Essas técnicas servem sim para lidar com situações em que se identifica uma espécie de lacuna no ordenamento jurídico, consistente na ausência de previsão de uma solução jurídica para determinado caso, havendo dúvida para o intérprete se a conduta deve ser qualificada como permitida, obrigatória ou irrelevante, por considerar que há um vazio normativo.

Essas situações, conforme destacado no Capítulo 8 (item 8.4), estão contidas naquilo que se denominou *lacuna normativa*, problema que se apresenta no plano lógico conceitual e se manifesta na impossibilidade de se identificar, no sistema normativo, uma solução jurídica para determinado caso (isto é, para uma situação qualificada por determinadas propriedades relevantes). Há, por assim dizer, um vazio normativo, em vista da ausência de correlação entre um caso e uma solução normativa, ante a

compreensão de que a conduta deva ser necessariamente qualificada como obrigatória ou proibida pelo sistema jurídico.

Esse é, sem dúvida alguma, um fenômeno de grande complexidade, que, nas palavras de Bobbio (referidas anteriormente), “se verifica pela falta de um critério para a escolha de qual das duas regras gerais, *a exclusiva* [i.e., a conduta é permitida] *ou a inclusiva* [i.e., a conduta é proibida], deva ser aplicada” (BOBBIO, 1997, p. 157), que traz grandes desafios para o aplicador do direito e que encontra nos princípios gerais do direito, na analogia e nos costumes uma fonte de solução.

O problema da inconstitucionalidade por omissão, no entanto, diz respeito à situação em que o sistema normativo oferece uma solução para um determinado caso, que se entende como insuficiente ou insatisfatória à luz de certos valores (constitucionais), porque não contemplada nessa solução uma propriedade que se entendia relevante (à luz da Constituição). Trata-se de uma lacuna axiológica.

A superação da omissão legislativa inconstitucional, portanto, não pode ser assimilada a problema que demanda uma integração normativa para identificar a regulação jurídica adequada para o caso²³³. A questão é bem distinta: a omissão inconstitucional passa pela censura à inércia do Poder Público para estabelecer uma regra específica para determinado caso.

Lembrando, novamente, da advertência de Alchourrón e Bulygin, “para a existência de uma lacuna axiológica, é necessário que o caso tenha uma solução. Do contrário, se trataria de uma lacuna normativa, e os conceitos de lacuna normativa e lacuna axiológica são em nossa definição incompatíveis (mutuamente excludentes)” (2006, p. 158-159, tradução livre).

Do ponto de vista prático, na apreciação de um caso concreto, tem-se que lacunas normativas e lacunas axiológicas procedem de diagnósticos distintos feitos pelo julgador e demandam soluções diferentes. Na lacuna normativa, o julgador entende que a norma (ou o sistema normativo) não fornece critérios para equacionar determinado caso e, buscando ampliar a compreensão desse sistema normativo e integrá-lo, se cerca dos princípios, da analogia ou dos costumes para identificar a correta solução do caso

²³³ A omissão legislativa inconstitucional, como lacuna axiológica que é, também não pode ser identificada com a situação em que o sistema jurídico confere deliberadamente uma determinada solução normativa que se julga como injusta (o que não gera nenhuma situação de lacuna, mas pode provocar juízo de censura pela inconstitucionalidade por ação).

concreto. Na lacuna axiológica, o juiz entende que a norma (ou o sistema normativo) é clara para equacionar determinado caso, mas a solução está equivocada porque a norma deixou de considerar certa propriedade, que levaria o legislador a editar outra norma específica (havendo, portanto, um juízo de censura ao sistema normativo).

Não se olvida que, em determinadas circunstâncias, haverá dúvida legítima se há um problema de lacuna normativa ou de lacuna axiológica. O julgador pode sim questionar se o defeito no sistema normativo consiste na existência de um vazio normativo ou de uma solução normativa inadequada por inobservância de uma característica relevante para o sistema jurídico que demandava um tratamento específico e singular.

De toda sorte, a dificuldade de operacionalização dos conceitos em certas situações não é capaz infirmar a conclusão de que a distinção conceitual é válida e deve ser operada pelos juízes. No sistema jurídico pátrio, isso é uma necessidade, em vista da exigência de se tratar em planos distintos direito e política, aplicação do direito e declaração de inconstitucionalidade, argumentos constitucionais e infraconstitucionais.

E, em várias situações, essa distinção é facilmente percebida.

Pense-se no seguinte exemplo: em vista das Emendas Constitucionais 20, de 1998, e 30, de 2000, a Constituição passou a prever, em seu art. 100, § 3º, que a União, os Estados e Municípios poderiam pagar certas dívidas judiciais fora do regime de precatórios, desde que fossem de pequeno valor, na forma estabelecida pela legislação de cada ente federado, “segundo as diferentes capacidades das entidades de direito público” (§ 4º do art. 100, com redação da EC 30, de 2000). Tratava-se da criação das Requisições de Pequeno Valor (RPV). Apesar do dispositivo constitucional, o regime da RPV ficou, durante muito tempo, sem implementação em diversos Estados e Municípios, ante a inércia legislativa desses entes federados na regulação do novo dispositivo por meio de lei específica local.

Pergunta-se: essa é uma situação que poderia ser tratada como lacuna normativa, em face de um vazio do sistema normativo, a ser equacionada pelo juiz da Vara de Fazenda Pública com amparo na analogia e nos princípios gerais do direito? Ou é uma situação de lacuna axiológica, considerando-se que a ausência de lei local evidencia a impossibilidade de implementação do regime de RPV, solução essa injusta/insuficiente, porque contraria um comando constitucional que prevê a propriedade “pequeno valor”

como relevante para fins de se estabelecer o regime de pagamento de determinada dívida judicial devida pela Fazenda Pública?

Parece próprio dizer que a situação se enquadra claramente na segunda hipótese, de lacuna axiológica, do tipo omissão legislativa, ante o juízo de que há necessidade de elaboração de leis locais sobre o assunto para superar a solução que o sistema jurídico oferece sem a edição da lei, no sentido de submeter todos os pagamentos ao regime geral de precatórios (em clara afronta à vontade da Constituição).

Ainda com relação ao regime da RPV, vale recordar que, ante a omissão legislativa dos Estados e Municípios, houve a aprovação da Emenda Constitucional n.º 37, de 2002, que incluiu o art. 87 aos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias:

Art. 87. Para efeito do que dispõem o § 3º do art. 100 da Constituição Federal e o art. 78 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias serão considerados de pequeno valor, até que se dê a publicação oficial das respectivas leis definidoras pelos entes da Federação, observado o disposto no § 4º do art. 100 da Constituição Federal, os débitos ou obrigações consignados em precatório judiciário, que tenham valor igual ou inferior a:

I - quarenta salários-mínimos, perante a Fazenda dos Estados e do Distrito Federal;

II - trinta salários-mínimos, perante a Fazenda dos Municípios.

Forçados a legislar, Estado e Municípios acabaram por editar leis específicas, fixando valores bem inferiores ao padrão estabelecido no ADCT. O Estado do Piauí, por exemplo, fixou como obrigação de pequeno valor, para fins de pagamento por meio de RPV, o montante de 5 salários mínimos.

Algum credor do Estado do Piauí que tivesse a receber valor correspondente a 8 salários mínimos relativos a uma indenização poderia não se conformar com esse padrão normativo e argumentar que a lei estadual, ao fixar valor tão ínfimo, reduziu o regime constitucional da RPV a um conjunto (quase) vazio.

Parece óbvio que a decisão que eventualmente viesse a acolher tal alegação faria um juízo de constitucionalidade sobre a lei local²³⁴. Alguns poderiam entender que há

²³⁴ A constitucionalidade dessa lei foi examinada pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 2.868, em julgamento (por maioria) cujo acórdão teve a seguinte ementa:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 5.250/2002 DO ESTADO DO PIAUÍ. PRECATÓRIOS. OBRIGAÇÕES DE PEQUENO VALOR. CF, ART. 100, § 3º. ADCT, ART. 87. Possibilidade de fixação, pelos estados-membros, de valor referencial inferior ao do art. 87 do ADCT, com a redação dada pela Emenda Constitucional 37/2002. Ação direta julgada improcedente.” (ADI 2.868, 2004)

uma inconstitucionalidade por ação, sob a premissa de que o ADCT fixa um referencial mínimo que deve ser observado, declarando nula a lei estadual (e fazendo incidir, por decorrência, o art. 87 do ADCT). Um julgador mais atento às características do Federalismo e à situação financeira do ente público poderia estabelecer que o Estado possui discricionariedade para fixar valores inferiores, mas há uma inconstitucionalidade por omissão, visto que a lei estadual não observou determinadas propriedades (parâmetros) relevantes, como o princípio da dignidade da pessoa humana, ao fixar valor tão ínfimo.

Essas duas linhas argumentativas parecem disponíveis para o julgador, todas elas passando por um juízo de (in)constitucionalidade sobre a lei. Mas não é correto pensar que o problema possa ser enfrentado por uma remissão à capacidade de o julgador “integrar a ordem jurídica, quando isto seja indispensável ao exercício do direito”, em vista de uma “norma definidora de direito subjetivo constitucional”, que teria “aplicação direta e imediata”, pois não se trata de lacuna normativa.

Nessa situação, portanto, fica mais evidente o equívoco em se falar da ocorrência de lacuna normativa que poderia ser resolvida com amparo em algum processo tradicional de integração normativa.

É próprio, por isso, distinguir a argumentação jurídica destinada a lidar com o problema (i) de interpretação das normas jurídicas infraconstitucionais (que passa pela utilização dos métodos hermenêuticos tradicionais), (ii) de inconstitucionalidade por ação, (iii) de vazio normativo (a exigir a utilização de um processo de integração normativa) e (iv) de omissão legislativa inconstitucional.

Isso significa que há uma forma própria de lidar com as situações de omissão legislativa inconstitucional, que se opera no âmbito da jurisdição constitucional e não da jurisdição ordinária.

E como se realiza o controle das omissões inconstitucionais na Constituição de 1988?

No âmbito da jurisdição constitucional, constitui expressivo indicativo a circunstância de a Constituição ter feito menção ao controle das omissões inconstitucionais por meio de dois institutos processuais: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção.

Essa significativa indicação constitucional dos instrumentos processuais constituídos para dar tratamento às omissões deve ser apreendida à luz de todo o contexto constitucional (que se buscou explorar ao longo da tese), que permite afirmar que a Constituição:

- i) prestigia o Estado de Direito e a ética do legalismo;
- ii) repele o arbítrio do Poder Público;
- iii) constituiu um Poder Judiciário destinado a resolver lides, pela aplicação do direito;
- iv) criou uma jurisdição constitucional;
- v) admitiu que, no âmbito da jurisdição constitucional, juízes e tribunais ordinários exerçam, em alguma medida, o controle de constitucionalidade difuso, voltado à inaplicação da lei tida como inconstitucional no caso concreto;
- vi) instituiu, no âmbito da jurisdição constitucional, o Supremo Tribunal Federal como Tribunal Constitucional, com todo o arsenal técnico decisório que só a um Tribunal Constitucional pode se outorgar para realizar o controle de constitucionalidade das leis.

Essas premissas, expostas ao longo do trabalho, fazem concluir que o controle da omissão legislativa inconstitucional não só se distancia da jurisdição ordinária, como também não se ajusta à jurisdição constitucional praticada pelos juízos e tribunais no controle difuso, que se põe como um juízo de não aplicação da norma inconstitucional no caso concreto.

Na verdade, há uma reserva de jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal para examinar e julgar o suprimento de omissões legislativas inconstitucionais.

Nesse cenário, vê-se que o mandado de injunção não constitui apenas uma via privilegiada de controle de constitucionalidade por omissão à disposição do cidadão. Na verdade, configura o instrumento processual atribuído ao cidadão para viabilizar a judicialização das omissões inconstitucionais.

10.3.b A reserva de jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal para realizar o controle de constitucionalidade das omissões legislativas

Reconhecida a situação da omissão inconstitucional como uma categoria jurídica própria, pertinente à jurisdição constitucional, surge a indagação de quem deve enfrentá-la, no âmbito do mandado de injunção, em particular nas situações relativas a omissões legislativas.

Em outras palavras, perante qual órgão deve ser ajuizado o mandado de injunção contra omissões legislativas tidas por inconstitucionais?

A Constituição, em seu art. 102, inciso I, letra ‘q’, reserva ao Supremo Tribunal Federal o julgamento de mandado de injunção “quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal”.

Disso resulta que a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar mandado de injunção vai além das omissões legislativas federais, alcançando outras espécies de atos normativos. Além disso, o texto constitucional não atribui expressamente ao Supremo a competência para julgar a omissão legislativa estadual ou municipal.

Nessa situação, surge a indagação: o que fazer diante de eventual omissão legislativa estadual e municipal, que afete o exercício de direitos, prerrogativas e liberdades constitucionais?

Deve ser excluído, desde logo, o entendimento de que seria incabível mandado de injunção em face de omissões legislativas estaduais e municipais, pois ele não se sustenta em face da extensão da garantia concedida pela Constituição, ao falar no mandado de injunção, no art. 5º, inciso LXXI.

Concebendo como cabível a impetração de mandado de injunção em caso de omissão do legislador estadual ou municipal, o primeiro impulso é de atribuir tal competência aos Tribunais de Justiça (e/ou juízes), nos termos das Constituições Estaduais e legislações locais de organização judiciária. É o que sustenta parte expressiva da doutrina²³⁵.

Carlos Augusto Alcântara Machado, por exemplo, defende que os Estados poderão regular a competência para processar e julgar mandado de injunção, como, de fato, já o fazem inúmeros Estados da Federação (o autor menciona as Constituições dos

²³⁵ Vide: José Afonso da Silva (1989, p. 38-43), Celso Agrícola Barbi (2011b, p. 601), André Puccinelli Júnior (2007, p. 184-185) e Francisco Antonio de Oliveira (2004, p. 115-120). Celso Agrícola Barbi defendia a competência originária dos Tribunais de Justiça para processar e julgar mandado de injunção quando a elaboração da norma incumbisse a governador de Estado, Assembleia Legislativa ou secretário de Estado. A competência seria do juiz de primeira instância se a elaboração da norma incumbisse a autoridade estadual inferior, Prefeito ou Câmara Municipal.

Estados do Acre, de Alagoas, do Amapá, do Amazonas, da Bahia, do Ceará, do Espírito Santo, de Goiás, do Maranhão, de Minas Gerais, do Mato Grosso, do Mato Grosso do Sul, do Pará, da Paraíba, do Paraná, de Pernambuco, do Piauí, do Rio Grande do Norte, do Rio Grande do Sul, do Rio de Janeiro, de Rondônia, de Roraima, de Santa Catarina, de São Paulo, de Sergipe e de Tocantins) (MACHADO, 2004, p. 84-94).

Nessa linha decidiu, monocraticamente, a Min. Cármen Lúcia, do Supremo Tribunal Federal, ao se pronunciar sobre a possibilidade de ajuizamento de mandado de injunção em face de omissões legislativas estaduais e municipais perante o Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Assim veio posta, no particular, a decisão:

A Constituição da República prevê que os Estados membros organizarão o Poder Judiciário local, cabendo à Constituição Estadual definir a competência dos Tribunais, “sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça” (art. 125 e § 1º, da Constituição da República).

O exercício desta competência constitucional derivada, na lição de Roque Antônio Carraza, por exemplo, está em que “os estados poderão regular, em suas Constituições, desde que observem as diretrizes básicas da Constituição da República – a competência para processar e julgar mandado de injunção” (Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção. *Justitia*, São Paulo, jul./set. 1993, p. 51).

Sobre o silêncio da Constituição da República nesta matéria, o Ministro Carlos Mário da Silva Velloso teceu as seguintes considerações:

Quanto aos Tribunais dos Estados, a Constituição não cuida de estabelecer competência para o julgamento do mandado de injunção. Concordamos com o eminente Galeno Lacerda, que escreve: ‘Pelo princípio da simetria, seria de admitir-se a do Tribunal de Justiça para suprir lacunas da legislação ou de regulamento estadual, no que concerne aos direitos fundamentais indicados’. O eminente professor e magistrado, entretanto, deixa claro que reconhece ‘que a hipótese é remota, porque lacunas relativas a esses direitos dizem com a legislação federal, praticamente exaustiva a respeito’. E quanto aos juízes de primeiro grau, ‘restar-lhes-iam as injunções relativas às lacunas municipais’ (Mandado de Segurança, Mandado de Injunção e Institutos Afins na Constituição. *Temas de Direito Público*, Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 169)

Ultrapassada a competência dos Estados,

‘[...] dentro de cada Tribunal, a matéria fica deferida aos respectivos Regimentos Internos, de acordo com o art. 96, I, letra a. A Constituição de 1988 não reproduziu aquela norma referente ao Supremo Tribunal Federal, que constava da Carta

anterior, e que o autorizava a legislar em matéria de recursos e processos da sua competência originária. Mas concede aos Tribunais, em geral, e não apenas ao Supremo Tribunal Federal, uma larga competência no tocante ao procedimento. Reza o art. 96:

‘Art. 96. Compete privativamente:

I – aos tribunais:

a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos.’

Se for confiada, por exemplo, ao Tribunal de Justiça a competência para Mandados de Injunção, em certas hipóteses, caberá ao Regimento Interno especificar o órgão que atuará nessa matéria. É claro que tudo aconselha a que se mantenha certa similitude, certa harmonia, certo paralelismo com as regras contidas na própria Constituição Federal’ (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Mandado de Injunção. In: Livro de Estudos Jurídicos. 2. ed. Instituto de Estudos Jurídicos: Rio de Janeiro, 1991, p. 50-51).

6. Assim, no exercício de sua competência constituinte decorrente, o legislador estadual fixou a competência da Justiça mineira para processar e julgar o mandado de injunção [...]. (STF, RMI 902, 2009)

Esse entendimento também ficou implicitamente estabelecido na decisão monocrática lavrada pelo Min. Ricardo Lewandowski, na qual reconheceu o cabimento do mandado de injunção em face de omissão legislativa estadual na falta de regulamentação da aposentadoria especial para servidor público estadual. Assinalou, nessa oportunidade, que, “assentada a possibilidade de a omissão cogitada ser suprida por norma estadual e ausentes, na qualidade de impetrados, quaisquer das autoridades elencadas no art. 102, q, da Constituição, não se verifica, no caso, hipótese de instauração da competência originária do Supremo Tribunal Federal para o julgamento desta ação”, admitindo a competência do Tribunal de Justiça para conhecer do mandado de injunção (STF, ARE 678.410, 2012).

Divergindo de entendimento da espécie, Calmon de Passos argumentava que “a Constituição retirou dos juízes do primeiro grau e dos tribunais inferiores a competência para processar e julgar o mandado de injunção. Atendendo à solução centralizadora dada ao controle de inconstitucionalidade por omissão, reservou essa competência para o Supremo, para o Superior e para os outros tribunais superiores” (CALMON DE PASSOS, 1989, p. 113-114).

Carlos Augusto Alcântara Machado, procurando refutar o entendimento de Calmon de Passos, sustenta que o Constituinte não reservou o conhecimento do mandado de injunção aos Tribunais Superiores. “Tanto isso é verdade que definiu expressamente, no art. 121, § 4º, V, conforme referido, a competência dos Tribunais Regionais Eleitorais em matéria de injunção” (MACHADO, 2004, p. 84).

