
EFICÁCIA E APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

George Salomão Leite

EDIÇÕES DO
SENADO FEDERAL

275

SENADO FEDERAL



Além de suas já consagradas obras de valor histórico, econômico, político, social e cultural, atendendo à sua missão institucional de abranger os mais variados temas de interesse público, o Conselho Editorial do Senado Federal publica a presente obra de caráter jurídico.

Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais resgata conteúdos há muito debatidos na Câmara Alta. Ao atualizá-los segundo a doutrina jurídica, presta grande serviço à academia, especialmente neste momento crucial da vida institucional do País, no qual tanto se discute ativismo judicial e suas implicações na conturbada relação entre os poderes.

É a primeira de uma série de obras do gênero publicadas pelo Cedit em 2020. Brevemente serão apresentadas ao público leitor *Imunidades Parlamentares*, de Pedro Aleixo; e *O Que é Justiça*, de Roberto A. R. de Aguiar. Essas obras, bem como outras que abordam temas fundamentais da cultura brasileira, podem ser adquiridas pelo site da livraria do Senado Federal <<https://livraria.senado.leg.br>>, bem como nas inúmeras feiras e bienais do livro que contam com a participação do Conselho Editorial.

A produção legislativa levada a cabo nos últimos anos pelo Congresso Nacional e pelo Presidente da República é tal modo expressiva, que vem, gradativamente, aumentando a possibilidade de apreciação, pelo Judiciário, de demandas decorrentes de um renovado arcabouço legislativo. Isso certamente fará ampliar a produção normativa do Judiciário, chamado que será a dirimir conflitos intersubjetivos decorrentes da atividade legiferante. Ademais, não se pode perder de vista que o Judiciário pode ser provocado a atuar em sede de jurisdição constitucional em decorrência do questionamento – por quem detém legitimidade para tanto – acerca da constitucionalidade dessas medidas legislativas.

Portanto, urge cautela em dissociar o que deve ser considerado questão *interna corporis*, imune à fiscalização jurisdicional por se situar no campo exclusivamente político, de outros temas que escapam ao âmbito interno e que, assim, podem se constituir em objeto de controle – de constitucionalidade ou de legalidade – pelo Judiciário. Ademais, não se pode desconsiderar que a Corte Constitucional, no exercício do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, atua como legisladora negativa ao estabelecer uma norma geral com sinal negativo.

George Salomão Leite

EFICÁCIA E APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Mesa Diretora

Biênio 2019–2020

Senador Davi Alcolumbre
Presidente

Senador Antonio Anastasia
1º Vice-Presidente

Senador Lasier Martins
2º Vice-Presidente

Senador Sérgio Petecão
1º Secretário

Senador Eduardo Gomes
2º Secretário

Senador Flávio Bolsonaro
3º Secretário

Senador Luis Carlos Heinze
4º Secretário

Suplentes de Secretário

Senador Marcos do Val

Senador Jaques Wagner

Senador Weverton

Senadora Leila Barros

Conselho Editorial

Senador Randolfe Rodrigues
Presidente

Esther Bemerguy de Albuquerque
Vice-Presidente

Conselheiros

Alcinéa Cavalcante
Aldrin Moura de Figueiredo
Ana Luísa Escorel de Moraes
Ana Maria Martins Machado
Carlos Ricardo Cachiollo
Cid de Queiroz Benjamin
Cristovam Ricardo Cavalcanti Buarque
Eduardo Rômulo Bueno
Elisa Lucinda dos Campos Gomes
Fabrício Ferrão Araújo

Heloísa Maria Murgel Starling
Ilana Feldman Marzochi
Ilana Trombka
João Batista Gomes Filho
Ladislau Dowbor
Márcia Abrahão de Moura
Rita Gomes do Nascimento
Vanderlei dos Santos Catalão
Toni Carlos Pereira

George Salomão Leite

EFICÁCIA E APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Brasília – 2020

EDIÇÕES DO
SENADO FEDERAL
Vol. 275

O Conselho Editorial do Senado Federal, criado pela Mesa Diretora em 31 de janeiro de 1997, buscará editar, sempre, obras de valor histórico e cultural e de importância para a compreensão da história política, econômica e social do Brasil e reflexão sobre os destinos do país e também obras da história mundial.