De fato, a Constituição reserva ao Tribunal Regional Eleitoral competência para julgar mandado de injunção, ao se referir à possibilidade de ela recorrer quando denegatório o acórdão. Nada mais diz. Ocorre que apenas se pode admitir o cabimento de mandado de injunção em matéria eleitoral de competência do Tribunal Regional Eleitoral em face de atos regulamentares **administrativos**, dado que a elaboração de legislação eleitoral é de competência privativa da União, a ser exercida pelo Congresso Nacional em concurso com o Presidente da República (arts. 22, inciso I, 48 e 84, inciso IV, da Constituição). Portanto, qualquer insurgência em face de omissão legislativa em matéria eleitoral necessariamente deverá ser apresentada perante o Supremo Tribunal Federal.

Nessa linha, o argumento de Carlos Augusto Alcântara Machado apenas demonstra que nada pode ser oposto à possibilidade de apreciação e julgamento, pelos juízes e tribunais estaduais, de mandado de injunção impetrado contra omissões **administrativo**-regulamentares dos poderes públicos estaduais e municipais. Essa é a interpretação que deriva diretamente da Constituição.

Mas, a respeito das omissões **legislativas** inconstitucionais, não há nada na Constituição que deixe clara a competência dos juízes e tribunais para apreciá-las em mandado de injunção. Em verdade, a Constituição nada dispõe sobre a competência de outro órgão senão o Supremo Tribunal Federal para apreciar e julgar mandado de injunção que tenha por objeto omissão **legislativa** inconstitucional. Refere-se, de forma inequívoca, à competência dessa Corte para apreciar as omissões federais ou nacionais. Mantém-se em silêncio, todavia, para definir o órgão competente para cuidar das omissões legislativas estaduais e municipais.

Permanece, assim, aberta a pergunta sobre a competência para julgar mandado de injunção em face das omissões legislativas dos Estados e Municípios, cabendo, portanto, examinar quais órgãos possuem condições institucionais mais adequadas para fazer o controle de constitucionalidade das omissões legislativas dos Estados e Municípios (e do Distrito Federal): juízes e Tribunais, ou o Supremo Tribunal Federal?

Nesse aspecto, entende-se que a jurisdição constitucional das omissões **legislativas**, também no que se refere aos Estados e Municípios (e Distrito Federal), é uma prerrogativa do Supremo Tribunal Federal, alcançando, portanto, todas as esferas da Federação.

A competência geral do Supremo Tribunal Federal para realizar controle de constitucionalidade justifica-se, no texto constitucional, em vista da competência geral da Corte, estabelecida em seu art. 102, segundo o qual “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”.

Esse dispositivo permite superar, sem dúvida, uma condição necessária para atribuir competência à Corte para tratar, em sede de mandado de injunção, das omissões legislativas estaduais e municipais, pois é certo que a competência dos Tribunais é de direito estrito, como bem lembra José Afonso da Silva (1989, p. 38). Mas essa condição, embora necessária, não é suficiente, ante o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que a competência geral que lhe é atribuída pelo *caput* do art. 102 não justifica leitura extensiva da Constituição para expandir suas próprias atribuições²³⁶. Impõe-se, assim, no particular, a regulamentação da matéria por legislação (a tão aguardada regulamentação do mandado de injunção).

Deve-se enfatizar a legitimidade constitucional de legislação superveniente estabelecer essa competência para apreciar e julgar mandado de injunção em face de omissão legislativa estadual e municipal (e distrital), sem que se possa opor a isso o rol taxativo estabelecido no art. 102 (que, no máximo, impede a aplicação imediata do mandado de injunção para esse particular).

Isso porque, em relação às omissões legislativas estaduais, essa conclusão ajusta-se à verificação de que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão legislativa estadual (em face da Constituição Federal) deve ser julgada pelo Supremo Tribunal Federal (e não pelos Tribunais de Justiça), a teor do art. 102, inciso I, alínea “a”, da Constituição.

Em relação ao controle de constitucionalidade da legislação municipal em face da Constituição Federal, a abertura concedida pela Lei n.º 9.882, de 1999, que trata da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), e o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que a ADPF é via idônea para realizar o controle de

²³⁶ Com base nesse argumento, a Corte rejeitou a competência para apreciar ação direta de inconstitucionalidade contra lei municipal (STF, ADI 1.886 AgRg, 1998; STF, PET 1.738, 1999).

constitucionalidade de lei municipal (STF, **ADPF 1-QO**, 2003), permitem concluir que a legislação regulamentadora do mandado de injunção poderia também assim estabelecer, considerando-se a competência geral do Tribunal para preservar a higidez da Constituição Federal.

Deve-se rejeitar a leitura de que os Tribunais e juízes ordinários poderiam exercer a mesma jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal. Não é plausível pensar que tenham eles o mesmo acervo técnico de que dispõe o Tribunal Constitucional para prestar a jurisdição constitucional.

Não se poderia admitir, por exemplo, que um Tribunal de Justiça ou um juiz de direito pudesse tomar a iniciativa de, sem decisão anterior do Supremo Tribunal Federal, conceder provimento, em mandado de injunção, a um servidor público estadual ou municipal, em face da omissão do Legislador estadual em exercer sua competência concorrente na regulamentação do art. 40, § 4º, da Constituição, para determinar que a aposentadoria especial desse servidor se fizesse por meio da aplicação do disposto na Lei n.º 8.213, de 1991 (dos empregados vinculados ao RGPS)²³⁷. Enfim, é, no mínimo, temerário pensar que um Tribunal de Justiça ou um juiz de direito pudesse proferir sentenças de perfil aditivo típica da jurisdição constitucional em mandados de injunção.

É por isso que se afirma não ser correto admitir a competência dos Tribunais de Justiça e juízes para julgar mandados de injunção em face de eventuais omissões legislativas estaduais ou municipais (ou distritais).

A um, porque não há nada na Constituição que **determine** esse entendimento (no máximo, pode-se dizer que a Constituição prevê mandado de injunção a ser julgado nas instâncias ordinárias para tratar das omissões regulamentares infralegais).

A dois, porque o tratamento das omissões legislativas inconstitucionais amolda-se à função institucional do Supremo Tribunal Federal, como Tribunal Constitucional que é.

A três, porque o tratamento das omissões legislativas inconstitucionais não se ajusta às funções institucionais dos Tribunais e juízes ordinários, que não dispõem de

²³⁷ Esse, no entanto, foi o entendimento (equivocado) do Min. Ricardo Lewandowski na decisão monocrática que proferiu no julgamento do já mencionado ARE 678.410 (STF, 2012). Deve-se ver com cautela a decisão do Ministro, primeiro quando assenta a omissão do Legislador estadual em não exercer a competência concorrente, segundo quando ratifica o acórdão do Tribunal de Justiça que proferiu sentença de perfil aditivo.

poderes para exercer a jurisdição constitucional em toda sua plenitude (e como se exige para tratar das omissões legislativas inconstitucionais).

Defende-se, assim, que há uma competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal para realizar o controle de constitucionalidade das omissões legislativas, sendo que o mandado de injunção é o veículo processual à disposição do cidadão para provocar essa jurisdição.

Fixadas a autonomia conceitual da omissão inconstitucional e a competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal para sua tutela, é natural que surja a indagação: qual papel se destina aos Tribunais e juízes ordinários no suprimento das omissões legislativas inconstitucionais?

Em princípio, nenhum.

No plano das omissões legislativas inconstitucionais, cumpre enfatizar, há uma reserva de jurisdição constitucional para o Supremo Tribunal Federal.

E o que deve fazer o juiz?

Conforme já referido, a omissão inconstitucional – que se qualifica como espécie de lacuna axiológica – representa situação em que, não obstante o sistema normativo preveja uma solução para o caso, entende-se que essa solução é insuficiente, havendo uma lacuna no sistema jurídico, que deixou de considerar certas exigências identificadas na Constituição para dar uma solução satisfatória.

Não havendo competência para as instâncias ordinárias suprirem omissões inconstitucionais, devem ser julgadas improcedentes demandas propostas por aqueles que pretendem o reconhecimento do suposto direito constitucional ainda não conformado legislativamente.

Essa é a solução que se impôs, de forma rotineira, nos inúmeros casos em que se reconheceu a inexistência da norma legislativamente requerida para dar concretude a direito, liberdade ou prerrogativa constitucionalmente prevista, porém sem densidade normativa suficiente para tanto.

Foi o que ocorreu, por exemplo, com aqueles que postularam, contra instituições financeiras, o reconhecimento da limitação de juros reais a 12% ao ano, na forma prevista no hoje revogado art. 192 da Constituição; com os que pretenderam obter aviso prévio proporcional em face de seu empregador, à luz do disposto no art. 7º, inciso XXI,

da Constituição; ou com aqueles que demandavam, como servidores públicos, aposentadoria especial em função do exercício de atividade insalubre, na forma estabelecida pelo § 4º do art. 40 da Constituição.

Em todas essas situações, reconhecida a necessidade de *interpositio legislatoris* para conformar o direito constitucionalmente assegurado, as demandas propostas perante os juízes ordinários foram julgadas improcedentes, porque se apresentava para o cidadão uma (justa) expectativa de direito ainda não conformada em direito subjetivo.

Esse aspecto merece ser mais bem detalhado, para deixar clara a tese aqui defendida. Não se está a sustentar que o cidadão não tenha direito à regulamentação do direito constitucionalmente assegurado, e sim que o direito de exigir a regulamentação não pode ser confundido com o direito derivado da regulamentação. Também não se sustenta que o cidadão deva ser abandonado à própria sorte, ante a inércia legislativa em regulamentar um preceito constitucional, mas que há mecanismos apropriados para o cidadão provocar o suprimento da omissão, que fará a conversão de sua justa expectativa de direito em eventual direito subjetivo, considerando todas as condicionantes próprias da jurisdição constitucional.

10.4 A relação entre o Supremo Tribunal Federal e a jurisdição ordinária no controle das omissões legislativas inconstitucionais

Conforme destacado anteriormente, o mandado de injunção, por estar no âmbito do controle concreto, volta-se mais à tutela dos direitos subjetivos do que à admoestação do legislador. Disso resulta uma natural dificuldade na delimitação de competências entre o Tribunal Constitucional e a jurisdição ordinária, dado que a questão “desenrola-se no âmbito de um processo de integração de lacunas ou omissões relativas disputado por dois tipos de jurisdições”. (MORAIS, 2009 p. 35)

O equacionamento dessa difícil delimitação passa, inicialmente, pela compreensão de que a omissão legislativa inconstitucional, como lacuna axiológica que é, representa a situação em que se identifica uma resposta dada pelo sistema normativo ao caso individual, considerando-o, todavia, injusto ou insuficiente.

A omissão legislativa inconstitucional constitui, portanto, uma solução extrema, que resulta da impossibilidade de extrair do sistema normativo uma solução adequada para o caso a partir dos métodos hermenêuticos tradicionais.

Essa realidade foi bem apreendida no julgamento do MI-QO 107, na advertência contida no voto do Min. Sepúlveda Pertence, para quem “a prática do mandado de injunção [...] não deve servir de escusas à acomodação do Judiciário”. “Sua utilização”, prossegue o Ministro, “se há de fazer como *ultima ratio*, na medida em que esgotadas, efetivamente, as possibilidades de construção jurisprudencial da solução do caso concreto, que é de preferir-se, sempre que seja possível extraí-la pela utilização dos métodos de integração da ordem jurídica, a partir da analogia e dos princípios gerais de direito e, especialmente, dos princípios gerais extraídos do próprio sistema constitucional positivo”. Em outras palavras, “o mandado de injunção é subsidiário da possibilidade de extrair-se, pela interpretação, a solução positiva” (STF, MI-QO 107, 1990, fls. 77).

Essa busca de encontrar, no sistema normativo, a solução adequada tem limites, contidos na própria ideia de lacuna axiológica como insuficiência do sistema normativo.

Esses limites, como se teve oportunidade de indicar na Parte I do Trabalho e no Capítulo 8, não são passíveis de uma enunciação precisa e rigorosa, mas existem e estão relacionados à separação entre política e direito, ao sentido que a sociedade (os usuários das normas) confere ao sistema normativo e à preocupação de resguardar a discricionariedade do legislador para estabelecer a opção política que melhor se conforme à Constituição (ou seja, naquelas situações em que não se identifica uma única solução constitucionalmente obrigatória).

Esses limites, como exposto na Parte II do trabalho, têm sido transpostos pela jurisdição ordinária. De fato, a jurisdição ordinária, premida pela enorme demanda de tutela de direitos, no afã de dar resposta consentânea a essa ansiedade social, tem ampliado sobremaneira sua compreensão a respeito de sua função na implementação de direitos, o que, paradoxalmente, tem contribuído para o enfraquecimento dos canais ordinários de representação política e também do ordenamento jurídico (que deixa de ter a previsibilidade que se espera).

Ignorando a normatividade das regras, elastecendo, a mais não poder, a força normativa dos princípios, a jurisdição ordinária ignora a função ordenadora da legislação.

Essa deve ser uma das preocupações da jurisdição constitucional, de conferir organicidade e justiça ao direito a partir da Constituição, coibindo abusos hermenêuticos

por parte da jurisdição ordinária. Um dos vieses dessa preocupação está bem posto no voto do Min. Francisco Rezek, no julgamento da Questão de Ordem na Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 1:

Insiste-se em que um dos aspectos sedutores do nosso sistema é o livre convencimento do juiz ante o caso concreto e sua prerrogativa de dizer o direito conforme sua consciência, à revelia, se necessário, do que tenham dito tribunais a ele superiores [...]. Mas pergunto-me se há algum respeito pelo interesse público em abonar-se essa forma de rebeldia a decisões de cortes superiores.

Houve uma época [...] em que determinado Tribunal de Justiça, numa prestigiosa unidade da Federação, dava-se crônica e assumidamente a desafiar a jurisprudência do Supremo a respeito de um tema sumulado [...]. Resultado: todas essas decisões eram, mediante recurso, derrubadas por esta casa [...]. E quando acontecia de a jurisprudência do Supremo acabar não prevalecendo, e de a decisão do tribunal rebelde encontrar seu momento de glória? Quando o réu, porque assistido por advogado relapso, ou porque carente de outros meios, não apresentava recurso [...] Só nessa circunstância infeliz a rebeldia contra a jurisprudência do Supremo dava certo. Com todo o respeito pelos que pensam alguns processualistas, não vejo beleza alguma nisso. Pelo contrário, parece-me uma situação imoral, com a consciência jurídica não deveria, em hipótese alguma, contemporizar. (STF, ADC-QO n.º 1, 1993, p. 46-47).

Se o controle de constitucionalidade por ação já reclama esses cuidados, clama por mais cautela o controle das omissões. Como adverte Carlos Blanco de Moraes, no contexto português:

Do dever que impende sobre o juiz comum no sentido de desaplicar normas inconstitucionais violadoras de direitos, liberdades e garantias [...] não é possível, através de um salto lógico, extrair um ‘direito-dever’ positivo do mesmo juiz em substituir-se ao legislador na criação de normas inovatórias. (MORAIS, 2009, p. 90)

No controle das omissões legislativas inconstitucionais, é necessário reforçar o papel do Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional, em homenagem à segurança jurídica e ao Estado de Direito, sem descurar da existência de técnicas adequadas (e fornecidas pela jurisdição constitucional) para a censura do abuso do legislador.

Há, como já enfatizado, uma reserva de jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal para exercer essa espécie de controle sobre as omissões legislativas inconstitucionais.

Entretanto, para ser factível e efetivo, o controle das omissões legislativas inconstitucionais a cargo do Supremo Tribunal Federal precisa manter diálogo próximo não só com o Legislador, mas também com a jurisdição ordinária.

Em vista da tradição do controle difuso e do aumento da litigiosidade que se manifesta perante a jurisdição ordinária, importante identificar as formas de convivência racional entre o sistema de controle das omissões e a resolução de conflitos submetidos ao Judiciário.

Não obstante estivesse a tratar do recurso de amparo, na Espanha, Juan Carlos Gavara Cara oferece uma boa sugestão para o controle concreto de constitucionalidade por omissão, de todo pertinente para o mandado de injunção, a demonstrar sua utilidade para dar aplicação direta a um direito fundamental e orientar a jurisdição ordinária. Em suas palavras:

[...] a insuficiência normativa na regulação de direitos fundamentais que provoque uma infração aos direitos fundamentais é suscetível de provocar uma proteção no direito fundamental como consequência da aplicação direta da norma constitucional que regula o direito fundamental. No caso concreto, uma falha de regulação que envolva o reconhecimento de que houve violação ao preceito que proíbe defeito de proteção a um direito fundamental, pode permitir sua proteção mediante o recurso de amparo, que, no fundo, implica uma declaração dirigida ao legislador para informá-lo da omissão legislativa em dar proteção e eficácia a um direito fundamental [...]. As decisões em recurso de amparo podem viabilizar uma proteção efetiva do direito fundamental a partir desse efeito comum de declarar a omissão legislativa e também a partir de possíveis repercussões que podem produzir sobre a jurisdição ordinária (CARA, 2007, p. 116-117, tradução livre).

Procedendo de forma semelhante com o mandado de injunção, o Supremo Tribunal Federal pode instituir uma proteção efetiva do direito fundamental, articulando a tutela da jurisdição constitucional com a da jurisdição ordinária.

A experiência italiana, igualmente, mostra que pode haver virtude em estabelecer uma interação forte entre o Tribunal Constitucional e a jurisdição ordinária nos casos de omissões legislativas inconstitucionais, que se faria pela declaração do Tribunal Constitucional da existência de uma omissão legislativa inconstitucional e pela atribuição à jurisdição ordinária, por essa Corte, de competência para determinar a melhor situação normativa que se deriva, no caso individual, da sentença do Tribunal Constitucional à luz de critérios que enunciou.

Competiria, por exemplo, ao Supremo Tribunal Federal enunciar fundamentos a serem observados para o suprimento da omissão legislativa inconstitucional, convidando os juízes ordinários a reportar-se a eles encontrar a regra correta no julgamento do caso concreto. Desse modo, conquanto haja monopólio de jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal para tratar das omissões legislativas, estaria o juiz ordinário autorizado a decidir lides que envolvessem omissões inconstitucionais da espécie quando houvesse orientação específica do Supremo Tribunal Federal que servisse de guia para a decisão.

No direito constitucional brasileiro, a articulação entre jurisdição constitucional e ordinária – esse ponto é importante destacar – deve decorrer não apenas do efeito persuasivo que a sentença do Tribunal Constitucional deve exercer, mas também do efeito vinculante de seus pronunciamentos²³⁸.

Por não perceber claramente a possibilidade que aqui se destaca, o Supremo Tribunal Federal se valeu das potencialidades da sentença em mandado de injunção apenas de forma parcial no julgamento dos MMII 721 (2007) e 758 (2008), por meio do qual reconheceu a inconstitucionalidade por omissão, na falta de regulamentação do § 4º do art. 40 da Constituição, e determinou a aplicação, apenas para os impetrantes, das regras pertinentes ao Regime Geral de Previdência Social (art. 57 da Lei n.º 8.213 de 1991).

Deveras, o controle concreto da omissão legislativa inconstitucional, no caso, deixou de observar a necessária articulação entre jurisdição constitucional e ordinária que esse julgamento poderia oportunizar. O Tribunal deveria, pois, ter sinalizado que, diante da situação de omissão, os juízes e tribunais do país observassem o quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal, examinando cada caso individual que surgisse a partir da relutância da Administração Pública em apreciar os pedidos de aposentadoria à luz dos novos parâmetros normativos, fixados a partir do julgamento.

Ante o efeito vinculante para a Administração Pública e para o Judiciário das decisões que profere, o Supremo Tribunal Federal apequenou a jurisdição constitucional ao chamar para si o julgamento de milhares de mandados de injunção a respeito da aposentadoria especial prevista no § 4º do art. 40 da Constituição. E pior, fez isso sem que houvesse qualquer benefício para a tutela dos direitos. Isso se torna mais evidente

²³⁸ Sem perder de vista que o reconhecimento da omissão legislativa inconstitucional oferece uma informação clara ao legislador sobre a necessidade de superar seu estado de inércia.

quando se constata que a tarefa de tutelar o direito individual a partir do direito preestabelecido é função jurisdicional típica, muito melhor exercida pela jurisdição ordinária.

No entanto, naquelas situações em que não se identifique orientação por parte do Supremo Tribunal Federal, impõe-se a vedação de o juiz ordinário conhecer da questão da inconstitucionalidade por omissão, cabendo à parte prejudicada impetrar mandado de injunção. Aqui cabe enfatizar que os juízes e Tribunais ordinários devem aprender a retirar das decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional a sua máxima efetividade.

De todo modo, é natural que surja a indagação: o que deve fazer o cidadão diante de uma omissão legislativa inconstitucional ainda não equacionada pelo Supremo Tribunal Federal e na perspectiva de que eventual decisão possa não outorgar o direito reivindicado, mas apenas estabelecer parâmetros (se chegar a tanto)?

Uma solução é pensar que o cidadão deve ajuizar primeiramente o mandado de injunção e, havendo julgamento que lhe seja favorável e caso necessário, propor a ação competente perante a jurisdição ordinária.

Outra solução que se pode cogitar é o ajuizamento sucessivo da ação perante a jurisdição ordinária e do mandado de injunção, cabendo ao autor/impetrante requerer a suspensão do processo que corre na jurisdição ordinária em face da existência de questão prejudicial a ser definida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de mandado de injunção.

Essa segunda alternativa pode contribuir para resolver situações em que não há identidade entre o responsável pela regulamentação do direito (Legislador da União, por exemplo) e o eventual responsável pela obrigação derivada do direito a ser regulamentado.

Tome-se um exemplo para ilustrar a situação: o art. 7º, inciso XXI, da Constituição confere ao trabalhador o direito de “aviso prévio proporcional ao tempo de serviço”, nos termos da lei. Sem essa lei, não era possível ao empregado demitido sem justa causa pleitear o aviso prévio proporcional. Esse empregado poderia, então, ajuizar o mandado de injunção perante o Supremo Tribunal Federal requerendo o suprimento da omissão inconstitucional. É necessário reconhecer que haveria o risco de que, até a solução final do mandado de injunção (que eventualmente, mas não necessariamente,

poderia lhe conferir de algum modo o direito pleiteado), já houvesse transcorrido o prazo prescricional bienal para apresentar sua reclamação trabalhista. Por isso, pode haver virtude no ajuizamento sucessivo da reclamação trabalhista e do mandado de injunção, postulando-se a suspensão da primeira até que sobrevenha solução para a demanda apresentada no mandado de injunção (que pode ou não atingir o empregado, a depender do julgamento do Supremo Tribunal Federal, que, mesmo sendo favorável à regulamentação do direito de aviso prévio, poderia modular os efeitos de sua decisão).

Muitos são os desafios que surgem quando se admite esse forte diálogo entre a jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal e a jurisdição ordinária, os quais devem ser enfrentados com criatividade. Não se pode ignorar, porém, como bem conclui Favoreu, que estão disponíveis novos métodos decisórios “destinados a um belo futuro, pois permitem, ao mesmo tempo, colocar o legislador diante de suas responsabilidades e valorizar o papel dos juízes ordinários na difusão dos valores constitucionais” (FAVOREU: 2004, p. 87).

Esse é o assunto a ser abordado na próxima sessão.

10.5 A decisão de inconstitucionalidade em mandado de injunção

O Supremo Tribunal Federal, no exercício da jurisdição constitucional, precisa encontrar uma forte justificativa para legitimar a sua atuação sobre a vontade democrático-majoritária (sancionando decisões políticas tomadas por instituições democraticamente eleitas) e reclamar a autoridade de ter a última palavra a respeito da interpretação da Constituição.

No exercício desse mister, a legitimidade do Tribunal repousa, primeiramente, na sua função republicana de, pondo-se acima da ação política ordinária (que se volta à obtenção do controle do governo), garantir a base mínima de convivência entre os indivíduos que compõem a sociedade. Dessa forma, o Tribunal atua, em nome da Constituição, como um instrumento de governabilidade de longo prazo, a fim de assegurar que o compromisso dos governos com uma sociedade democrática, pluralista e protetiva dos direitos fundamentais seja permanente, evitando que a eleição e as votações, no processo democrático regular, convertam-se numa batalha política desesperada, que ponha em risco o pacto de convivência.

O Supremo Tribunal Federal deve funcionar, dessa forma, como uma garantia contra as degenerações da democracia. A legitimidade da jurisdição constitucional, em outras palavras, está atrelada a uma razão prudencial, devendo o Supremo Tribunal Federal assumir uma função de contrapoder.

Para tanto, é preciso que se supere a segunda dificuldade na outorga de legitimidade à jurisdição constitucional: quem tem a última palavra sobre a interpretação da Constituição? Trata-se de saber quem tem melhores condições de entender a Constituição: o povo, os seus representantes ou os 11 Ministros do Supremo Tribunal Federal?

Numa sociedade pluralista e democrática, o Supremo Tribunal Federal, conquanto deva ter capacidade de agir contra decisões políticas incompatíveis com os direitos fundamentais, com base em argumentos jurídicos e nas regras e princípios constitucionais, não deve ter, em princípio, a última palavra sobre as decisões políticas, que em última instância devem ser tomadas democraticamente.

Compete ao Supremo, nessa linha, mirar o aprimoramento do processo deliberativo próprio da democracia representativa, o que se faz com a promoção de um diálogo institucional entre o Legislativo e a jurisdição constitucional.

Foram essas, em síntese, as reflexões desenvolvidas no Capítulo 7.

O controle de constitucionalidade das omissões constitucionais pode revestir-se de uma excelente forma de estabelecer esse profícuo diálogo.

Isso porque o reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão sempre representará um apelo ao legislador a fim de que adote as medidas legislativas necessárias para superar essa situação de afronta à Constituição.

Mesmo nos casos em que se põe a possibilidade de suprimento das omissões inconstitucionais por comandos do Tribunal, a técnica relativa ao controle de constitucionalidade das omissões reforça o diálogo com o Legislativo, pois fica aberta a possibilidade de a interpretação dada pela Corte acerca do conteúdo dos dispositivos constitucionais seja superada no curto prazo pelo Legislativo (TUSHNET, 2008, p. 24).

Portanto, na perspectiva do legislador, o reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão constitui um incentivo para que essa situação seja revertida. Embora não seja próprio impor uma obrigação de legislar, dado que as decisões proferidas pelo

Supremo Tribunal Federal não vinculam o Parlamento, elas têm o condão de estimulá-lo a cumprir uma obrigação pendente.

Conforme destacado por Canotilho, em lição já transcrita anteriormente, o instituto da inconstitucionalidade por omissão é meio singular para que o Tribunal Constitucional assegure uma “via de publicidade crítica e processual contra a Constituição não cumprida” (e não “para deslegitimar governos e assembleias inertes”) (CANOTILHO, 2001, p. XVII).

Tratando-se especificamente do mandado de injunção, deve-se ter em mente o seu objeto, relacionado, de forma direta, ao direito subjetivo de o cidadão exigir a regulamentação de determinado direito ou prerrogativa e, de forma indireta, o direito subjetivo constitucionalmente assegurado que está a depender de regulamentação²³⁹. Há, pois, duas pretensões em jogo no mandado de injunção: a pretensão de obter a norma regulamentadora e a pretensão de fruir o direito subjetivo constitucional (carecedor de regulamentação) (QUINTAS, 2010a, p. 40).

Significa dizer que, em qualquer decisão proferida em mandado de injunção em que o Supremo Tribunal Federal reconheça situação de inconstitucionalidade por omissão que esteja a inviabilizar o pleno gozo de direitos, liberdades e prerrogativas constitucionalmente assegurados ao cidadão, surge, em primeiro plano, uma censura ao Parlamento e o correspondente apelo para que supere o seu estado de inércia. Num segundo plano, está em jogo a busca de provimento que viabilize a fruição, pelo cidadão, do direito constitucionalmente assegurado, mas não regulamentado, o que se pode fazer, também, pela adoção de medidas que induzam o legislador a superar sua inércia.

Mirando a superação da inércia legislativa, o Tribunal Constitucional pode estimular o Parlamento a cumprir seu desiderato com maior ou menor intensidade, e, no limite, até mesmo estabelecer uma solução definitiva para o caso individual ou uma norma geral transitória.

Nessa dosimetria, o Tribunal Constitucional deve levar em consideração inúmeros fatores, tais como o grau de mora do Parlamento, a complexidade da regulamentação que se demanda, a densidade normativa do direito constitucional

²³⁹ Como acentua Canotilho, as normas constitucionais instituidoras de direitos econômicos, sociais e culturais modelam a dimensão objetiva da norma de duas formas: i) imposições legiferantes; e ii) fornecimento de prestações aos cidadãos (cf. Gomes Canotilho, J. J. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 4ª ed., p. 466).

violado. Não se pode esquecer, ainda, que o mandado de injunção, por estar no âmbito do controle concreto, não se restringe apenas a permitir a admoestação do legislador, tendo relevante papel na tutela dos direitos subjetivos (sem olvidar, no entanto, que essa tutela específica deve ser promovida, de ordinário, pelo legislador, no processo democrático).

Em vista dessas circunstâncias, torna-se evidente a complexidade da tarefa do Supremo Tribunal Federal ao reconhecer a omissão legislativa inconstitucional em mandado de injunção.

Sem perder de vista sua função republicana, no exercício da jurisdição constitucional e ciente de suas limitações institucionais para converter justas expectativas político-jurídicas em direitos subjetivos, o Supremo Tribunal Federal pode emitir diferentes tipos de pronunciamento em mandado de injunção, que fomentem o debate público e a atividade legislativa, bem como viabilizem, nem que seja a longo prazo, a proteção dos interesses dos cidadãos.

Sem ter a pretensão de oferecer uma classificação exaustiva, parece pertinente identificar pelo menos quatro espécies de decisões de procedência em mandado de injunção, que correspondem a diferentes gradações de censura contra o legislador, partindo da mera declaração de inconstitucionalidade por omissão, com o apelo ao legislador para que a supra, passando pela indicação de diretrizes dirigidas à jurisdição ordinária e ao legislador para o fim de ver suprida a situação de omissão, até o suprimento da situação de omissão inconstitucional pelo próprio Supremo Tribunal Federal, investindo o cidadão de direito subjetivo que ainda não havia se conformado (avançando, portanto, sobre o espaço de conformação do ordenamento jurídico pelo legislador, mesmo que provisoriamente).

Como tipo padrão de decisão de inconstitucionalidade por omissão, nessa busca de firmar um diálogo institucional com o legislador, instando-o a suprir a omissão que impede a fruição de direito, liberdade ou prerrogativa constitucionalmente atribuída ao cidadão, está o apelo ao legislador (**decisão meramente declaratória da situação de mora inconstitucional**).

Entre as decisões de procedência, essa constitui, sem dúvida alguma, a forma mais branda de estimular o Parlamento a legislar. Por essa decisão, que representa o padrão das decisões proferidas em mandado de injunção pelo Supremo Tribunal Federal

(e assim deve continuar sendo), o Supremo Tribunal Federal limita a eficácia de sua decisão à exortação do Legislativo para que faça a devida regulamentação.

As outras duas espécies de decisão acabam por viabilizar a fruição, pelo cidadão, de direito, liberdade ou prerrogativa constitucionalmente assegurada, mas carente de legislação, de forma direta ou indireta: o Supremo Tribunal Federal, para além de reconhecer a omissão legislativa inconstitucional, investe o cidadão no direito subjetivo reclamado ou enuncia as condições para tanto, a serem verificadas pela jurisdição ordinária.

Nesse cenário, o Supremo Tribunal Federal, não se limitando à exortação ao Legislador, pode definir provisoriamente um regime normativo, para o caso concreto ou para a generalidade de casos análogos.

Tais decisões, com feições de sentenças aditivas, possuem dois componentes (como bem destacado por Carlos Blanco de Moraes): i) um declaratório (ablativo), que supõe a eliminação ou invalidação parcial da norma contrária à Constituição; e ii) um reconstrutivo, “que consiste na identificação de um critério jurídico de decisão passível de ser junto a uma norma ou ao segmento remanescente de um regime normativo, de forma a que se sejam criadas condições de conformidade do sentido recomposto da disposição normativa com a Constituição” (MORAIS, 2009, p. 36)

Esse tipo de regulação presume, idealmente, que não estejam disponíveis para o legislador várias opções políticas constitucionalmente adequadas, isto é, o Tribunal Constitucional identifica que há uma solução inequívoca verossímil e unitária para a solução da omissão em causa (MORAIS, 2009, p. 109). No limite do exercício de sua competência normativa (em situações excepcionais, de casos que requeiram solução imediata), espera-se do Tribunal Constitucional a observância dos parâmetros normativos já estabelecidos, que expressem uma consequência razoavelmente dedutível do plano legislativo, não obstante toda a complexidade presente na regulamentação de direitos constitucionais que dela careçam²⁴⁰.

Essas são as **decisões integrativas**.

²⁴⁰ Como adverte Canotilho: “ Os direitos económicos, sociais e culturais e respectiva protecção andam estreitamente associados a um conjunto de condições – económicas, sociais e culturais – que a moderna doutrina dos direitos fundamentais designa por **pressupostos de direitos fundamentais**. Consideram-se **pressupostos de direitos fundamentais** a multiplicidade de factores – capacidade económica do Estado, clima espiritual da sociedade, estilo de vida, distribuição de bens, nível de ensino, desenvolvimento económico, criatividade cultural, convenções sociais, ética filosófica ou religiosa – que condicionam, de forma positiva e negativa, a existência de protecção dos direitos económicos, sociais e culturais.” (1999, p. 463).

O Tribunal Constitucional, nessa atividade integrativa, buscará determinar a potencialidade interpretativa de um texto ou de um complexo de textos normativos para por fim ao estado de omissão legislativa inconstitucional.

Referindo-se novamente à experiência italiana, observa-se que, nessa espécie de decisão, compete ao Tribunal explicar a norma que decorra de “um princípio constitucional vinculante ou em conexão com uma escolha mais geral já realizada pelo Legislador ao formular a norma”. A Corte busca desenvolver e integrar a lógica do discurso legislativo, sob a premissa de que há um conteúdo constitucionalmente necessário e que esteja no horizonte de expectativas do sistema normativo (VEGA, 2003, p. 245-246).

É possível cogitar, primeiramente, de decisões integrativas que, no julgamento do mandado de injunção, limitem-se a enunciar critérios que devem ser observados no suprimento da omissão legislativa inconstitucional. Aqui, o Supremo Tribunal Federal busca estabelecer um diálogo institucional não apenas com o legislador, mas também com juízes e Tribunais ordinários. Cuida-se de decisão **que supra a omissão pela fixação de diretrizes para a jurisdição ordinária e para o legislador**.

Valendo-se, uma vez mais, da experiência italiana (profícua, como destacado em outras oportunidades, para estabelecer formas de articulação entre a jurisdição constitucional e a jurisdição ordinária), merece menção a técnica relativa às *sentenças aditivas de princípio*. Por meio delas, o Tribunal Constitucional pode reconhecer situação de inconstitucionalidade por omissão e eliminá-la, pelo menos de forma parcial, enunciando diretrizes (e não uma regra específica) suficientes à reparação da omissão inconstitucional.

Nas palavras já referidas de Favoreau, a sentença aditiva de princípio “se limita a administrar [...] um princípio segundo o qual o legislador deverá adotar a nova regra para satisfazer às exigências constitucionais” e, enquanto isso ocorre, “os juízes ordinários podem reportar-se [...] para extrair do ordenamento jurídico em vigor a regra adaptada aos casos concretos que eles deverão julgar” (2004, p. 87).

Essa decisão, sem dúvida alguma, está no horizonte de perspectivas da jurisdição constitucional prestada pelo Supremo Tribunal Federal, dado o efeito vinculante de suas decisões, cujo conteúdo passa a integrar o ordenamento jurídico para ser aplicado pelos Tribunais e pela Administração Pública, como já destacado oportunamente.

Um exame crítico da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal faz concluir que a Corte já flertou com essa técnica, no julgamento dos MMII 283 (1991), 284 (1991), 543 (2002) e 562 (2003). Esses Mandados de Injunção, recorde-se, impugnavam a falta de regulamentação do direito previsto no art. 8º, § 3º, do ADCT, que previa a reparação pecuniária àqueles que foram perseguidos pelo regime político anterior. O Tribunal, uma vez reconhecida a omissão inconstitucional, assentou que os impetrantes poderiam ir às instâncias ordinárias, a quem incumbiria a fixação da indenização por perdas e danos.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, no entanto, foi tímida, pois teve eficácia apenas *inter partes*, quando poderia ter optado o Tribunal por fixar um enunciado geral que tornasse desnecessária a impetração do mandado de injunção por outros cidadãos na situação descrita na norma constitucional.

Nos MMII 670, 708 e 712 (2008), que tratavam do direito de greve do servidor público civil, a Corte acabou por adotar a solução aqui referida, haja vista que determinou, numa sentença com eficácia *erga omnes*, que os juízes aplicassem a lei geral de greve dos trabalhadores vinculados ao regime celetista (Lei n.º 7.783, de 1989), até que sobreviesse a legislação pertinente.

Lamentavelmente (e como criticado anteriormente), essa solução não foi adotada no julgamento dos MMII 721 (2007) e 758 (2008), por meio do qual o Tribunal reconheceu a inconstitucionalidade por omissão, na falta de regulamentação do § 4º do art. 40 da Constituição, e determinou a aplicação, apenas para os impetrantes, das regras pertinentes ao Regime Geral de Previdência Social (art. 57 da Lei n.º 8.213 de 1991). De forma surpreendente, mesmo após a impetração de milhares de *writs* pretendendo a mesma solução jurídica preconizada pela Corte nesse *leading case*, o Tribunal ainda não cogitou de dar aplicação *erga omnes* ao seu comando e remeter os cidadãos à jurisdição ordinária, muito mais bem aparelhada para lidar com essa espécie de conflito, para perseguir seu direito.