Organização e Revisão: Cristiano Ferreira, SEGRAF, Wilson Roberto Theodoro e Leonardo Souza de Oliveira
Editoração eletrônica: SEGRAF
Ilustração de capa: SEGRAF

Projeto gráfico: Serviço de Formatação e Programação Visual do Senado Federal (Sefpro)
© Senado Federal, 2020
Congresso Nacional
Praça dos Três Poderes s/nº
– CEP 70165-900 – DF

cedit@senado.gov.br
<http://www.senado.gov.br/web/conselho/conselho.htm>
Todos os direitos reservados

ISBN: 978-65-5676-006-3

.....

Leite, George Salomão.

Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais / George Salomão Leite. -- Brasília : Senado Federal, Conselho Editorial, 2020.

160 p. -- (Edições do Senado Federal ; v. 275)

1. Norma constitucional. 2. Aplicabilidade das normas constitucionais. 3. Ativismo judicial. 4. Interpretação da constituição. 5. Norma constitucional, classificação, direito comparado. 6. Brasil. Constituição (1988). I. Título. II. Série.

CDDir 341.2481

.....

A José Afonso da Silva e Paulo Bonavides, ícones do constitucionalismo brasileiro e ferrenhos defensores da democracia, dos direitos fundamentais e da efetividade constitucional.

.

SUMÁRIO

Apresentação	11
Prefácio	15
CAPÍTULO I	
CONCEITOS OPERACIONAIS	18
1. Considerações iniciais	18
2. Validade da norma jurídica	19
3. Vigência	22
4. Eficácia	22
5. Integração normativa	23
CAPÍTULO II	
DA CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS	25
1. Propostas classificatórias	25
Seção I - Direito Comparado	26
1.1 Direito norte-americano	26
2.2 Direito italiano	30
Seção II - Direito Positivo Brasileiro	36
1. Nota introdutória	36
2. Constituição de 1824	36
3. Período constitucional de 1891 a 1988	49
Seção III – Direito Nacional	63
1. Doutrina brasileira	63
1.1 José Afonso da Silva	63

1.1.1 Normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata	65
1.1.2 Normas de eficácia contida e aplicabilidade imediata	66
1.1.3 Normas de eficácia limitada e aplicabilidade mediata	69
1.2 Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto	72
1.2.1 Da integração normativa como critério de classificação das normas constitucionais	72
1.2.1.1 Normas de aplicação	72
1.2.1.1.1 Normas de aplicação irregulamentáveis	73
1.2.1.1.2 Normas de aplicação regulamentáveis	73
1.2.1.2 Normas de integração	74
1.2.1.2.1 Normas de integração completáveis e restringíveis	74
1.3 Maria Helena Diniz	75
1.3.1 Normas constitucionais com eficácia absoluta	75
1.3.2 Normas constitucionais com eficácia plena	77
1.3.3 Normas constitucionais com eficácia relativa restringível	77
1.3.4 Normas constitucionais com eficácia relativa complementável	78

CAPÍTULO III

CONCEPÇÕES DOUTRINÁRIAS CLÁSSICAS SOBRE EFETIVIDADE CONSTITUCIONAL	80
---	----

1. Konrad Hesse: <i>Vontade de Constituição</i>	80
2. Karl Loewenstein: <i>Sentimento Constitucional</i>	91
3. Pablo Lucas Verdú: <i>Sentimento Constitucional</i>	97

CAPÍTULO IV

DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL	108
----------------------------------	-----

1. Garantias da Constituição em face das omissões inconstitucionais	108
2. Dever constitucional de legislar e omissões inconstitucionais	111
3. Da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão	114

3.1 Do Procedimento	121
4. Do Mandado de Injunção	124

CAPÍTULO V

ATIVISMO, INTERPRETAÇÃO E EFETIVIDADE

CONSTITUCIONAL.....	131
---------------------	-----

1. Sobre o Ativismo Judicial	131
2. Ativismo Judicial e Interpretação Constitucional	133
3. A Judicialização da Política	138
4. Limites do Ativismo Judicial	148

BIBLIOGRAFIA	156
--------------------	-----

.....

Apresentação

*E*ficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais dialoga intensamente com a atividade parlamentar. Tanto em razão da atualidade do conteúdo que veicula quanto do resgate que faz de uma preocupação que há muito ambienta a arena legislativa.

Segundo o autor, há normas constitucionais que, embora dotadas de eficácia, ainda conformam promessas quando contrastadas com a realidade. E lhes dar eficácia plena tem sido a preocupação de alguns senadores há anos.

Em 2012, o direito à saúde, entre outros¹, ainda padecia de efetividade plena ante a inexistência de legislação que lhe desse suporte. Preocupado em torná-lo realidade², o senador Randolfe Rodrigues defendia a urgência de “dar sentido ao mandamento constitucional do art. 196”³. E não poderia ser mais prudente: como o direito à saúde “tem status de direito fundamental e, por isso, merece e exige plena eficácia, quando o Estado se omite ou se mostra ineficiente na prestação desse direito, torna-se necessária a atuação do Judiciário”⁴.

Apesar de legítima tal interferência — o livro bem o coloca —, caso ela se torne excessiva, pode resultar em violação ao princípio da reserva legal. Violando-se a reserva legal, atenta-se “contra a estabilidade das

¹ Até 22/3/2018 pendiam de disciplina 30 (trinta) decisões do STF declarando mora legislativa por omissão. Estão elas referidas em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional>>. Acesso em: 4 ago. 2019.

² Discurso disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/pronunciamentos/-/p/texto/221664>>. Acesso em: 9 ago. 2019.

³ Discurso disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/pronunciamentos/-/p/texto/392418>>. Acesso em: 9 ago. 2019.

⁴ Discurso disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/pronunciamentos/-/p/texto/389159>>. Acesso em: 9 ago. 2019.

instituições”⁵. E, como alerta o autor, a instabilidade institucional ameaça o Estado Democrático de Direito, alicerçado, segundo o mesmo senador, em 2011⁶, no respeito aos direitos humanos, no império da lei e na separação dos poderes.

A respeito do estágio de preocupação que assalta o Parlamento, o registro oral feito em 20 de fevereiro de 2019 pela senadora Simone Tebet, presidente da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal⁷:

Claro que também é o não legislar uma prerrogativa do Congresso Nacional. Quando o Congresso tem um projeto e deixa, de uma certa forma, dormitando em algumas comissões ou mesmo na Mesa Diretora, foi porque, na reunião de Líderes, não havia consenso ainda. Isso é parte, é prerrogativa do Congresso Nacional.

Mas essa inércia tem limite. Ela tem limite constitucional, quando a própria Constituição diz, ou quando disse a Assembleia Nacional Constituinte que a matéria, o artigo, o dispositivo constitucional, para ter eficácia plena, depende de lei complementar ou lei ordinária. E nós temos 30 anos de Constituição Federal, e ainda não conseguimos trazer para o texto infraconstitucional a regulamentação, de forma a termos uma Constituição, naquele dispositivo, atuante, numa eficácia plena.

Neste momento específico, não sei até que ponto a nossa omissão é uma prerrogativa. Acredito até eu que não, que é um dever do Congresso Nacional legislar. Mas eu gostaria de deixar claro para a sociedade: o tempo da política é diferente do tempo da Justiça. É importante que questões políticas — dou exemplo da pauta dos costumes — sejam tratadas pelo Congresso Nacional.

⁵ Discurso disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/pronunciamentos/-/p/texto/454941>>. Acesso em: 9 ago. 2019.

⁶ Discurso disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/pronunciamentos/-/p/texto/391352>>. Acesso em: 9 ago. 2019.

⁷ Discurso disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/pronunciamentos/-/p/texto/451060>>. Acesso em: 18 out. 2019.

Ainda que demore, nós temos que ter a iniciativa. Mas temos que ter o nosso tempo, que é o tempo das ruas, é o tempo da sociedade.

Tudo isso dialoga com Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais.

As falas acima, extraídas dos Anais do Senado, conclamam a Câmara Alta a buscar protagonismo no desempenho da missão que lhe outorga a Carta Política, avocando incisivamente as prerrogativas que lhe assistem. Para tanto, incumbirá a seus integrantes e aos quadros funcionais que os apoiam conhecer em profundidade a doutrina — cuja marca é a elaboração de conceitos, princípios e classificações —, para o que, ao fim e ao cabo, colabora esta valorosa publicação.

LEONARDO SOUZA DE OLIVEIRA

ANALISTA LEGISLATIVO

.....

Prefácio

[...] não há posição que se apoie em princípios mais claros que a de declarar nulo o ato de uma autoridade delegada, que não esteja afinada com as determinações de quem delegou essa autoridade. Consequentemente, não será válido qualquer ato legislativo contrário à Constituição. Negar tal evidência corresponde a afirmar que o representante é superior ao representado, [...] que os delegados do povo estão acima do próprio povo, que aqueles que agem em razão de delegações de poderes estão impossibilitados de fazer não apenas o que tais poderes não autorizam, mas sobretudo o que eles proibem. (Alexander Hamilton).