De toda sorte, deve ser enfatizado que, por meio dessa técnica decisória, o Supremo pode, além de reconhecer a omissão inconstitucional, delegar ao juiz ordinário o papel de resolver os conflitos referentes à situação, transmitindo-lhe um enunciado normativo que o oriente no processo de integração da omissão legislativa inconstitucional reconhecida pelo Tribunal.

Como segunda espécie de decisão integrativa, pode-se falar de **decisão que supra a omissão inconstitucional pela aplicação direta do direito fundamental violado**.

Nessa hipótese, o Supremo Tribunal Federal, após reconhecer a inconstitucionalidade por omissão, retira dos direitos, liberdades e prerrogativas constitucionalmente assegurados densidade suficiente para estabelecer desde logo o conteúdo da norma regulamentadora que deveria ter sido editada pelo Legislador. O Tribunal Constitucional retira do direito fundamental violado densidade normativa suficiente para estabelecer a regra aplicável ao caso.

Essa hipótese, por óbvio, exige que o direito fundamental tenha tal densidade que permita a conclusão de que o espaço de atuação legislativa é bem reduzido e que as opções políticas disponíveis são restritas.

O Supremo Tribunal Federal prestigiou, de forma parcial, essa linha de pensamento quando, no julgamento do MI 232 (1992), conferiu ao impetrante – entidade civil, sem fins lucrativos e dedicada à prestação serviços de assistência social – a isenção das contribuições sociais prevista no art. 195, § 7º, da Constituição.

Isso pode se dar, ainda, por meio de *decisão que suplante a omissão pela exclusão da discriminação contida na norma, nas situações de omissão relativa*.

A experiência italiana oferece, também aqui, contribuição ímpar. Como se viu, há muito se estabeleceu a possibilidade de o Tribunal Constitucional, identificando especificamente a possibilidade de omissão legislativa por violação ao princípio da igualdade (omissão relativa), anular a exclusão implícita na norma declarada inconstitucional para permitir a extensão do benefício para aquele que foi discriminado de forma incorreta. Isso pode ser feito também com a articulação do Tribunal Constitucional com a jurisdição ordinária: por essa técnica, o Tribunal Constitucional pode orientar a jurisdição ordinária a deixar de aplicar a norma impeditiva implícita no texto da lei.

No Brasil, por meio do mandado de injunção, o Supremo Tribunal Federal poderia, por exemplo, pronunciar a inconstitucionalidade por omissão de lei que, olvidando a paridade de direitos entre servidores públicos ativos e inativos assegurada pelo hoje revogado § 8º do art. 40 da Constituição (com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998), apenas concedesse reajustes salariais aos ativos, para

determinar a extensão do reajuste para os proventos dos servidores públicos aposentados. Essa decisão teria efeito vinculante para a Administração Pública (que deveria implementar desde logo o comando da Corte) e para o Judiciário (a quem competiria, por atribuição que deveria ser cometida pelo Supremo Tribunal Federal, resolver lides decorrentes da pretensão resistida do poder público).

Duas observações finais sobre as decisões integrativas.

Primeiramente, parece correto ter como preferíveis as decisões integrativas indiretas (por meio das quais o Supremo Tribunal Federal enuncia as condições para investidura e exercício no direito subjetivo reclamado, a serem aferidas perante a jurisdição ordinária) às decisões integrativas diretas (por meio das quais a Corte investe o cidadão no direito subjetivo reclamado). Isso porque, além de evitar a sobrecarga da Suprema Corte na resolução de lides individuais, as decisões integrativas diretas precisam superar o sério problema de permitir que a parte que se verá obrigada a adimplir o direito subjetivo reconhecido tenha efetiva participação no processo (esse problema é atenuado quando a omissão legislativa e o direito subjetivo carente de regulamentação são referidos ao mesmo ente público).

A segunda observação tem a ver com o fato de que as decisões integrativas emanadas do Supremo Tribunal Federal viabilizam a fruição do cidadão no direito subjetivo reclamado, a partir de uma norma provisória (até que sobrevenha legislação) emitida pela Corte. Havendo a constituição do cidadão no direito subjetivo, é correto defender que se formou ato jurídico perfeito que afasta a aplicação da legislação superveniente. Esse aspecto, no entanto, merece ser objeto de deliberação do Supremo Tribunal Federal na decisão que proferir.

Como modalidade intermediária de decisão de inconstitucionalidade por omissão – que se situaria entre a prolação de decisão meramente declaratória e a decisão integrativa –, vislumbra-se a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal emitir decisão que sirva de advertência final para o legislador.

No âmbito da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, Flávia Piovesan sugere, por exemplo, que a declaração de inconstitucionalidade por omissão fosse acompanhada pela indicação de prazo para o suprimento da omissão, sob pena de passar a vigor a decisão normativa provisória enunciada pelo Tribunal (PIOVESAN, 2009, p. 126-128). Tratando especificamente de mandado de injunção, André Vicente Pires Rosa

sugere, em linha semelhante, que o Supremo Tribunal Federal deve, ao julgar procedente o *writ*, fixar uma sentença normativa provisória, com eficácia geral e *erga omnes* (como se fosse lei), cujos efeitos ficariam suspensos por um prazo assinalado pelo Tribunal, para que se concedesse a oportunidade de a legislatura suprir o seu estado de inércia e cuja vigência se manteria até que sobreviesse a legislação pertinente (ROSA, 2006, p. 386-390).

No julgamento da ADI 3.682 (STF, 2007), o Supremo Tribunal Federal assinalou o prazo de 18 meses para a edição de Lei Complementar pelo Congresso Nacional, sob pena de desconstituir os Municípios criados de forma irregular após 13 de setembro de 1996 (data da promulgação da Emenda Constitucional n.º 15), o que gerou, como resposta do Congresso Nacional, a promulgação da Emenda Constitucional n.º 57, de 2008, convalidando a situação desses Municípios irregulares. Mais recentemente, no julgamento da ADI 875 (2010), o Supremo Tribunal Federal assinalou prazo de aproximadamente 2 anos para o Congresso Nacional atualizar os critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados, depois do qual perdem validade os critérios dispostos na Lei Complementar n.º 62, de 1989).

Poder-se-ia cogitar, por fim, de decisões de procedência em mandado de injunção que, além de reconhecer a situação de omissão legislativa inconstitucional, impusessem ao Legislador, por meio de técnicas de coerção indireta, o suprimento da obrigação de legislar.

O Tribunal, por exemplo, ordenaria o suprimento da mora normativa, sob pena de ficarem sobrestadas, “até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando”, na forma preceituada no § 6º do art. 62 da Constituição. Ou, ainda, sob pena de ser obstada a interrupção da sessão legislativa, em sentido análogo ao estabelecido no § 2º do art. 57 da Constituição.

No âmbito das omissões legislativas estaduais ou municipais, conceber-se-ia, por exemplo, a possibilidade da utilização do instituto da intervenção (arts. 34 *usque* 36 da Constituição) nas situações em que os Estados ou Municípios não dessem cumprimento à determinação de suprimento da omissão. A intervenção federal (nos Estados) ou estadual (nos Municípios) se lastrearia em requisição do Supremo Tribunal Federal, na forma do art. 36, inciso II, da Constituição. A efetividade dessa iniciativa, decerto, dependeria do concurso da vontade do Poder Executivo (Presidente da República ou

Governador do Estado), a quem compete decretar a intervenção, e estaria sujeito ao controle do Poder Legislativo, conforme art. 49, inciso IV, da Constituição.

Ao tratar da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, Carlos Blanco de Moraes encaminha sugestão nessa linha:

Julga-se que seria possível conceber a possibilidade de o STF fixar um prazo ao legislador para suprir a omissão, o qual deveria ser mais alargado no caso da complementação de normas programáticas e mais reduzido se estiverem em causa normas preceptivas não exequíveis por si próprias. Em caso de não cumprimento pelo legislador do prazo jurisdicionalmente fixado seria concebível, em especial para o caso de não efectivação de normas preceptivas não exequíveis por si próprias, que se procedesse ao ‘trancamento da pauta’ no Congresso, ou seja, a matéria adquiriria o ‘status’ de urgência legislativa sobrestando as demais matérias da Câmara onde deva ser tramitada (MORAIS, 2011, p. 235)²⁴¹.

Impõe-se reconhecer, no entanto, que, para além das soluções que sugerem a emissão de uma norma provisória pelo Supremo Tribunal Federal (decisões integrativas), a cominação de alguma outra sanção encontra limites na dificuldade de o Tribunal interferir no processo deliberativo de outro Poder.

A utilização de decisões da espécie – que cominem uma consequência que interfira diretamente no desenvolvimento dos trabalhos da legislatura – é fonte potencial de graves crises institucionais entre os Poderes, podendo ser mais perniciosas para o equilíbrio dos Poderes do que a emissão de sentenças normativas provisórias. Essa espécie de deliberação precisa superar, demais disso, a premissa de que as decisões do Supremo Tribunal Federal não vinculam o Legislador. Por fim, esse não parece ser ainda o melhor padrão decisório para a Suprema Corte porque, apesar de ser uma medida extremamente forte, não se presta à tutela dos direitos constitucionalmente assegurados. Todas essas razões depõem contra a aplicação dessa última alternativa aqui agitada.

Em conclusão, é possível enunciar que as decisões de inconstitucionalidade por omissão legislativa em mandado de injunção podem assumir a forma de: i) mera declaração de inconstitucionalidade, com apelo ao legislador; ii) mera declaração de inconstitucionalidade, com indicação de prazo para suprimimento de omissão (sob pena de a situação passar a ser regulamentada por uma decisão normativa provisória); iii)

²⁴¹ Em relação às normas programáticas, sugere Carlos Blanco de Moraes: “(...) atendendo ao facto de se colocar o envolvimento de recursos que os poderes públicos poderão não ter na sua disponibilidade, poderia ser concebido, como em Portugal, um regime de responsabilidade civil extracontratual por danos especiais e anormais causados nos cidadãos pela omissão inconstitucional” (MORAIS, 2011, p. 235).

decisão integrativa da omissão que indique as condições para a assunção e o exercício do direito constitucionalmente assegurado (atribuindo à jurisdição ordinária a tarefa de julgar os casos individuais); e iv) decisão integrativa da omissão que enuncie a regra específica aplicável e invista o indivíduo no direito subjetivo constitucionalmente assegurado.

No exercício de sua jurisdição constitucional e considerando os fundamentos de legitimidade de seu poder, deve o Supremo Tribunal Federal, no julgamento de mandado de injunção, orientar-se pela prudência, parcimônia e mínima interferência no Legislativo (como corolário da justa ordenação dos Poderes), observando, naquelas situações em que emitirá decisão integrativa, a preocupação de partir de um critério decisório já presente no ordenamento jurídico (evitando uma norma *ex nihilo*, como bem acentua Carlos Blanco de Moraes (2009, p. 36-37)).

10.6 Repensando o procedimento do mandado de injunção

A prosperar a tese aqui defendida, é inevitável a necessidade de se repensar a prática do mandado de injunção. Para além do que já foi exposto, serão abordados alguns aspectos específicos relacionados ao cabimento do mandado de injunção, à legitimidade ativa e passiva e à mora legislativa.

a) Cabimento

O mandado de injunção serve, como visto, para permitir amplo acesso ao controle de constitucionalidade das omissões legislativas inconstitucionais por qualquer pessoa que tenha seu direito subjetivo violado. É um controle concreto (pois vinculado a uma lide, com um conflito subjetivo deduzido em juízo) por ação (e não incidental) e concentrado (direto).

No marco constitucional vigente (e em linha com o que aqui defendido), há espaço para justificar o cabimento do mandado de injunção em situações de omissões totais e parciais, absolutas e relativas.

Essas assertivas decorrem da constatação de que a jurisdição constitucional praticada pelo Supremo Tribunal Federal já atuou, como consistência para além de situações de omissão legislativa total e absoluta.

De fato, já assentou o Supremo Tribunal Federal, mais recentemente, que a “concepção de omissão deve compreender não só a chamada omissão absoluta do legislador, isto é, a total ausência de normas, como também a omissão parcial, na hipótese de cumprimento imperfeito ou insatisfatório de dever constitucional de legislar” (STF, MI 708, 2008, fls. 222), o que, aliás, já enunciava, de certa forma, o acórdão lavrado no MI-QO 107, quando o Min. Moreira Alves afirmou que “a falta de regulamentação a que se refere o art. 5º, LXXI, abrange não apenas a ausência de lei, mas de iniciativa legislativa de decreto regulamentador, ou, até, de outros atos administrativos necessários à viabilização do exercício dos direitos, garantias e prerrogativas a que alude esse dispositivo constitucional. E essa falta de regulamentação se caracteriza quando é ela total ou apenas parcial, porque esta configura também omissão” (STF, MI-QO 107, 1990, fls. 34)²⁴².

No plano das omissões legislativas relativas (decorrentes da ofensa ao princípio da isonomia), não há nada que impeça o seu enfrentamento por mandado de injunção, desde que configurada a situação de impossibilidade de exercício de direito, liberdade ou prerrogativa constitucional por ausência de norma regulamentadora. A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 132, que reconheceu a possibilidade de haver união estável entre indivíduos do mesmo sexo, poderia ter sido veiculada por meio de mandado de injunção, na perspectiva de que a legislação civil ofendia o princípio da isonomia ao não contemplar a união homoafetiva.

a.1) Cabimento de mandado de injunção e Constituições estaduais

Ainda na esfera do cabimento, pode-se questionar se caberia o mandado de injunção por omissão legislativa estadual ou municipal em face da Constituição Estadual.

Para Alexandre de Moraes, “ no âmbito estadual, será permitido aos Estados-membros, no exercício do poder constituinte derivado decorrente, estabelecerem em suas constituições estaduais o órgão competente para processo e julgamento de mandados de injunção contra a omissão do Poder Público estadual em relação às normas constitucionais estaduais” (2005, p. 157).

²⁴² Na doutrina, esse é o entendimento de Carlos Augusto Alcântara Machado (2004, p. 94-95).

Entre as Constituições Estaduais, apenas a Constituição do Estado de São Paulo parece prever essa possibilidade²⁴³, ao fixar, em seu artigo 74, inciso V, que compete ao Tribunal de Justiça processar e julgar mandado de injunção “quando a inexistência de norma regulamentadora estadual ou municipal, de qualquer dos Poderes, inclusive da administração indireta, torne inviável o exercício de direitos assegurados nesta Constituição” (grifo nosso).

Entende-se, no entanto, que a Constituição de 1988, ao prever o cabimento do *writ* às hipóteses em que se manifeste a inviabilidade do “exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”, referiu-se a direitos, liberdades e prerrogativas estabelecidas na Constituição da República.

Nesse sentido e com acerto (mas sem enfrentar diretamente o problema aqui posto), O Min. Celso de Mello, em decisão monocrática que proferiu no Supremo Tribunal Federal, teve oportunidade de assentar o seguinte:

Para que possa atuar a norma pertinente ao instituto do mandado de injunção, revela-se essencial que se estabeleça a necessária correlação entre a imposição constitucional de legislar, de um lado, e o conseqüente reconhecimento do direito público subjetivo à legislação, de outro, de tal forma que, ausente a obrigação jurídico-constitucional de emanar provimentos legislativos, não se tornará possível imputar comportamento moroso ao Estado, nem pretender acesso legítimo à via injuncional.

Eventuais lacunas normativas ou imperfeições de conteúdo material, constantes de textos meramente legais ou de normas inscritas em tratados internacionais, não se revelam colmatáveis, nem suscetíveis de correção, por via injuncional, **eis que o mandado de injunção somente tem pertinência, quando destinado a suprir omissões estatais na regulamentação de cláusulas exclusivamente fundadas na própria Constituição da República.** (STF, MI 642, 2001)

Por outro lado, entende-se que não é próprio das Constituições Estaduais dispor sobre direitos, liberdades e prerrogativas vinculados à nacionalidade, à soberania ou à cidadania.

Isso porque, nos termos do art. 25 da Constituição da República e do art. 11 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, as Constituições Estaduais, não obstante sejam expressão do exercício do poder constituinte (dito decorrente), versam,

²⁴³ É o que se deduz da análise dos diversos dispositivos de Constituições Estaduais transcritos por Carlos Augusto Alcântara Machado (2004, p. 85-94).

na essência, sobre a auto-organização e autogoverno dos Estados-membros (STF, ADI 1.594, 2008), sendo, portanto, ociosa eventual declaração de direitos fundamentais²⁴⁴.

Raul Machado Horta observa, a propósito, que a Constituição defere aos Estados-Membros o poder de organização própria, que, segundo o disposto no art. 11 do ADCT, deve se originar das Constituições Estaduais, elaborada a partir do exercício do Poder Constituinte atribuído às Assembleias Legislativas, observados os princípios da Constituição Federal (HORTA, 1992, p. 341-350).

Nas palavras de Adilson Abreu Dallari, “no exercício dos poderes constituintes, a Assembléia Legislativa deverá cuidar da organização do Poder Público na esfera estadual, dispondo livremente sobre a composição e funcionamento tanto do Executivo, quanto do Legislativo e, ainda, do Judiciário, desde que observe e respeite os princípios estabelecidos pela Constituição Federal” (1989, p. 201).

Daí o entendimento aqui manifestado de que o cabimento do mandado de injunção está condicionado à configuração de situação em que o impetrante tenha um direito, liberdade ou prerrogativa constitucionalmente assegurado pela Constituição da República violado pela inexistência da aludida regulamentação.

Por assim dizer, o parâmetro de controle de inconstitucionalidade por omissão, em mandado de injunção, deve ser necessariamente o da Constituição da República.

b) Legitimidade ativa (e mandado de injunção coletivo)

A finalidade do mandado de injunção está associada ao controle concreto de constitucionalidade, estando em princípio à disposição do cidadão prejudicado, por ser uma ação constitucional posta no rol dos direitos e garantias individuais.

Para impetração de mandado de injunção, é legitimado, assim, o titular do direito, da liberdade constitucional, ou da prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania ou à

²⁴⁴ Deve-se frisar, nesse particular, que a inobservância, pelos Estados de princípios constitucionais sensíveis – tais como a forma republicana e o regime democrático, direitos da pessoa humana, autonomia municipal, prestação de contas da administração pública – constituirá fundamento da intervenção federal, conforme estabelecido no art. 34 da Constituição (HORTA, 1992, p. 344-345).

cidadania, cujo exercício esteja sendo obstado pela omissão normativa (MACHADO, 2004, p. 96; STF, MI 188, 1990²⁴⁵; STF, MI 144, 1991²⁴⁶).

Isso não impede, no entanto, a consideração de que a tutela dos direitos seja feita por outros legitimados, como substitutos processuais da coletividade. Não por outra circunstância, o Supremo Tribunal Federal há muito estabeleceu o cabimento do mandado de injunção coletivo (STF, MI 361, 1994).

A admissão do mandado de injunção coletivo traz, processualmente, a perspectiva de que a proteção dos direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais violados pela ausência de regulamentação pode ser feita por substituição processual. É dizer, confere-se a possibilidade de a impetração da ação ser feita por quem não é titular do direito lesado, que poderá perseguir direitos de e para terceiros. Esse aspecto concede uma abertura para amplificar os efeitos da sentença para além daquele que propôs a demanda, alcançando até mesmo grupo indeterminado, porém determinável²⁴⁷.

A modalidade coletiva do *writ* permite, com maior facilidade, a concessão de efeitos potencialmente mais abrangentes ao mandado de injunção, com sentenças de efeitos amplos, alcançando categorias e grupos que não participaram diretamente do processo.

Isso se justifica tanto pela perspectiva da ação coletiva, como pela perspectiva da objetivação do controle de constitucionalidade.

Nesse último aspecto, em vista da inserção do mandado de injunção na jurisdição constitucional, é de se esperar que as decisões de procedência tenham a maior abrangência possível, devendo ser prestigiada a concessão de efeitos *erga omnes*.

²⁴⁵ É esclarecedora a ementa desse julgado: “Mandado de injunção. Condições da ação. Ilegitimidade ‘ad causam’. Suposta provisoriamente a veracidade dos fatos alegados pelo autor, a existência ‘em abstrato e em hipótese’, do direito, afirmado como suporte da pretensão de mérito ou de relação jurídica prejudicial dele, ainda se comporta na questão preliminar da legitimação ativa para a causa: carece, pois, de legitimação ‘ad causam’, no mandado de injunção, aquele a quem, ainda que aceita provisoriamente a situação de fato alegada, a Constituição não outorgou o direito subjetivo cujo exercício se diz inviabilizado pela omissão de norma regulamentadora.”

²⁴⁶ No julgamento do MI 144 (STF, 1993), e em outras inúmeras oportunidades, o Supremo Tribunal Federal considerou que entidade teria legitimidade para impetrar mandado de injunção a fim de exercer pretensão de ver regulamentado direito próprio, como se vê do seguinte fragmento da ementa: “I. Mandado de injunção: ocorrência de legitimação “ad causam” e ausência de interesse processual. 1. Associação profissional detem legitimidade “ad causam” para impetrar mandado de injunção tendente a colmatação de lacuna da disciplina legislativa alegadamente necessária ao exercício da liberdade de converter-se em sindicato (CF, art. 8.).”

²⁴⁷ O Min. Celso de Mello, no julgamento do MI 2152 AgR (STF, 2011), afirmou que é cabível mandado de injunção coletivo para “garantir, a cada integrante do grupo, classe ou categoria, cuja atividade esteja abrangida pelas finalidades institucionais da entidade impetrante (Lei nº 8.038/90, art. 24, parágrafo único, c/c o art. 22 da Lei nº 12.016/2009), [...] o direito de ter o seu pedido de aposentadoria especial concretamente analisado pela autoridade administrativa competente, observado, para tanto, o que dispõe o art. 57 da Lei nº 8.213/91”.

No âmbito da legitimação extraordinária própria das ações coletivas, não há óbice em se cogitar a possibilidade da impetração do mandado de injunção por entidades públicas como o Ministério Público e a Defensoria Pública, entes comprometidos institucionalmente com a defesa dos cidadãos²⁴⁸.

c) Legitimidade passiva

Como visto, estão envolvidas no mandado de injunção duas pretensões: a de obter a norma regulamentadora e de exercer o direito subjetivo constitucional (carecedor de regulamentação).

Em relação ao polo passivo, seria natural pensar, em vista do princípio do contraditório e do devido processo legal, que aqueles que deveriam suportar as duas obrigações (a de emitir a norma e a de cumprir a norma editada) devessem integrar a lide. Não é esse, no entanto, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que se firmou “no sentido de que apenas a autoridade, órgão ou entidade que tenha o dever de regulamentar a norma constitucional dispõe de legitimidade passiva ad causam no mandado de injunção” (STF, MI 1.231 AgRg, 2011).

O Supremo Tribunal Federal deveria rever esse entendimento. Decerto, a participação daqueles que deveriam suprir a mora legislativa é condição necessária, mas, talvez, não suficiente para legitimar o processo. Isso porque a complexidade jurídica, econômica, política ou social inerente à norma regulamentadora pode tornar insuficiente

²⁴⁸ Aplicando-se o rito do mandado de segurança (art. 24, parágrafo único, da Lei n.º 8.038, de 1990, deve-se observar que a Lei do Mandado de Segurança (Lei n.º 12.016, de 2009, estabelece em seu art. 21 que: “O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.” Por construção jurisprudencial e em vista do papel atribuído ao Ministério Público pela Constituição, tem se admitido ampla legitimidade ao órgão na defesa de interesses coletivos e mesmo individuais homogêneos (quando houver previsão legal, como ocorre para a defesa do consumidor). Como representativo desse entendimento, confira-se o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do REsp 700.206/MG, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, julgado em 9/3/2010, DJe 19/3/2010. No que se refere à Defensoria Pública, precisa ser observada a finalidade institucional do órgão, vinculado à defesa dos necessitados (arts. 5, inciso LXXIV, e 134 da Constituição). Deve-se observar, no entanto, que “o mandado de segurança coletivo, embora mantendo objeto constitucional e sumariedade de rito próprios do mandado de segurança individual, tem características de ação coletiva, a significar que a sentença nele proferida é de caráter genérico, não comportando exame de situações particulares dos substituídos e nem operando, em relação a eles, os efeitos da coisa julgada, salvo em caso de procedência”. (REsp 707.849/PR, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 06/03/2008, DJe 26/03/2008).

a legitimação pelo processo judicial pela simples participação do ente ou órgão do qual deve emanar a regulamentação (QUINTAS, 2010a, p. 40).

Não se ignora que, seguindo o entendimento firmado no tópico anterior, as decisões do Supremo Tribunal Federal, mesmo quando integrativas, tendem a ser normativas e de efeitos *erga omnes*, enunciadoras das condições necessárias para a investidura e o exercício de direito, liberdade ou prerrogativa constitucionalmente assegurada. Portanto, essas decisões servem ao propósito de acolher a pretensão de se obter a norma regulamentadora, deixando eventualmente para um segundo momento a pretensão de exercício do direito. Essa circunstância, é certo, atenua o vício processual decorrente da não participação, na tramitação do mandado de injunção, daquele que estará obrigado a adimplir eventual direito subjetivo reconhecido pela Corte.

De todo modo, mesmo nessa hipótese, é imprescindível que o Supremo Tribunal Federal esteja atento, também em sede de mandado de injunção, à pluralização do debate constitucional, prestigiando, por exemplo, a participação de *amici curiae*.

Conforme destacado por Jorge Amaury Maia Nunes, “em face da delicadeza de que se reveste a participação da Corte nessa atividade que se destina a suprir a omissão normatizadora [...], é muito bem-vinda a participação do *amicus curiae*. Em outro dizer, ainda que o *amicus curiae* haja ingressado no ordenamento jurídico brasileiro primeiramente pela via dos processos objetivos, nada obsta a que essa participação ocorra também nos processos de partes, subjetivos” (NUNES, 2013, p. 539).

Dessa forma, deve-se admitir “a possibilidade de intervenção do *amicus curiae*, sempre exigida a presença das mesmas condições e os mesmos níveis de representatividade que foram estabelecidos por ocasião da regulamentação da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade” (art. 7º, § 2º, da Lei n.º 9.868, de 1999) (NUNES, 2013, p. 539).

d) A mora legislativa

Entende o Supremo Tribunal Federal que sua atuação, no controle de constitucionalidade das omissões, está condicionada à configuração de estado de demora injustificada da legislatura no exercício de sua função legislativa. Significa dizer que o reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão passa pela questão prejudicial de verificar a existência de mora legislativa.

A demora pode ser caracterizada quando superado o prazo constitucionalmente estabelecido para a elaboração da lei (como, por exemplo, os prazos estabelecidos nos arts. 8º, § 3º, 20, 24, 39, parágrafo único, do ADCT), ou quando, não havendo prazo fixo estipulado, o legislador não edite a lei demandada pela Constituição em prazo razoável, levando em conta os fatores históricos, culturais e econômicos.

Uma vez iniciado o processo legislativo, o Supremo Tribunal Federal entende que, em situações de normalidade, está descaracterizada a situação de mora (ADI 2495, 2002). A tramitação por tempo indefinido, no entanto, não elide a mora legislativa (MI 584, 2001).

O exame da existência de mora legislativa sugere uma perspectiva interessante para trabalhar a dimensão de autorrestrição no exercício da jurisdição constitucional, consistente na possibilidade de identificar que questões politicamente sensíveis que dividam o Parlamento e a sociedade podem descaracterizar a mora legislativa não obstante a fruição de longo prazo sem a emanção de lei.

É o que se poderia dizer, por exemplo, a respeito da falta de legislação sobre o aborto de fetos anencéfalos. Não obstante a omissão legislativa, seria possível elidi-la (afastando a pecha de inconstitucional) ante a constatação que o Congresso Nacional tem discutido o assunto, sem alcançar, todavia, consenso suficiente para permitir a edição de uma lei.

Nessas situações, em que se adota uma postura deliberada de não questionar uma dada situação normativa, o Tribunal exerce aquilo que Alexander Bickel identificou como virtudes passivas (*passive virtues*) da jurisdição constitucional, consistente na adoção de estratégias que impeçam a Corte de emitir pronunciamento sobre a questão constitucional que lhe é submetida²⁴⁹ (1986, p. 200-201).

No controle das omissões inconstitucional, o juízo sobre a existência ou não de mora legislativa tem aptidão para constituir importante instrumento para o Supremo Tribunal Federal exercer a virtude passiva de não se imiscuir em questões políticas controvertidas para as quais não haja ainda um consenso na sociedade e sobre as quais o Tribunal ainda não se sinta seguro para decidir numa perspectiva jurídico-constitucional.

²⁴⁹ Na Suprema Corte norte-americana, por exemplo, diversas medidas podem ser utilizadas para dispensar o exame da questão constitucional que lhe é submetida: negando o *certiorari*, recusando um recurso (*dismisses appeal*), entendendo que há uma questão eminentemente política (*political question*) (BICKEL, 1986, p. 201).

10.7 Conclusão

A tutela das omissões legislativas inconstitucionais tornou-se um aspecto relevante da prática judiciária brasileira, não obstante ela se oculte no mais das vezes pelo argumento da aplicação direta e imediata dos direitos e garantias fundamentais.

De fato, é hoje possível identificar um alargamento dos processos de controle concreto das omissões legislativas inconstitucionais, que não se justifica apenas pelo fortalecimento do mandado de injunção, em vista da nova orientação do Supremo Tribunal Federal, mas também (e, sobretudo) pela atuação dos juízes e Tribunais ordinários no julgamento das ações que lhe são submetidas, nas quais, sob o pretexto de aplicar os direitos e garantias fundamentais, acabam por enfrentar omissões inconstitucionais do Poder Público (muitas vezes, sem a clareza argumentativa que se espera) (MORAIS, 2011, p. 214).

Deve ser recebido com preocupação esse fenômeno, que põe em evidência o tratamento assistemático e acrítico que tem sido conferido ao controle concreto das omissões legislativas inconstitucionais e não observa as sensíveis diferenças qualitativas entre a jurisdição atribuída ao Supremo Tribunal Federal e aquela conferida aos juízes e tribunais ordinários.

O controle difuso e concreto das omissões legislativas inconstitucionais, praticado pelos juízes e tribunais ordinários, torna o Judiciário “um centro autónomo prestador de benefícios sociais dotado de carácter supletivo em relação aos poderes legislativo e administrativo” (MORAIS, 2011, p. 215-216). Essa prática é perniciosa para a separação de Poderes e para a democracia. Pode ser também nefasta para o constitucionalismo, pois, como adverte Carlos Blanco de Moraes, “uma Constituição onnipresente e omnicompreensiva parece encerrar em si mesma uma perigosa visão totalitária da sociedade e do Estado, incompatível com o pluralismo inerente ao modelo de Estado democrático de direito” (MORAIS, 2011, p. 230).

Além de ser pouco recomendado, o controle difuso e concreto das omissões legislativas não encontra justificação constitucional tranquila, porque não diretamente contemplado na Constituição.

Correta, também nesse particular, a avaliação de Carlos Blanco de Moraes, segundo a qual

[...] juiz comum, restringido ao poder-dever de desaplicação de normas inconstitucionais e reconstituição de falhas no direito decidido em sede de integração de lacunas, carece de competência para actuar como um legislador supletivo onde não haja sequer direito decidido, para inovar normativamente ditando políticas sociais públicas à medida de suas pré-compreensões políticas e filosóficas e conferir efeitos directos a princípios e normas não exequíveis por si próprios que, afinal, pela sua própria natureza carecem, de acordo com a própria Constituição, de medidas normativas de mediação ditadas pelos poderes competentes (MORAIS, 2011, p. 238).

Em verdade, apesar de parecer, numa primeira vista, contraintuitivo (em virtude da prática judiciária ativista que hoje se espalha pelo Brasil), uma leitura atenta da Constituição remete o controle de constitucionalidade concreto das omissões legislativas não às instâncias ordinárias, mas ao Supremo Tribunal Federal, por meio do mandado de injunção.

Pelas razões que se apresentou, concebe-se a jurisdição constitucional das omissões legislativas como atribuição exclusiva do Supremo Tribunal Federal, com o que ganha destaque o mandado de injunção como o veículo próprio de exercer o controle concreto de constitucionalidade das omissões inconstitucionais do Poder Público.

De toda sorte, o controle concreto das omissões legislativas inconstitucionais, viabilizada pelo mandado de injunção, constitui um desafio para a jurisdição constitucional, ante a preocupação já manifestada de se evitar o comprometimento dos canais ordinários de representação política em nome de uma suposta tutela de direitos sociais.

Não obstante a compreensível angústia daqueles que veem obstada a fruição de um possível direito constitucionalmente assegurado em função de uma inércia legislativa, não é aceitável – como professa Carlos Blanco de Moraes – conceber que a hipertrofia dos direitos sociais tenha como efeito a mutação do paradigma do Estado democrático de direito, a degradação do princípio majoritário e a distorção do princípio da separação de Poderes (MORAIS, 2011, p. 241.242).

Adotando-se esse entendimento, buscou-se mostrar que, diferentemente do que ocorre hoje com o ativismo judicial praticado pela jurisdição ordinária (no exercício de uma alegada jurisdição constitucional difusa cuja competência não ostenta para o controle das omissões legislativas inconstitucionais), o mandado de injunção não constitui, intrinsecamente, um risco para esse modo de ver o Estado democrático de

direito. Ao revés, o instituto tem potencialidades, que podem servir ao seu fortalecimento.

Isso se faz, primeiramente, pela identificação das tarefas que competem à jurisdição constitucional prestada pelo Supremo Tribunal Federal, a quem incumbe o exercício do controle das omissões legislativas inconstitucionais, e à jurisdição ordinária, cuja atuação nesse seara é restrita e condicionada a eventual mandato outorgado pelo Supremo Tribunal Federal. Com isso, fica atenuado o risco de politização desmesurada da atuação dos juízes e tribunais ordinários.

Além disso, o mandado de injunção é veículo para que o Supremo Tribunal Federal realize o controle concreto das omissões legislativas mirando não apenas a tutela judicial dos direitos, mas também o aprimoramento do processo deliberativo próprio da democracia representativa.

Em síntese, estabelecida a reserva de jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal para dar tratamento às omissões legislativas inconstitucionais, avulta a responsabilidade da Suprema Corte em estabelecer um diálogo institucional construtivo com o legislador (a quem compete, de fato, deliberar sobre as opções políticas de uma sociedade democrática) e com os juízes e Tribunais (que, como órgãos da jurisdição ordinária, estão aparelhados para apreciar o caso concreto à luz do direito preexistente).

Com criatividade e prudência, o Supremo Tribunal Federal, no controle de constitucionalidade das omissões legislativas, pode valer-se do mandado de injunção como um veículo de fortalecimento dos direitos e garantias fundamentais sem olvidar a importância das instituições democráticas numa sociedade complexa e pluralista, com o que se presta homenagem à Constituição e se lhe concede a máxima efetividade.

CONCLUSÕES

Ao final desta tese, é possível articular as seguintes conclusões:

1.1. O positivismo jurídico de Kelsen não oferece proposta adequada e suficiente para orientar a atividade de aplicação do direito, pois se demite da função de fixar parâmetros para a decisão judicial, haja vista que a moldura interpretativa do direito, por sua teoria da interpretação, está orientada à compreensão racional do direito em relação ao passado e não à orientação do agir jurídico para o futuro. A prática do direito, na visão positivista kelseniana, fica abandonada ao puro arbítrio (decisionismo).

2.1. Ao contrário do que concluiu Kelsen, a aplicação do direito não pode ser reduzida a mero ato de vontade da autoridade. Pensar assim é ignorar a função orientadora que o direito exerce na sociedade moderna e a expectativa de justiça que lhe é inerente. É preciso destacar que a arbitrariedade kelseniana não é assumida na prática jurídica.

2.2. Apesar de a existência da autoridade ser um marco do direito moderno (ou seja, a presença de uma instância institucional responsável por decisões), o conteúdo do direito não é totalmente contingente, definido pela livre vontade da autoridade. O direito moderno está comprometido com valores de justiça, sendo certo que as autoridades encarregadas de interpretá-lo e aplicá-lo são demandadas a concretizá-los.

2.3. Conceber o direito como ordem normativa institucional não põe fim ao problema da divergência, mas permite conceber a existência de instâncias formais e definidas para decidir a respeito de controvérsias e dúvidas.

2.4. No Estado de Direito, compete, em primeiro plano, aos parlamentos e aos governos decidir as políticas que devem ser implementadas e os meios legislativos adequados para tanto. É tarefa precípua dos juízes, no entanto, aplicar o direito de forma segura, harmônica e que lhe dê sentido.

2.5. A lei constitui ainda uma estrutura institucional relevante. Apesar de não ter condições de oferecer uma zona completa de determinação, ela pode sim representar um ponto de partida na interpretação do direito, haja vista que traduz, em certa medida, um relativo consenso moral e político sobre determinada matéria.

2.6. Não é correto conceber que a divergência sobre o direito opere com a mesma intensidade em todos os seus níveis de aplicação e perante todos os agentes e órgãos. Igualmente, é equivocado diluir o direito numa teoria de justiça. É necessário reconhecer que há diversos

níveis de questionamento sobre a lei: o cidadão, o Legislador, o Administrador Público, o juiz e o Supremo Tribunal Federal lidam com a lei sob diferentes perspectivas.

3.1. Inserida na tradição do constitucionalismo, que professa a necessidade de estabelecer e apoiar valores que promovam a estabilidade do sistema político e a preservação das liberdades e direitos dos cidadãos numa sociedade democrática, a Constituição de 1988 precisa conciliar a autonomia própria da esfera privada de cada cidadão e a igualdade propugnada na esfera pública democrática. O princípio da separação de Poderes constitui via privilegiada de reflexão do tema.

3.2. O princípio da separação de Poderes não oferece respostas rígidas para a adequada estruturação dos Poderes, mas serve para refletir sobre as estruturas constitucionais e permite avaliar e julgar os resultados produzidos por determinado sistema político. Nesse sentido, o princípio – ao lado das disposições constitucionais atributivas de competências aos Poderes – cumpre o papel de orientar soluções em situações de crise e de conferir certa continuidade às instituições ao longo do tempo, restringindo o âmbito de ação política do Estado e de seus agentes.