Em mais esta obra — que o Conselho Editorial do Senado Federal publica com orgulho e que tenho a honra de prefaciar —, o constitucionalista e professor George Salomão Leite trata de forma rigorosa o tema sobre o qual se propõe a lecionar.

Ao conceituar didaticamente integração normativa, validade, vigência e eficácia das normas jurídicas, o autor traz subsídios doutrinários nacionais e estrangeiros acerca de propostas classificatórias das normas constitucionais e explicita as concepções clássicas sobre efetividade constitucional.

Ao discorrer sobre os instrumentos de proteção ao Texto Constitucional — entre os quais a declaração do Supremo Tribunal Federal acerca da ocorrência de mora legislativa —, o autor trata, de forma crítica, os fenômenos da judicialização da política, da interpretação constitucional, do ativismo judicial e de seus limites. A esse respeito, pensando sobre o direito constitucional brasileiro, o eminente Ministro Luiz Roberto Barroso pondera:

O direito constitucional brasileiro, nos últimos anos, passou por uma revolução profunda e silenciosa. A redemocratização do país abriu as portas para um mundo plural e efervescente. Alguns marcos desse processo de transformação virtuosa foram a conquista de efetividade pelas normas constitucionais, o reconhecimento de normatividade aos princípios e o desenvolvimento de novas ideias e categorias na interpretação constitucional. Temas como neoconstitucionalismo, pós-positivismo e argumentação jurídica, entre outros, ocupam hoje um espaço importante no debate teórico nacional.

Denso e complexo, o tema abordado vem gerando ricas discussões no mundo jurídico e político. Tratado ora como ativismo judicial, ora como o exercício do papel contramajoritário de tribunal constitucional, com características únicas no cenário mundial, a mais alta corte brasileira exerceu nos últimos anos uma função representativa, atendendo a demandas sociais que não foram resolvidas pelo processo político. Decisões como a interrupção da gestação de fetos anencefálicos, da equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis e das normas sobre uso de algemas, se inserem em um grande debate travado por brilhantes juristas: qual o papel do STF dentro do arcabouço constitucional vigente? O decano da Corte, Ministro Celso de Mello, com inquebrantável clareza e precisão responde:

[...], incumbe, aos magistrados e Tribunais, notadamente aos juízes da Corte Suprema do Brasil, o desempenho do dever que lhes é inerente: o de velar pela integridade dos direitos fundamentais de todas as pessoas, o de repelir condutas governamentais abusivas, o de conferir prevalência à essencial dignidade da pessoa humana, o de fazer cumprir os pactos internacionais que protegem os grupos vulneráveis expostos a práticas discriminatórias e o de neutralizar qualquer ensaio de opressão estatal.

O mais acertado é que este debate de ideias, cuja atmosfera não pode ser a da emoção da luta nem a dos interesses secundários (especialmente neste momento crucial da vida institucional do País, no qual tanto se discute ativismo judicial e suas implicações na conturbada relação entre os poderes), precisa ser versado sem preocupações imediatistas, mas an-

tes com a atenção voltada para os ensinamentos do Direito e da Ciência Política, os exemplos da História e a adequada interpretação da realidade nacional.

Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais, do ilustre professor George Salomão Leite, resgata conteúdos há muito debatidos na Câmara Alta. Ao atualizá-los, segundo a melhor doutrina jurídica e o rigor científico que a matéria exige, presta grande serviço à academia. Apresento ao leitor uma obra completa, um marco importante e inescapável para a compreensão do fenômeno constitucional em nosso país e suas implicações.

Macapá, 25 de novembro de 2019.

SENADOR RANDOLFE RODRIGUES

PRESIDENTE DO CONSELHO EDITORIAL

.....

CAPÍTULO I

CONCEITOS OPERACIONAIS

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais. 2. Validade da norma jurídica. 3. Vigência. 4. Eficácia 5. Integração normativa.

1. Considerações iniciais.

Atualmente, não mais se concebe a ideia de que um texto constitucional seja desprovido de eficácia jurídica ou de que possua eficácia normativa apenas parcial. Um texto constitucional, na medida em que se reveste do atributo de juridicidade, estará apto a produzir plenamente efeitos jurídicos⁸.

O que se irá discutir no presente capítulo é precisamente a eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais.

É importante salientar, desde logo, que, eventualmente, o conceito de eficácia jurídica pode variar de autor para autor, na medida em que ele faz parte das preocupações da Teoria Geral do Direito. Por essa razão, precisaremos qual o sentido que passaremos a atribuir à eficácia jurídica, de modo a nortear a compreensão de toda problemática que eventualmente possa

⁸ Dirley da Cunha Júnior apresenta um entendimento compartilhado entre os constitucionalistas que buscam uma efetividade plena da Constituição. Diz o ilustre autor, que “*as normas jurídicas, notadamente as constitucionais, são criadas para serem aplicadas. O Direito existe para realizar-se. ‘Dado o seu caráter instrumental, o direito (e dentro deste o da Constituição não faz exceção) é elaborado com vistas à produção de efeitos práticos’. A aplicabilidade da norma significa exatamente a possibilidade de sua aplicação. E aplicação da norma nada mais é do que a sua atuação concreta, para reger as relações da vida real. Mas uma norma só é aplicável se, primeiro, estiver em vigor; segundo, se for válida ou legítima; terceiro, se for eficaz.*” Em seu entendimento, a vigência, a validade e a eficácia se apresentam como condições de aplicabilidade das normas constitucionais. In CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição**. São Paulo : Editora Saraiva, 2004, p. 76.

envolver tal conceito. Logo, é importante deixar claro que, a depender do significado atribuído a tal conceito, o entendimento pode seguir um caminho distinto do nosso. No entanto, cumpre lembrar ao leitor que, na medida em que esteja debruçado sobre a matéria, atente para adotar como ponto de partida e norte para a compreensão da temática o sentido do termo eficácia que está sendo emprestado pelo respectivo autor.

Um outro ponto relevante que merece esclarecimentos conceituais, de forma a evitar equívocos hermenêuticos, mas que possui estreita conexão com o tema, versa sobre a delimitação conceitual dos vocábulos validade, vigência e eficácia da norma jurídica. Isso é importante na medida em que o significado atribuído a tais conceitos pode variar de autor para autor. Devemos deixar assentado, desde o princípio, que toda norma jurídica comporta um plano de validade, vigência e eficácia.

2. Validade da norma jurídica.

Dizer que uma norma jurídica é válida significa dizer que ela pertence a um determinado ordenamento jurídico, ou seja, faz parte de um específico sistema normativo⁹. O âmbito de validade da norma jurídica corresponde ao seu plano de pertença a um dado sistema jurídico, ou seja, afirmar que uma norma jurídica é válida significa afirmar que ela existe juridicamente. Para Kelsen, a validade corresponde à “existência específica

⁹ O termo *validade* é comporta diversos significados. Sobre tal aspecto e com bastante precisão e clareza, trazemos à baila o pensamento de Tercio Sampaio Ferraz Jr.:

“O termo *validade* tem muitos usos, inclusive, não jurídicos. Nossa análise se refere apenas à validade jurídica, aparecendo os outros usos apenas na delimitação do uso jurídico, não sendo diretamente tematizados. Mesmo na análise da validade como qualidade do discurso normativo é possível, entretanto, distinguir: a própria doutrina costuma empregar o termo, ora como significando que a norma assim qualificada é aplicável ao caso, ou aos casos em geral, ou que se trata de norma obrigatória (deve ser cumprida), ou que faz parte do sistema, etc. A questão se complica, quando ouvimos expressões como ‘norma válida, com eficácia suspensa’, isto é, a norma faz parte do ordenamento, mas não pode ser aplicada, ou ‘norma eficaz mas sem vigência’, isto é, norma que foi e vem sendo aplicada, gerando, inclusive consequências, embora não exista para o sistema. Sabemos que a teoria jurídica mesma tem proposto várias classificações, onde, por exemplo, toma-se validade como termo gênero, distinguindo-se então **eficácia** como validade fática, vigência como validade formal e, às vezes, legitimidade como validade ética ou fundamento ético da norma; outros tomam a validade como um complexo, com aspectos de eficácia, vigência e fundamento, outros, ainda, reconhecem diferentes conceitos, sem a possibilidade de um que seja geral e abarcante, falando, assim, em validade fática, como o caso em que, preenchida a hipótese normativa, a consequência jurídica ocorre, validade constitucional como conformidade aos preceitos constitucionais, validade ideal como proposta doutrinária de uma norma como solução genérica para um conflito de interesses.” (Destaque nosso.) In **Teoria da Norma Jurídica. Ensaio de Pragmática da Comunicação Normativa**. 5ª ed. São Paulo : Gen/Atlas, 2016, pp. 89-90.