3.3. Em seu sentido normativo brando, o princípio da separação de Poderes é concebido como princípio de governo que propõe um equilíbrio e uma limitação no exercício do poder político por meio de certa divisão de funções estatais, atribuídas a diferentes órgãos e pessoas, a fim de promover um controle do poder e um governo estável e eficaz, porém limitado. Do ponto de vista funcional, concebe-se que há uma tendência de determinado Poder a exercer de forma predominante dada tarefa essencial do Estado, não obstante a multifuncionalidade dos Poderes estatais. Sob o prisma estrutural e procedimental, entende-se que os Poderes são dotados de organizações e instrumentados por procedimentos que lhe conferem aptidão para exercer certas funções.

3.4. Por uma visão clássica, entende-se que a Constituição de 1988, ao estabelecer o primado da lei, consagra o Legislativo como instância privilegiada de deliberação política, concedendo espaço importante de atuação política ao Judiciário quando lhe atribuiu a função de exercer o controle de constitucionalidade. Todavia, a divisão clássica entre atividade legislativa e judicial mostra-se hoje insuficiente, em vista da forte atuação judicial sobre as políticas públicas, que se justificaria pelo amplo poder de criação do direito concedido pela Constituição ao Judiciário na tutela dos direitos fundamentais. Essa atuação acaba por avançar sobre o espaço tradicionalmente

atribuído à legislação. Em vista desse descasamento entre teoria e prática, torna-se necessário reexaminar a distinção entre função legislativa e judicial.

4.1. Entende-se que a lei (concebida como norma geral e abstrata) deve, em princípio, ser observada pelos cidadãos e agentes do Estado por ser elaborada democraticamente, por meio de representantes eleitos com base no sufrágio universal adulto, para mandatos limitados e que se sujeitam à responsabilidade eleitoral.

4.2. A legislação tem fundamento no (prévio) consentimento de uma comunidade (formada por indivíduos com igualdade política que se constituíram em sociedade civil), mesmo considerando a impossibilidade de consenso nas deliberações particulares. O direito legislado tem aptidão, assim, de promover a coordenação da ação e do comportamento da sociedade dentro de uma moldura comum, independentemente da discordância entre os indivíduos sobre qual seria o melhor curso de ação individual e a melhor conformação dessa moldura.

4.3. Pode a autoridade da lei ser posta em dúvida nas situações em que a deliberação legislativa é apta a gerar a erosão da sociedade civil, de pôr em risco as bases da civilidade e da convivência democrática. Considerando a especificidade do sistema político brasileiro (o chamado presidencialismo de coalizão) e seu impacto na formação da legislação, cabe ponderar a efetividade do controle do Executivo sobre o Legislativo e vice-versa. Há motivos para assumir-se que o Legislativo e o Executivo estão envolvidos diretamente na política cotidiana voltada à governabilidade e não estão institucionalmente preparados para lidar com outra esfera da política, a do pacto da convivência, que funda a sociedade civil e que encontra sua expressão normativa na Constituição.

4.4. Não havendo um efetivo sistema de freios e estando cartelizado o debate parlamentar pelas maiorias formadas antes de se pôr o debate político-legislativo, há risco real de que as leis não estejam cercadas daquele mínimo de consentimento que legitima acatar como autoritativa a deliberação parlamentar (referente às condições de civilidade, que passa pela proteção dos direitos fundamentais, e à observância das competências e dos procedimentos definidos na Constituição para balizar a disputa política).

4.5. Nesse cenário, há justificativas para se pensar em alternativas institucionais que se ponham como um contrapeso à hegemonia parlamentar na criação do direito, a

fim de se permitir um controle efetivo do governo, para salvaguardar os direitos dos cidadãos e garantir o respeito às competências e atribuições fixadas na Constituição.

5.1. As novas demandas apresentadas perante os juízes e tribunais – que partem da premissa de que a Constituição autoriza ao magistrado proceder à definição do sentido e do alcance de direitos que ainda carecem de conformação por uma atividade política ainda não exercida nas esferas legislativas e executivas – têm fomentado a atividade política do Poder Judiciário.

5.2. Essa visão conduz facilmente à perda de diferenciação entre a atividade de criação e de aplicação do direito, que tem sua gênese na separação de Poderes e sua razão de ser na crença de que o exercício do poder político na sociedade moderna e pluralista deve prestar contas a todos os cidadãos, ser previsível e controlável. Desse modo, a outorga de poderes aos juízes para resolver conflitos concretos conforme o direito não traduz mera divisão do trabalho entre diferentes órgãos. Constitui, sim, a promoção de um modo de conceber o controle do poder estatal, próprio do Estado do Direito, no qual a imparcialidade do juiz manifesta-se como um valor prestigiado e perseguido como meio de restringir a possibilidade de o julgador criar a regra a ser aplicada.

5.3. Não obstante o Judiciário possa constituir-se um espaço público de discussão política, no curso da prestação jurisdicional, é certo que a função primária da jurisdição não é promover a discussão política nem prover decisões dessa espécie, mas sim resolver conflitos conforme o direito pré-existente. Essa realidade impõe à teoria do processo refletir sobre o que pode ou não ser decidido pelo juiz e, caso seja jurisdicionalizável, como deve ser decidido.

6.1. O controle judicial de constitucionalidade configura o exercício de uma função política pelo Judiciário, que visa à preservação da convivência social, em vista dos princípios substanciais da vida comum e das regras de exercício do poder público, tal como fixados na Constituição (bem distante, assim, da luta pelo governo, que qualifica outro sentido de política).

6.2. No campo da declaração de inconstitucionalidade, não se está a falar mais da atividade jurisdicional ordinária, mas daquilo que se convencionou chamar de jurisdição constitucional, na qual se estabelece a competência para aplicar a sanção ao ato inconstitucional.

6.3. A adequada compreensão do controle de constitucionalidade hoje praticado no Brasil, do papel exercido pelo Supremo Tribunal Federal e das funções que devem ser cometidas aos juízes e Tribunais nesse mister recomenda que seja acolhida e prestigiada a distinção entre jurisdição ordinária e jurisdição constitucional e, nessa última, entre a jurisdição constitucional praticada pelo Supremo Tribunal Federal e pelos outros juízes e Tribunais. Essa distinção é indispensável tanto para permitir o regular exercício da jurisdição constitucional, em todas suas potencialidades, como para não corromper a atividade jurisdicional ordinária exercida pelos juízes e Tribunais (na qual a jurisdição constitucional é ancilar).

6.4. Deve ser afastada a possibilidade de amplo exercício da jurisdição constitucional pelos juízes e Tribunais, para evitar que se ponha em risco, por sobre dose política, a juridicidade do Poder Judiciário. A legitimidade da jurisdição ordinária, vinculada à independência e à imparcialidade dos juízes, é fruto da vinculação judicial à lei. É nessa perspectiva que se sustenta que deve ser mitigado o exercício da jurisdição constitucional pelo Poder Judiciário, para ser subsidiário à jurisdição constitucional prestada pelo Supremo Tribunal Federal.

7.1. Observando-se as especificidades do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, constata-se que, desde o advento da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal, seja por sua função, seja por suas características (quando exerce o controle de constitucionalidade), tem sido moldado para representar um Tribunal Constitucional.

7.2. O desafio da jurisdição constitucional é encontrar uma forte justificativa para legitimar a sua atuação sobre a vontade democrático-majoritária. Constituindo limites e garantias contra “as degenerações da democracia como puro regime da maioria”, a “justiça constitucional não faz parte da democracia, mas serve a democracia”. A jurisdição constitucional, sobretudo quando exercida pelo Tribunal Constitucional, proclama diretrizes políticas, que não se qualificam como um projeto político de governo ou de uma maioria parlamentar (que partem de programas pré-definidos), mas se voltam apenas à manutenção do padrão mínimo de convivência social expresso na Constituição (ZAGREBELSKY, 2008).

7.3. Não tendo a pretensão de sobrepor-se à democracia (mas apenas de servi-la), o Tribunal Constitucional tem uma função republicana (ZAGREBELSKY) ou de contrapoder (HÜBNER MENDES), cujo objetivo é frear a vontade política majoritária contrária à Constituição. Sendo assim, a legitimidade da jurisdição constitucional está

atrelada a uma razão prudencial em assuntos politicamente mais sensíveis, devendo mirar a Constituição, no exercício de sua atividade, como um arranjo de competências e uma reserva do pacto de convivência que se estabelece entre todos os cidadãos para fundar uma comunidade política.

7.4. Numa sociedade pluralista e democrática, o Tribunal Constitucional, conquanto deva ter capacidade de agir contra decisões políticas incompatíveis com a Constituição, com base em argumentos jurídicos, não deve ter, em princípio, a palavra final sobre as decisões políticas, que em última instância devem ser tomadas democraticamente. Postula-se, assim, uma jurisdição constitucional branda, adequada para fomentar o processo decisório democrático e não para substituí-lo.

7.5. O exercício de uma jurisdição constitucional branda é viável mesmo no contexto de implementação de direitos sociais ou do fortalecimento das liberdades e dos direitos de proteção previstos na Constituição. Isso pode ser feito por meio de provimentos do Tribunal Constitucional que: i) façam um apelo ao legislador a fim de que adote as medidas legislativas necessárias para superar a situação de afronta à Constituição; ii) impeçam uma piora do quadro normativo vigente; iii) determinem aos órgãos competentes a adoção de medidas concretas e efetivas para a implementação dos direitos reconhecidos; iv) imponham, *per se*, determinações concretas e provisórias, destinadas a dar uma eficácia mínima e transitória ao direito constitucional discutido e reconhecido.

7.6. A função prudencial do Tribunal Constitucional, instrumentalizada com medidas fracas de jurisdição constitucional, representa o reconhecimento de um compromisso da jurisdição constitucional com a democracia, sem descuidar da tutela de direito, de modo que a sua atuação, em situações ordinárias, procure estimular o desenvolvimento do processo decisório democrático, promovendo um diálogo institucional com os outros Poderes e com a sociedade, em vez de ter a pretensão de dar a última palavra na fixação do conteúdo dos direitos.

8.1. A concretização da Constituição de 1988 demanda a intervenção legislativa, configurando para as instâncias políticas, em especial para o legislador, um dever constitucional de legislar, cujo descumprimento pode caracterizar a omissão legislativa inconstitucional. Na omissão legislativa inconstitucional, há o descumprimento de uma imposição constitucional permanente e concreta, a qual atribui, em favor do cidadão, um direito subjetivo à legislação.

8.2. A omissão legislativa inconstitucional é espécie de lacuna axiológica, porque diz respeito à conclusão de que o sistema jurídico não fornece a solução adequada para determinado caso, por falta de norma que considere certa propriedade (tida pela Constituição como relevante e necessária para uma solução jurídica própria).

8.3. A ideia de omissão legislativa inconstitucional não se associa ao conceito de lacuna normativa (ou de simples vazio normativo). Isso porque, a situação não é de ausência de solução normativa para um determinado caso genérico, mas de inexistência de uma solução normativa *adequada* (ou, precisamente, constitucionalmente necessária), para o exercício de um direito que, de certa forma, já foi reconhecido pela Constituição.

8.4. A ideia de omissão legislativa inconstitucional, como fenômeno associado à lacuna axiológica, denuncia a conclusão de que os métodos ordinários de interpretação (que buscam dar o melhor sentido aos textos normativos) não foram suficientes para oferecer uma resposta satisfatória a determinado caso. O fenômeno não retrata, pois, uma situação de imprecisão semântica dos textos jurídicos.

9.1. Para viabilizar o controle judicial das omissões legislativas inconstitucionais, a Constituição de 1988 instituiu a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão é ação de controle objetivo, concentrado e abstrato, de competência do Supremo Tribunal Federal, quando exercida em razão de omissão decorrente de lei federal ou estadual em face da Constituição Federal e que pode ser proposta pelos legitimados previstos no art. 103 da Constituição. O mandado de injunção é ação de controle subjetivo, concentrado e concreto, que se encarta entre os remédios constitucionais concedidos aos cidadãos para a proteção contra abusos do poder público, “sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (art. 5º, inciso LXXI, da Constituição).

9.2. O Supremo Tribunal Federal firmou, como orientação geral, que, declarada a omissão legislativa inconstitucional, seja em ação direta, seja em mandado de injunção, compete ao Tribunal dar ciência ao Poder competente para que a supra. Essa orientação geral tem sido afastada pela Corte em casos específicos, para instituir medidas mais incisivas tendentes a superar (ou, quando menos, mitigar) o estado de omissão inconstitucional.

9.3. A declaração de omissão legislativa inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal representa o reconhecimento de que exaurida está a tentativa de buscar uma solução normativamente adequada por meio de métodos hermenêuticos tradicionais. Dado o efeito vinculante da declaração de inconstitucionalidade, o reconhecimento da omissão legislativa inconstitucional cria uma situação jurídica que passa pela identificação de que há uma solução normativa que, embora insuficiente ou inadequada (por não levar uma propriedade relevante em consideração), existe e se impõe, enquanto não superado o problema da omissão. Significa dizer que, também no âmbito das omissões legislativas inconstitucionais, observa-se ser aplicável o entendimento acerca do efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal para a Administração Pública e o Judiciário, que têm o dever de conformarem-se ao preceito emanado da Corte.

9.4. Deve ser prestigiada a distinção entre atos comissivos e omissivos para fins de controle de constitucionalidade. Além de ser constitucionalmente necessária (em vista da previsão constitucional expressa para as duas situações), a distinção entre ação e omissão, no âmbito do controle de constitucionalidade, oferece contribuição para avaliar o grau e a qualidade de interferência da jurisdição constitucional no campo de atuação dos outros Poderes.

9.5. Lidar com as omissões legislativas inconstitucionais constitui um desafio comum do direito constitucional contemporâneo e da jurisdição constitucional em diversos países. Da experiência estrangeira (em especial a dos Tribunais Constitucionais de Portugal, Espanha e Itália), é possível observar que o controle de omissões legislativas configura um conceito relevante para delimitar fronteiras entre a atividade legislativa, a jurisdição constitucional e a jurisdicional ordinária e vem a preencher importantes funções no delicado sistema de controle de constitucionalidade, destacando-se a de: i) racionalizar a intervenção política do Judiciário e do Tribunal Constitucional; ii) reorientar a jurisdição constitucional para lidar com a tensão constitucionalismo-democracia, fomentando um debate institucional com o Legislador; e iii) orientar o juízo ordinário no julgamento do caso concreto em que se observa a aludida omissão. Esses aspectos oferecem subsídios para refletir sobre a jurisdição constitucional brasileira.

10.1. O mandado de injunção torna-se uma complexidade processual desnecessária se concebido apenas como (i) mero veículo de controle de constitucionalidade, ou como (ii) uma ação constitucional para tutela de direitos. No primeiro caso, porque não se verá razão para sobrecarregar a jurisdição constitucional

com mais uma ferramenta processual. No segundo caso, por levar à conclusão de que o direito constitucional pode ser satisfeito de uma maneira mais simples, com a democratização da jurisdição constitucional perante todos os órgãos da jurisdição.

10.2. O mandado de injunção tem natureza dúplici: de ação constitucional de defesa do cidadão e de instrumento para o exercício da jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal. Constitui, portanto, uma ação de controle de constitucionalidade concreto, concentrado e para defender situações subjetivas, conferindo ao cidadão legitimidade para provocar a jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal em razão de omissões legislativas inconstitucionais.

10.3. O mandado de injunção constitui a via processual adequada para permitir que o cidadão possa suscitar o controle de constitucionalidade por omissão. Incorreto pensar que as situações de omissão legislativa possam ser enfrentadas no bojo de ações ajuizadas perante a jurisdição ordinária por meio de técnicas de suprimento de lacunas normativas (analogia, costumes e princípios gerais do direito).

10.4. O controle as omissões legislativas inconstitucionais, por meio do mandado de injunção, é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal: i) o controle das omissões legislativas nacionais e federais deriva diretamente do disposto no art. 102, inciso I, letra 'q', da Constituição; ii) o das estaduais, municipais e distritais decorre do disposto no art. 102, *caput*, e demanda regulamentação legal.

10.5. Para ser factível e efetivo, o controle das omissões legislativas inconstitucionais a cargo do Supremo Tribunal Federal precisa manter diálogo próximo não só com o legislador, mas também com a jurisdição ordinária. No direito constitucional brasileiro, a articulação entre jurisdição constitucional e ordinária provém não apenas do efeito persuasivo que a sentença do Tribunal Constitucional deve exercer, mas também do efeito vinculante de seus pronunciamentos.

10.6. No julgamento de mandado de injunção, pode o Supremo Tribunal Federal enunciar fundamentos a serem observados para o suprimento da omissão legislativa inconstitucional, convidando os juízes ordinários a reportar-se a eles encontrar a regra correta no julgamento do caso concreto. Desse modo, embora haja monopólio de jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal para tratar das omissões legislativas, estaria o juiz ordinário autorizado a decidir lides que envolvessem omissões inconstitucionais da espécie quando houvesse orientação específica do Supremo

Tribunal Federal que servisse de guia para a decisão. Diversamente, naquelas situações em que não se identifique orientação por parte do Supremo Tribunal Federal, impõe-se a vedação de o juiz ordinário conhecer da questão da inconstitucionalidade por omissão, cabendo à parte prejudicada impetrar mandado de injunção.

10.7. Muitos são os desafios que surgem quando se admite o forte diálogo entre o Supremo Tribunal Federal, o legislador e a jurisdição ordinária, os quais devem ser enfrentados com criatividade. Para tanto, cabe ao Supremo Tribunal Federal valer-se dos métodos decisórios à disposição da jurisdição constitucional, “que permitem, ao mesmo tempo, colocar o legislador diante de suas responsabilidades e valorizar o papel dos juízes ordinários na difusão dos valores constitucionais” (FAVOREU: 2004, p. 87).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. Verbete “Iluminismo”. In: **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. (p. 534-537).

ACKERMAN, Bruce. **A nova separação de poderes**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. **Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales**. 5ª reimpressão. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2006.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. O Poder Legislativo na democracia contemporânea: a função de controle político dos parlamentos na democracia contemporânea. **Revista de Informação Legislativa**, v. 42, n. 168, p. 7-17, out./dez. de 2005. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/905>>. Acesso em: 24 mar. 2012

_____. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao Capítulo VI do Livro XI de O Espírito das Leis. **Revista dos Tribunais** (São Paulo), v. 868, p. 53-68, 2008.

_____; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Controle difuso da constitucionalidade. Efeitos concretos na sentença *erga omnes*. Análise em comparação com os efeitos da decisão proferida em ações diretas de inconstitucionalidade. In: GOZZOLI, Maria Clara et al. **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos**: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 397-405.

AMORIM NETO, Octavio. O Brasil, Lijphart e o modelo consensual de democracia. In: INÁCIO, Magna; RENNÓ, Lúcio (org.). **Legislativo brasileiro em perspectiva comparada**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009. p. 105-131.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito**: introdução e teoria geral (uma perspectiva luso-brasileira). 10ª Ed. Portugal (Coimbra): Almedina, 1999.

ATRIA, Fernando. Creación y Aplicación del Derecho: entre formalismo y escepticismo. In: ATRIA, Fernando; BULYGIN, Eugenio et al. **Lagunas en el derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2005b. p. 45-72.