de normas”¹⁰. Assim, “dizer que uma norma é válida é dizer que pressupomos sua existência ou – que redundando no mesmo – que pressupomos que ela possui ‘força de obrigatoriedade’ para aqueles cuja conduta regula.”¹¹

Em sentido similar, aduz Norberto Bobbio que a “pertinência de uma norma a um ordenamento é aquilo que se chama validade. Vimos anteriormente quais são as condições pelas quais se pode dizer que uma norma é válida. Tais condições servem justamente para provar que determinada norma pertence a um ordenamento. Uma norma existe como norma jurídica, ou é juridicamente válida, enquanto pertence a um ordenamento jurídico.”¹²

Portanto, ao falarmos de validade jurídica queremos nos referir à compatibilidade existente entre duas normas do mesmo ordenamento jurídico, todavia de níveis hierárquicos distintos. Nesse sentido, validade é, pois, sinônimo de compatibilidade entre duas normas jurídicas hierarquicamente distintas, ou seja, entre uma norma inferior em face de uma outra que lhe é imediatamente superior. Para Kelsen, “o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma. Uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior.”¹³ Desse modo, partindo do pressuposto de que uma norma fundamenta a existência de uma outra norma, sendo esta inferior à primeira, tem-se que a validade se situa no âmbito de adequação de uma (inferior) em face da outra (superior). Logo, a validade há de ser compreendida no sentido da compatibilidade entre uma norma inferior e outra que lhe é imediatamente superior.

A adequação entre duas normas jurídicas de níveis hierárquicos distintos há de ser analisada sob dois planos: formal e material.

¹⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 43. Cf., também do mesmo autor, *Teoria Pura do Direito*, p. 215.

¹¹ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 43.

¹² BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília : Ed. Polis/Universidade de Brasília, 1989, p. 60.

¹³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo : Martins Fontes, 2000, p. 215.

Sob o aspecto formal, dizer que uma norma jurídica é válida corresponde a afirmar que ela foi produzida em conformidade com o procedimento previsto em outra norma de hierarquia superior. Em casos tais, a norma superior estabelece o modo e a forma de produção de outra norma que lhe é imediatamente inferior¹⁴. Tem-se, portanto, uma relação de supra-infra ordenação. Na medida em que a norma inferior foi produzida em conformidade ao procedimento previsto na norma que lhe é imediatamente superior, será ela formalmente válida. Logo, o aspecto formal de validade da norma se situa no âmbito das normas que disciplinam o processo legislativo, ou seja, no modo e na forma de produção de outras espécies normativas.

Em paralelo ao aspecto formal de validade normativa, há um outro que deve ser igualmente observado, qual seja, o âmbito material.

Além da necessidade de observância do aspecto formal, no tocante ao processo de produção normativa há o dever de consonância também quanto ao âmbito material, relativo ao conteúdo. Na relação internormativa, a norma superior estabelece o que deve ou não ser o conteúdo da norma inferior, ou seja, há necessidade de adequação não apenas formal, mas também material, de modo que apenas mediante a conjugação desses dois planos é que se pode afirmar que uma norma é juridicamente válida. Para uma melhor compreensão, imaginemos que o Congresso Nacional edite uma lei instituindo a pena de morte no Brasil. Imaginemos, também, que o Congresso Nacional observou todas as normas do processo legislativo disciplinadas na Constituição. Indaga-se: essa nova lei é válida formal e materialmente? Sob o plano formal, ela será válida, na medida em que foi produzida mediante observância do procedimento previsto nos artigos 61 e ss. do Texto Constitucional. Todavia, não poderá ser considerada materialmente válida, na medida em que o seu conteúdo, a sua matéria (permitir a pena de morte) não guarda consonância com o conteúdo disciplinado no art. 5º, XLVII, “a”, que estabelece:

¹⁴ Para ilustrar o que foi dito, tomemos como referência a Constituição Federal de 1988. Em seus artigos 61 e ss., encontram-se as normas que dispõem sobre o *processo legislativo*, ou seja, sobre o procedimento de produção de outras normas jurídicas (leis, medidas provisórias etc.). Portanto, se uma lei (norma inferior) foi produzida em conformidade ao procedimento previsto na norma superior (Constituição), que lhe serve de fundamento de existência, dir-se-á que ela é formalmente válida.