_____. **El derecho y la contingencia de lo político**. DOXA, 26, 2004: p. 319-345.

_____. Réplica: entre jueces y activistas disfrazados de jueces. In: ATRIA, Fernando; BULYGIN, Eugenio et al. **Lagunas en el derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2005c. p. 159-184.

_____. Sobre las lagunas. In: ATRIA, Fernando; BULYGIN, Eugenio et al. **Lagunas en el derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2005a. p. 15-28.

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 17, janeiro/fevereiro/março, 2009a. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 4 de jun. 2011.

_____. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009b.

BACELAR, Ruy. **Mandado de Injunção**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BARBI, Celso Agrícola. Evolução do Contrôlo da Constitucionalidade das Leis (Revista de Direito Público, RDP 4/34, abr.jun/1968). In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. **Doutrinas Essenciais Direito Constitucional**. Vol. V (Defesa da Constituição). São Paulo: Ed. RT, 2011. p.87/101.

_____. Mandado de Injunção (Revista dos Tribunais, RT 637/7, nov./1988). In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. **Doutrinas Essenciais Direito Constitucional**. Vol. V (Defesa da Constituição). São Paulo: Ed. RT, 2011b. p. 593-602.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. In: **Temas de Direito Processual**: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980. P. 83-95.

_____. O Neoprivatismo no Processo Civil. In: **Temas de Direito Processual**: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007. p.87-101.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no _____. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 11 jun. 2011.

_____. Mandado de Injunção – o que foi sem nunca ter sido (Revista de Processo, REPRO 89/57, jan.mar./1998). In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. **Doutrinas Essenciais Direito Constitucional**. Vol. V (Defesa da Constituição). São Paulo: Ed. RT, 2011b. p. 689-695.

BAUM, Lawrence. **The Supreme Court**. 9th. Ed. USA: CQ-Press, 2007.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório. In: CRUZ e TUCCI, José Rogério; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). **Causa de pedir e pedido no processo civil**: questões polêmicas. São Paulo: RT, 2002.

BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch**: the Supreme Court at the bar of politics. 2nd ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. 3ª ed., Brasília, Ed. UnB, 1995, p. 15-17.

_____. **Teoria Geral da Política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. (organizado por Michelangelo Bovero). Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria Celeste C. J Santos. 9a ed. Brasília: Ed. UnB, 1997.

BUCCI, Maria Paula Dallari. As Políticas e o direito administrativo. **Revista trimestral de direito público**, São Paulo: Malheiros Editores, p. 134-144, 13/1996.

_____. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

BULYGIN, Eugenio. Creación y aplicación del derecho. In: ATRIA, Fernando; BULYGIN, Eugenio et al. **Lagunas en el derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2005b. p. 29-44.

_____. Introducción. In: ATRIA, Fernando; BULYGIN, Eugenio et al.. **Lagunas en el derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2005a. p. 11-14.

CANOTILHO, J. J. Gomes, VITAL MOREIRA. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Vol. I. São Paulo: RT, 2007.

_____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª ed. Portugal: Almedina, 1999.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6ª ed. Portugal: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2 ed. Trad.: Aroldo Plínio gonçalves. Porto Alegre: Fabris Editor, 1992 (Reimpresso 1999).

_____. Reflexões sobre a criatividade jurisprudencial no tempo presente. In: CAPPELLETTI, Mauro. **Processos, Ideologias e Sociedade**. Vol. I. Trad. Elicio de Cresci Sobrinho. Porto Alegre, SAFE, 2008.

CAPUSTIN, Mark. The Authority of Law in the Circumstances of Politics. In: **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**. Vol. XX, July 2007, p. 297-321.

CARA, Juan Carlos Gavara de. El control de las omisiones del poder público en materia de derechos fundamentales. **Revista de Derecho Político (UNED)**, n. 69, 2007, p. 95-130.

CARBONELL, Miguel. Desafios del nuevo constitucionalismo em América Latina. **Revista Precedente**, año 2010, 207-225. Cali (Colombia).

_____. Prólogo. In: GUASTINI, Riccardo. **Teoria e ideología de la interpretación constitucional**. 2ed. Madrid: Trotta/UNAM, 2010b.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 11ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

CARVALHO NETTO, Menelick. A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do direito? De Hans Kelsen a Ronald Dworkin. In: **Cadernos da Escola do Legislativo** (ALMG). Belo Horizonte, 3 (5): 27-71, jan/jul.1997.

_____. **A sanção no procedimento legislativo**. Belo Horizonte, 1992.

CASTANHEIRA NEVES. **O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica**. Portugal: Coimbra Editora, 2003.

CHAYES, Abram. **The role of the judge in Public Law Litigation**. Harvard Law Review, vol. 89, may 1976, Number 7.

CHEILUB, José Antonio; ELKINS, Zachary. A hibridização de formas constitucionais: a Constituição brasileira de 1988 em uma perspectiva histórica. In: INÁCIO, Magna; RENNÓ, Lúcio (org.). **Legislativo brasileiro em perspectiva comparada**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009. p. 55-75.

CHIARLONI, Sergio. Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione. **Revista de Processo**, vol. 152, p. 87 e ss., RT, São Paulo, out/2007. Disponível em: <www.revistadostribunais.com.br>, referência DTR\2007/660. Acesso em: 10 nov. 2011.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Volume I. Campinas: Bookseller, 2000.

CIPRIANI, Franco. El autoritarismo procesal (y las pruebas documentales). **Ius et Praxis**, ISSN 0717-2877, Vol. 13, N.º 2, 2007, Abeledo Perrot. Legal Publishing, Talca (Chile), p. 45-55.

COELHO, Inocêncio Mártires. Sobre a aplicabilidade da norma constitucional que instituiu o mandado de injunção. In: SARAIVA, Paulo Lopo (coordenador). **Antologia luso-brasileira de direito constitucional**. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 1992. p. 138-155.

CORTEZ, Luis Francisco Aguilar. **Limites ao controle judicial de políticas públicas**. 2010. No prelo.

COTTA, Maurizio. Verbete “Parlamento”. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Vol. 2. Trad.: Carmen C. Varriale et al. 12ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004. p. 877-888.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). **Canotilho e a constituição dirigente**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. 4ª Ed. Buenos Aires (Argentina) e Montevideo (Uruguai): B de f Ed., 2007.

DALLARI, Adilson Abreu. Poder constituinte estadual. **Revista de Informação Legislativa**, v. 26, n. 102, abr./jun. 1989, p. 201-206. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/181923>. Acesso em: 7 nov. 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Law and Political Morality**. Holbergprisens symposium 2007: Ronald Dworkin. 27 de novembro de 2007a. Auditorium 1, Dragefjellet, University of Bergen. Disponível em: < <http://www.holbergprisen.no/en/ronald-dworkin/holberg-prize-symposium - 007.html>>. Acesso em: 26 de mar.2011.

_____. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007b.

_____. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ELSTER, Jon. **Ulisses liberto**: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições. Trad. Cláudia Sant'Ana Martins. São Paulo: Ed. UNESP, 2009.

ELY, John Hart. **Democracy and Distrust**: a theory of judicial review. 14th printing. Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2002.

ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. **A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro**. Volume 1º. 3ª ed. (atualizada por Silva Pacheco). Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. **MARBURY v. MADISON**, 5 U.S. 137 (1803). Disponível em <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=5&invol=137>>. Acesso em: 11 mar. 2012.

FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1996.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Do Processo Legislativo**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009b.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**: de la antigüedad a nuestros días. Trad.: Manuel Martínez Meira. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

GERT, Bernard. The Definition of Morality. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy** (Summer 2011 Edition), Edward N. Zalta (ed.), forthcoming URL. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/sum2011/entries/morality-definition>>. Acesso em: 30 mar. 2011.

GOZZI, Gustavo. Verbete “Estrutura”. In: BOBBIO, Norberto et al. **Dicionário de Política**. Vol. 1. 12a. ed. Brasília: Ed. UnB, 2004. p. 446-449.

GRAU, Eros Roberto. Canotilho, Constituição dirigente e vinculação do legislador, 2ª edição: resenha de um prefácio. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). **Canotilho e a constituição dirigente**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. XIII-XXXI.

GRECO, Leonardo. Publicismo e Privatismo no Processo Civil. **Revista de Processo**, vol. 164, p. 29 e ss., RT, São Paulo, out/2008. Revista dos Tribunais on-line/Thompson Reuters. Disponível em: <www.revistadostribunais.com.br> referência DTR\2008\642. Acesso em: 10 nov. 2011.

GRIFFIN, Stephen M. A Era Marbury: o judicial review em uma democracia de direitos. In: BIGONHA, Antonio Carlos; MOREIRA, Luiz (org.). **Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 223-279.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: **O processo: estudos e pareceres**. São Paulo: Editora DPJ, p. 36-57, 2ª ed., 2009.

GUASTINI, Riccardo. **Teoria e ideología de la interpretación constitucional**. 2ª ed. Madrid: Trotta/UNAM, 2010.

HÄBERLE, Peter. Novos horizontes e desafios do constitucionalismo. **Revista de Direito do Estado**, n.º 6, abril/junho 2007: Renovar, Rio de Janeiro.

HAGE, Jorge. **Omissão inconstitucional e direito subjetivo**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **The Federalist Papers**. Kindle ebook. Disponível em: <www.amazon.com>. *A public domain edition*, 2011. Acesso em: 18 ago. 2012.

HART, H.L.A. **O conceito de direito**. trad. de Antônio de Oliveira Sette Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HORTA, Raul Machado. Unidade e dualidade da magistratura. **Revista de Informação Legislativa**, V.24, N.º 96, P. 179-188, Out./Dez. De 1987. Disponível Em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/181814>>. Acesso em: 29 jan. 2012.

_____. O Estado-Membro na Constituição Federal Brasileira. In: SARAIVA, Paulo Lopo (coordenador). **Antologia luso-brasileira de direito constitucional**. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 1992. p. 333-355.

HÜBNER MENDES, Conrado. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

INÁCIO, Magna. Mudança procedimental, oposições e obstrução na Câmara dos Deputados. In: INÁCIO, Magna; RENNÓ, Lúcio (org.). **Legislativo brasileiro em perspectiva comparada**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009. p. 353-379.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. 2ª ed. Trad. António Ulisses Cortês. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2007.

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. Mandado de Injunção como poder atribuição. In: VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima; MENDES; Gilmar Ferreira (org.). **O Mandado de Injunção e sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 300-331. No prelo.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Teoria Pura do Direito** (trad. da 2ª ed. alemã, de 1960). 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. Jurisdição Constitucional. In: **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 121-186.

_____. Quem deve ser o guardião da Constituição?. In: **Jurisdição Constitucional**. São Paulo, Martins Fontes, 2003b. p. 237-298.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ª ed. Trad. de José Lamago. Portugal (Lisboa): Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, Roger Stiefelmann. Convergência dos sistemas de controle de constitucionalidade (Revista de Direito Constitucional e Internacional, RDCI 57/62, out.dez/2006). In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. **Doutrinas Essenciais Direito Constitucional**. Vol. V (Defesa da Constituição). São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 493-514.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Do arbítrio à razão: reflexões sobre a motivação da sentença. **Revista de Processo**, vol. 79, p. 79 e ss., RT, São Paulo, janeiro de 1983. Revista dos Tribunais on-line/Thompson Reuters –Disponível em: <www.revistadotribunais.com.br>, referência DTR\1983\13, p. 2. Acesso em: 10 nov. 2011.

LIMONGI, Fernando; FIGUEIREDO, Argelina. Poder de agenda e políticas substantivas. In: INÁCIO, Magna; RENNÓ, Lúcio (org.). **Legislativo brasileiro em perspectiva comparada**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009. p. 77-104.

LUHMANN, Niklas. **A Constituição como aquisição evolutiva**. Trad. de Menelick de Carvalho Netto, Giancarlo Corsi e Raffaele De Giorgi. Notas de rodapé traduzidas da versão em italiano por Paulo Sávio Peixoto Maia. Brasília, 2006, mimeo.

MACCORMICK, Neil. Concluding for Institutionalism. In: Del Mar, M. and Bankowski, Z. (eds). **Law as Institutional Normative Order**. (Ashgate), 2009b.

_____. **H.L. Hart**. Trad. Cláudia Santana Martins. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

_____. **Institutions of Law: an essay in legal theory**. Oxford University Press, 2009.

_____. Law as institutional fact. In: MacCormick, Neil. **An Institutional theory of law**. Reidel Publishing Company, Dordrecht, Holland, 1992.

_____. **On Institutions of Law: introductory remarks**. November 2008. For use at Oxford Seminar December 8 2008.

_____. **Retórica e o Estado de Direito**. Trad.: Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____. **Symposium - Institutional Normative Order**: a conception of law. 82 Cornell Law Review 1051. July, 1997. p. 1062-1067.

_____.; BANKOWSKI, Zenon. Speech acts, legal institutions, and real laws. In: **The legal mind, essays for Tony Honoré**. Oxford University Press, 1986.

_____.; WEINBERGER, Ota. Introduction. In: MacCormick, Neil. **An Institutional theory of law**. Reidel Publishing Company, Dordrecht, Holland, 1992.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de Injunção: um instrumento de efetividade da Constituição**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 13.ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Mandado de Injunção e Inconstitucionalidade por omissão (Revista de Direito Público, RDP 89/43, jan.mar./1989). In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. **Doutrinas Essenciais Direito Constitucional**. Vol. V (Defesa da Constituição). São Paulo: Ed. RT, 2011b. p. 787-807.

MADISON, James. Número LI: Desenvolvimento do tema na mesma perspectiva e conclusão. In: **Os artigos federalistas**. Edição integral. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MANERO, Juan Ruiz. Algunas concepciones del derecho y sus lagunas. In: ATRIA, Fernando; BULYGIN, Eugenio et al. **Lagunas en el derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 103-126.

MARQUES, José Frederico. **Ensaio sobre a jurisdição voluntária**. Campinas (SP): Millenium Ed., 2000.

MAUS, Ingeborg. Separação dos poderes e função judiciária: uma perspectiva teórico-democrática. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (org.). **Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 17-63.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MELLO, Rogério Licastro Torres de. Ponderações sobre a motivação das decisões judiciais. **Revista de Processo**, vol. 111, p. 273, Jul / 2003. Revista dos Tribunais online/Thompson Reuters. Disponível em: <www.revistadostribunais.com.br>, referência DTR\2003\786. Acesso em: 10 nov. 2011.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDONÇA, Luís Correia de. O pensamento de Franco Cipriani sobre a Justiça Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 172, p. 55 e ss., jun / 2009. Revista dos Tribunais online/Thompson Reuters. Disponível em: <www.revistadostribunais.com.br>, referência DTR\2009\340. Acesso em: 10 nov. 2011.

MICHELON, Claudio. **MacCormick's Institutionalism between Theoretical and Practical Reason**. University of Edinburgh, School of Law, 2010. Working Paper Series n.º 2010/12. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1585894>>. Acesso em: 20 mar. 2011.

MIGUEL, Alfonso Ruiz. Constitucionalismo y Democracia, Isonomía: **Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, n.º 21, octubre 2004, p. 51-84. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/fundacion/>>. Acesso em: 22 set. 2012.

MONTERO AROCA, Juan. El proceso civil llamado 'social' como instrumento de 'justicia' autoritária. In: MONTERO AROCA, Juan et. al. **Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos**. Valencia (Espanha): Tirant lo Blanc, 2006.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Vol. I. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAIS, Carlos Blanco de. As sentenças com efeitos aditivos. In: MORAIS, Carlos Blanco de (org). **As sentenças intermédias da justiça constitucional: estudos luso-brasileiros de direito público**. Lisboa: AAFDL, 2009. p. 13-116.

_____. **Justiça Constitucional. Tomo I. Garantia da Constituição e controle da constitucionalidade**. 2ª ed. Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 2006.

_____. Direitos sociais e controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro: activismo judicial momentâneo ou um novo paradigma? **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 211-243, out./dez. 2011.

MORESO, José Juan. A brilliant disguise: entre fuentes y lagunas. In: ATRIA, Fernando; BULYGIN, Eugenio et al. **Lagunas en el derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2005. P. 185-203.

MORGENSTERN, Scott; NEGRI, Juan. Metas e desafios do estudo comparativo de Legislativos. In: INÁCIO, Magna; RENNÓ, Lúcio (org.). **Legislativo brasileiro em perspectiva comparada**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009. p. 33-51.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 14.

NINO, Carlos Santiago. **Fundamentos de derecho constitucional**. Buenos Aires: Astrea, 2005.

NOTÍCIAS STF. **STF admite fixar aviso prévio proporcional ao tempo de serviço**. Quarta-feira, 22 de junho de 2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=182667>>. Acesso em: 18 de ago. 2012.

NUNES, Jorge Amaury. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Mandado de Injunção e *Amicus Curiae*. In: VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima; MENDES; Gilmar Ferreira (org.). **O Mandado de Injunção e sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013 (no prelo). p. 504-541.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JR., Fredie. **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8ª ed. Salvador (BA): Juspodium, 2010. p. 149-170.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Mandado de Injunção**: da inconstitucionalidade por omissão, enfoques trabalhistas, jurisprudência. 2ª ed. São Paulo: RT, 2004.

OLIVEIRA, Régis Fernandes. O papel do Juiz e do Poder Judiciário na sociedade moderna. **Revista dos Tribunais**, vol. 824, p. 61 e ss., jun. 2004.

PAGÉS, Juan Luis Requejo. Los problemas de la omisión legislativa en la jurisprudencia constitucional: Ponencia del Tribunal Constitucional de España (Relatório). In: **XIV Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos**. Vilna (Lituânia), mayo 2008. Disponível em: http://www.confcoconsteu.org/reports/rep-xiv/report_Spain_sp.pdf. Acesso em: 13 out. 2012.

PEREIRA, Carlos; POWER, Timothy J.; RAILE, Eric D. Presidencialismo de coalizão e recompensas paralelas: explicando o escândalo do mensalão. In: INÁCIO, Magna; RENNÓ, Lúcio (org.). **Legislativo brasileiro em perspectiva comparada**. Belo Horizonte:

PEYRANO, Jorge W. **Sobre el activismo judicial**. Disponível em: <<http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com/2008/02/sobre-el-activismo-judicial-peyrano.html>>. Acesso em: 4 de jun. 2011.

PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Portugal: Coimbra Editora, 1989.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. **A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do Estado legislador**. São Paulo: Saraiva, 2007.

QUINTAS, Fábio Lima; GOMES, Luciano Corrêa. A jurisdição do Superior Tribunal de Justiça sobre os Juizados Especiais Cíveis: antecedentes, perspectivas e o controle por meio da reclamação. **Revista de Processo** 196, p. 433-460, 2011.

_____. **A nova dogmática do Recurso Extraordinário**: o advento da repercussão geral e o ocaso do prequestionamento. *Direito Público* (Porto Alegre), v.22, p.7 - 23, 2008.

_____. **Direito e Economia**: o poder normativo da Administração Pública na gestão da política econômica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

_____. **A efetividade do Mandado de Injunção**: retrospecto e perspectivas. *Direito Público* (Porto Alegre, ed. Síntese), Ano V, n. 20, mar-abr 2008, p. 82-102.

_____. Legitimidade para julgar mandado de injunção: comentários à jurisprudência do STF, em face do julgamento dos MI 670, 708 e 712. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; VALE, André Rufino do. **A Jurisprudência do STF nos 20 anos da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 34-41.

_____. Por que regulamentar o Mandado de Injunção?. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, Ed. Consulex., v. 14, 2010b, p. 26-27.

_____. Em torno do julgamento da Reclamação 4.335/STF: ainda faz sentido a distinção entre os efeitos do controle difuso e concentrado de constitucionalidade nos julgamentos do STF? **Observatório da Jurisdição Constitucional**. v. 4, 2010/2011. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/428/276>>. Acesso em: 20 maio 2012.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Controle de Constitucionalidade no Brasil**: perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. O controle de constitucionalidade. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. **Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ ed., 2005. p. 205-216.

RAMOS, Glauco Gumerato. **Ativismo e garantismo no processo civil**: apresentação do debate. MPMG Jurídico, Minas Gerais, n. 18, p. 8 e ss., out/dez de 2009.

REHNQUIST, William. **The Supreme Court**: how it was, how it is. William Morrow & Co (P) (December 1988).

RINTELEN, Fritz-Joachim v. Filosofia dos valores. HEINEMANN, Fritz. **A filosofia no século XX**. Trad. Alexandre F. Morujão. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008

ROSA, André Vicente Pires. **Las omisiones legislativas y su control constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito**: a perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão. São Paulo: RT, 2005.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Vol. I. Trad. de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

SALLES, Carlos Alberto de. Políticas Públicas e a Legitimidade para defesa de interesses difusos e coletivos. **Revista de Processo** 121, ano 30, n. 121, p. 38-50, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, março de 2005.

SÁNCHEZ ALFARO OCAMPO, María Alejandra Noemí. **Garantismo y Activismo: Actualidad**. elDial.com - DC149B, Buenos Aires, publicado em 25/10/2010. Disponível em <<http://www.eldial.com.ar/nuevo/tcd->

[detalle.asp?id=5317&id_publicar=11558&fecha_publicar=25/10/2010&camara=Doctrina&base=50](#)>. Acesso em: 4 jun. 2011.

SARTORI, Giovanni. **Engenharia constitucional**: como mudam as constituições. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Ed. UnB, 1996.

SCHMITT, Carl. A situação intelectual do sistema parlamentar atual (1926). In: SCHMITT, Carl. **A crise da democracia parlamentar**. trad.: Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996.

_____. **O Guardião da Constituição**. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SEARLE, John R. **¿Qué es una institución?**. UNED. Revista de Derecho Politico, núm. 66, 2006, p. 89-120 (trad. de Luis M. González de la Garza).

SEGADO, Francisco Fernández. El recurso de amparo en España como via de generación conflictual entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional. In: SEGADO, Francisco Fernández. **La Justicia Constitucional**: una visión de derecho comparado. Tomo I (Los sistemas de Justicia Constitucional, las ‘dissentig opinions’ el control de las omisiones legislativas, el control de ‘comunitariedad’). Madrid: Dykinson-Constitucional, 2009a.

SEGADO, Francisco Fernández. **La Justicia Constitucional**: una visión de derecho comparado. Tomo I (Los sistemas de Justicia Constitucional, las ‘dissentig opinions’ el control de las omisiones legislativas, el control de ‘comunitariedad’). Madrid: Dykinson-Constitucional, 2009a.

_____. El control de las omisiones legislativas por el Bundesverfassungsgericht. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**, n. 10, julio-diciembre 2008.

SHERWOOD, Robert E. **Roosevelt e Hopkins**: uma história da Segunda Guerra Mundial. trad.: Heitor Herrera e Heitor Aquino Ferreira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira; Brasília: Ed. Universidade de Brasília; Rio de Janeiro: Faculdade da Cidade, 1998.

SHE SOL, Jeff. **Supreme Power**: Franklin Roosevelt vs. The Supreme Court. New York: W.W. Norton & Company, 2011.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Vinte anos da Comissão de Veneza: a cooperação judiciária na experiência europeia de democracia através do direito**. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília, IDP, ano 4, 2010/2011. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/457/297>>. Acesso em: 13 out.2012.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Comentário contextual à Constituição**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Mandado de Injunção e Habeas Data**. São Paulo: RT, 1989.

SOBOTA, Katharina. Don't Mention the Norm!. In: **International Journal for the Semiotics of Law**, IV/10, 1991, p. 45-60. Tradução de João Maurício Adeodato, publicada no Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito do Recife, n.º 7. Recife: ed. UFPE, 1996, p. 273

SOTELO, José Luis Vázquez. Iniciativas probatórias del juez en el proceso civil. **Revista de Processo - REPRO**, São Paulo, vol. 177, p. 93 e ss., nov / 2009. Revista dos Tribunais on-line/Thompson Reuters. Disponível em: <www.revistadostribunais.com.br>, referência DTR\2009\645. Acesso em: 25 nov. 2011.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como poder**: uma nova teoria da divisão dos poderes. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de. Teoria da Constituição, democracia e igualdade. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=852>. Acesso em: 4 jun. 2011.

STERN, Jacques. Introduccion. In: Thibaut y Savigny. **La Codificacion: una controversia programática basada en sus obras**. Madrid (España): Aguilar, 1970.

TADROS, Victor. Institutions and Aims. In: Del Mar, M. and Bankowski, Z. (eds), **Law as Institutional Normative Order** (Ashgate), 2009.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS. **A Omissão Legislativa na Jurisprudência Constitucional**: Relatório Português para o XIV Congresso da Conferência dos Tribunais. Vilna (Lituânia): maio 2008. Disponível em: <http://www.confcoconsteu.org/reports/rep-xiv/report_Portuguese%20_po.pdf>. Acesso em: 15 out. 2012.

TROPER, Michel. **La Máquina y la Norma. Dos modelos de Constitución**. Doxa, 22, 1999, p. 331-347.

TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights**: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law. New Jersey: Princeton University Press, 2008.

VALE, André Rufino do. **Estrutura das normas de direitos fundamentais**: repensando a distinção entre regras, princípios e valores. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Mandado de Injunção: comentários ao projeto de regulamentação. In: VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima; MENDES; Gilmar Ferreira (org.). **O Mandado de Injunção e sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013 (no prelo). p. 161-228.

VÁZQUEZ, Sonia García. **La controvertida reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional**. 2ª ed. Santiago de Compostela: Andavira editora, 2009.

VEGA, Augusto Martín de la. **La sentencia constitucional en Italia**. Madrid (España): Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.

VIEIRA, José Ribas. **Verso e Reverso**: a judicialização da política e o ativismo judicial no Brasil. Estação Científica (Ed. Especial Direito) Juiz de Fora, V. 1, n. 4, outubro e novembro/2009. Disponível em:<<http://portal.estacio.br/media/2654368/artigo%203%20revisado.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2012.

VILE, Maurice J. C. **Constitucionalismo y separación de poderes**. Traducción al español de la segunda edición: Xohana Bastida Calvo. Madrid (España): Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

WALDRON, Jeremy. **Justice in Robes**: integrity and the rule of law. Holbergprisens symposium 2007: Ronald Dworkin. 27 de novembro de 2007. Auditorium 1, Dragefjellet, University of Bergen. Disponível em: <<http://video.google.com/videoplay?docid=-5689475031269219392#>>. Acesso em: 27 mar. 2011.

_____. **Law and disagreement**. Oxford: Clarendon Press, 2004.

_____. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. A essência da oposição ao judicial review. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (org.). **Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Tradução: Adauto Villela e Geraldo de Carvalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 93-157.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política**. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

_____. **Estado Constitucional**. trad.: José Levi Mello do Amaral Júnior. São Paulo: mimeo, 2011 [Texto original: ZAGREBELSKY, Gustavo. Stato costituzionale in Intorno alla legge. Turim: Einaudi, 2009, p. 117-146].

ZANETI JR., Hermes. A teoria da separação de Poderes e o Estado democrático constitucional. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, v. 18, n. 70, p. 49/ 81, abr./jun. 2010. Disponível em:<<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/33613>>. Acesso em: 1º out. 2010.

PRECEDENTES JUDICIAIS E OUTROS DOCUMENTOS OFICIAIS

BRASIL. Congresso Nacional. Anais da Assembleia Nacional Constituinte (ata das comissões). Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. Subcomissão dos Direitos políticos e garantias individuais Ata da 26ª Reunião (votação do anteprojeto), realizada em 23 de maio de 1987.

_____. Congresso Nacional. Diário da Assembléia Nacional Constituinte (Suplemento “B”). Ata da reunião de instalação da comissão de redação, de 20 de abril de 1988.

_____. Seção Judiciária do Distrito Federal (Justiça Federal), 6ª Vara Federal, decisão liminar proferida pela Juíza Titular Ivani Silva da Luz, em 8 de fevereiro de 2012, nos autos do Mandado de Segurança n.º 0006965-91.2012.4.01.3400.

_____. Superior Tribunal de Justiça, 2ª Seção, REsp 1.070.896, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 14/4/2010, DJ 4/8/2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça, REsp 700.206/MG, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, julgado em 9/3/2010, DJe 19/3/2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça, REsp 707.849/PR, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, julgado em 6/3/2008, DJe 26/3/2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, REsp 1188091/MG, Rel. Mina. Nancy Andrichi, DJe 6/5/2011

_____. Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial, RMS 17.524/BA, Relª. Minª. Nancy Andrichi, j. 2/8/2006, DJ 11/9/2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 953130/RS, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, DJe 26/03/2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 967693/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, 2ª Turma, DJ 18/09/2007.

_____. Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, AI 189.601 AgR, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 26/8/1997, DJ 3/10/1997.

_____. Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, HC 68.202, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 15/3/1991.

_____. Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, RE 179.170, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 30/10/1998.

_____. Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, RE 240.096, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 21/5/1999.

_____. Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, RE 240.096, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 21/5/1999.

_____. Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, RE 240.096, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 21/5/1999.

_____. Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, RE 435.256, Rel. Min. Marco Aurélio, DJE de 21/8/2009.

_____. Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, RE 540.995, Rel. Min. Menezes Direito, DJE de 2/5/2008.

_____. Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, AgRg no RE 271.286/RS, Rel. Min. Celso de Mello, j. 12/9/2000, DJ 24/11/2000.

_____. Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, HC 83.073, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ de 20/2/2004.

_____. Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, RE 16784, Rel. Min. Edgard Costa, DJ 9/8/1951.

_____. Supremo Tribunal Federal, AgRg no RE 271.286/RS, Rel. Min. Celso de Mello. j. 12/9/2000.

_____. Supremo Tribunal Federal, decisão monocrática de 19 de dezembro de 2011, MI 4.408, Rel. Min. Dias Toffoli, DJE de 2/2/2012.

_____. Supremo Tribunal Federal, decisão monocrática, MI 659/MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 14/12/2001, DJ 4/2/2002.

_____. Supremo Tribunal Federal, Secretaria de Documentação – SDO (Coordenadoria de Jurisprudência Comparada e Divulgação de Julgados – CJCD), Informativo STF n.º 611, Brasília, 29 de novembro a 3 de dezembro de 2010. _____. Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, RE 179.170, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 30/10/1998.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADI 135, Rel. Min. Octavio Gallotti, julgado em 21/11/1996, DJ 15-08-1997.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADI 3367, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 13/4/2005, DJ 17-03-2006.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, AgRg na Rcl 1.880, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 7/11/2002, DJ 19/3/2004.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, HC 82.959, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 23/2/2006, DJ 1/9/2006.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, MI 195 MC-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 9/8/1990, DJ 31/8/1990.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, MI 232, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 2/8/1991, DJ 27/3/1992.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, MI 283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 20/3/1991, DJ 14/11/1991.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, MI 284, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 22/11/1991, DJ 26/6/1992.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, STF, RE 571572 ED, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 26/8/2009, DJe 27/11/2009).

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, MS 23.785 AgR-QO, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 5/9/2002, DJ 27/10/2006.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, Rcl 1.897 AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 18/08/2010, DJe 1/2/2011.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, Rcl 2.460 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 10/03/2004, DJ 06/08/2004.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, Rcl 434, Rel. Min. Francisco Rezek, julgado em 10/12/1993, DJ 9/12/1994.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, Rcl 600, Rel. Min. Néri da Silveira, julgado em 3/09/1997, DJ 5/12/2003.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, RE 405.579, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 1º/12/2010 (acórdão pendente de publicação).

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, Reclamação nº 4.335, Rel. Min. Gilmar Mendes (julgamento ainda não concluído).

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, MI 20, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 19/05/1994, DJ 22/11/1996.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, MI 107 QO, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 23/11/1989, DJ 21/9/1990.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, MI 168, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 21/03/1990, DJ 20/4/1990.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, RE 135328, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 29/6/1994, DJ 20/4/2001.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, Súmula Vinculante nº 10, aprovada em 18/06/2008, DJ 27/6/2008.

_____. Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, RE 168.501, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 28/9/1993, DJ 3/12/1993.

_____. Supremo Tribunal Federal, decisão monocrática, RCL 5.442-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 31/8/2007, DJ de 6/9/2007.

_____. Supremo Tribunal Federal, decisão monocrática, RCL 8.662, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 31/8/2009, DJ-e de 13/10/2009.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADI 1.594, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 4/6/2008, Plenário, DJE de 22/8/2008.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, MI 361, Rel. Min. Néri da Silveira, Rel. p/ Acórdão Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 8/4/1994, DJ 17/6/1994.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, MI 144, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 3/8/1992, DJ 28/5/1993.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, MI 188, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 11/6/1990, DJ 22/2/1991.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, MI 1.231 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 16/11/2011, DJe 1/12/2011.

_____. Supremo Tribunal Federal, MI 73, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 7/10/1994, DJ 19/12/1994.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADC 1, Rel. Min. Moreira Alves, j. 1º/12/1993, DJ 16/6/1995.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADC-QO 1, Rel. Min. Moreira Alves, j. 27/10/1993, DJ 16/6/1995.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADI 1387 MC, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 6/3/1996, DJ 29/3/1996.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADI 1442, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 03/11/2004, DJ 29/4/2005.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADI 1458 MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 23/5/1996, DJ 20/9/1996.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADI 1996, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 16/6/1999, DJ 28/2/2003.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADI 3.682, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 9/5/2007, Plenário, DJ 6/9/2007.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADI 4, Rel. Min. Sydney Sanches, julgado em 7/3/1991, DJ 25/6/1993.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADI 875, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 24/2/2010, DJ 30/4/2010.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADIn-MC 1.458-7, Rel. Min. Celso de Mello, julgada em 23/5/1996, DJ 20/9/1996.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 5/5/2011, DJ 14/10/2011.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, MI 152 AgR, Rel. Min. Celio Borja, julgado em 21/3/1990, DJ 20/4/1990.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, MI 20, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 19/5/1994, DJ 22/11/1996.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, MI 232, Rel. Min. Moreira Alves, j. 2/8/91, DJ27/3/92.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, MI 283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 20/3/91, DJ 14/11/91.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, MI 284, Rel. Min. Celso de Mello, j. julgado em 22/11/1992, DJ 26-06-1992.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, MI 323, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 8/4/1994, DJ 9/12/1994.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, MI 447, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 5/5/1994, DJ 1/7/1994.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, MI 543, Rel. Min. Octavio Galotti, Rel. p/ acórdão Min. Nelson Jobim, julgado em 26/10/2000, DJ 24/5/2002.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, MI 563, Rel. p/ acórdão Min. Ellen Gracie, julgado em 20/2/2003, DJ 20/6/2003.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, MI 58, Rel. Min. Carlos Velloso, Rel. p/ acórdão Min. Celso de Mello, julgado em 14/12/1990, DJ 19/4/1991.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, MI 670, Rel. p/ acórdão Min.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, MI 708, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007, DJ-e 31/10/2008.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, MI 712, Rel. Min. Eros Grau, j. 25/10/2007, DJ 30/10/2008.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, MI 721, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 30/08/2007, DJ 30/11/2007.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, MI 758, MI 758, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 1/7/2008, DJ 26/9/2008.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, MS n.º 22.307, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 19/2/1997, DJ 13/7/1997.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, RCL 2.363, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 23/10/2003, DJ 1/4/2005.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, RCL 2.475 AgRg, Rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio, j. 2/8/2007, DJ 1/2/2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. MI 2.152 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 23/11/2011, DJe 6/12/2011

_____. Supremo Tribunal Federal, decisão monocrática, RMI 902, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 30/1/2009.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, Pet 1.738-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 1º/9/1999, Plenário, DJ de 1º/10/1999

_____. Supremo Tribunal Federal, decisão monocrática, ARE 678.410, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal, decisão monocrática, MI 642/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 14/8/2001.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADI 1.886-AgR, Rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 8/10/1998, DJ 17/12/1999.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADPF 1-QO, Rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 3/2/2000, DJ 7/11/2003.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADI 2.868, Rel. Min. Carlos Britto, Rel. p/ acórdão Min. Joaquim Barbosa, julgado em 2/6/2004, DJ 12/11/2004.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADI 2.495, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 2/5/2002, DJ 2/8/2002.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, MI 584, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 29/11/2001, DJ 22/2/2002.

_____. Supremo Tribunal Federal. Informativo STF n.º 692, Brasília, janeiro de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Informativo STF n.º 691, Brasília, dezembro de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Informativo STF n.º 661, Brasília, abril de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Informativo STF n.º 663, Brasília, abril de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Informativo STF n.º 653, fevereiro de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Informativo STF n.º 654, fevereiro de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Informativo STF n.º 655, fevereiro de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Informativo STF n.º 656, fevereiro de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Informativo STF n.º 482, outubro de 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Informativo STF n.º 544, maio de 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, MS 26.441, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 25/4/2007, DJ 18/12/2009.

_____. Supremo Tribunal Federal, decisão monocrática, MS 31.816, Rel. Min. Luiz Fux, proferida em 17/12/2012, DJ 19/12/2012.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADI 3.510, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, julgado em 29/5/2008, DJ 28/5/2010.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, AP 470, ata de julgamento de 17 de dezembro de 2012 (pendente de publicação).

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADPF 130, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, julgado em 30/4/2009, DJ 5/11/2009.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADPF-MC 167, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 1º/10/2009. DJ 26/2/2010.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADI-MC 4.048, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 14/5/2008. DJ 22/8/2008.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADPF-QO 54, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 27/4/2005, DJ 31/8/2007.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 8ª Câmara, Apelação Cível nº 231.136-5/9-00, Rel. Des. Toledo Silva, julgado em 3/12/2003.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação e Reexame Necessário n.º 70011097920, Comarca de Porto Alegre, Rel. Des. Luiz Felipe Silveira Difini, 1ª Câmara Cível, j. em 31/8/2005.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 3ª Turma, AC 2002.04.01.000610-0, Rela. Marga Inge Barth Tessler, DJ 4/6/2003.

ESPAÑA. Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, modificada por las Leys Orgánicas 8/1984, de 26 de diciembre; 4/1985, de 7 de junio; 6/1988, de 9 de junio; 7/1999, de 21 de abril; 1/2000, de 7 de enero; y 6/2007, de 24 de mayo).

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. 2ª Seção (Plenário). Processo n.º 489/94. Acórdão n.º 474/2002. Lisboa, 19 de novembro de 2002. Relator Bravo Serra.