“XLVII – não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;”

Portanto, na hipótese de existência de lei que permita a pena de morte no Brasil, a sua matéria, o seu conteúdo, não se compatibiliza com o conteúdo ou matéria prevista na norma constitucional, o que significa dizer que tal norma é materialmente inválida. Em síntese, para que uma norma jurídica possa ser considerada válida, é necessária sua adequação sob as perspectivas formal e material. É, pois, nesse sentido que se pode afirmar ser ela juridicamente válida, e a validade normativa será aferida sempre nessa relação de supra-infra ordenação normativa.

3. Vigência.

O plano da vigência, distinto do da validade, diz sobre o momento a partir do qual a norma se torna de observância obrigatória para todos os seus destinatários. Trata-se, pois, do lapso temporal da sua imperatividade.

Dispõe a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro¹⁵ em seu art. 1º:

“Art. 1º Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada.”

Em outras palavras, toda lei brasileira começa a vigorar quarenta e cinco (45) dias após sua publicação no Diário Oficial, salvo se estabelecer outro prazo para sua entrada em vigor.

4. Eficácia.

Ciente de que a validade se situa no âmbito da existência da norma jurídica e de que a vigência reside no lapso temporal de observância obrigatória por parte de todos os seus destinatários, a eficácia, por sua vez,

¹⁵ BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 18 out. 2019.

está circunscrita ao plano da produção de efeitos normativos. Neste ponto, faz-se necessária uma distinção entre eficácia jurídica e eficácia social da norma jurídica.

A eficácia jurídica consiste na aptidão da norma de produzir efeitos jurídicos quando invocada sua aplicação perante a autoridade competente. Por sua vez, a eficácia social diz respeito à espontaneidade dos indivíduos em agir conforme o disposto na norma. Assim, é possível afirmar que toda norma jurídica é juridicamente eficaz, embora possa não ser socialmente eficaz¹⁶.

É, pois, com base na eficácia que a doutrina propõe uma classificação das normas constitucionais, o que importa dizer que eficácia jurídica é critério classificatório das normas constitucionais.

5. Integração normativa.

Antes de analisar a classificação das normas constitucionais, cumpre, para a adequada compreensão do tema, elucidar o conceito de integração normativa.

Neste estudo, não se está a considerá-la como técnica de preenchimento de lacunas jurídicas, mas como complementação ou regulamentação

¹⁶ A título de exemplo, vejamos o que dispunha o art. 240 (ora revogado) do Código Penal:

“Adulterio

Art. 240 - Cometer adultério:

Pena - detenção, de quinze dias a seis meses.”

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em: 18 out. 2019.

Antes de sua revogação, o dispositivo conformava uma norma jurídica em pleno vigor. Supondo que tivesse mantido a mesma redação, indaga-se: nos dias atuais, ele encerraria uma norma jurídica socialmente eficaz? Conquanto se possa considerá-la desprovida de eficácia ante a perspectiva sociológica, incorreria em equívoco quem entendesse que sim. A norma em questão até pode não se revelar socialmente eficaz, na medida em que muitos indivíduos – *não mais adotando a fidelidade conjugal como um valor a ser socialmente perseguido* – podem ter-se tornado lenientes com a prática da infidelidade conjugal. Porém, ela permaneceria juridicamente eficaz, na medida em que estaria apta a produzir efeitos jurídicos quando tivesse sua aplicação invocada perante a autoridade competente. Em outras palavras, se tramitasse na esfera jurisdicional uma ação penal tipificando uma determinada conduta como adultério e restasse devidamente comprovada a prática ilícita, não poderia o magistrado deixar de aplicar a norma penal sob o argumento de que a sociedade não tem mais a fidelidade conjugal como valor. Em tal situação, restar-lhe-ia o dever de aplicar a norma, tornando-a juridicamente eficaz, na medida em que produzirá, a partir de então, efeitos sancionadores ao indivíduo causador do dano moral. Portanto, considerando que a eficácia jurídica nada mais é do que a aptidão da norma em produzir efeitos quando invocada sua aplicação perante a autoridade competente, podemos afirmar que toda norma é juridicamente eficaz, ainda que não o seja sob a perspectiva social.

ção, pela via legislativa, de determinada norma jurídica, objetivando sua aplicabilidade imediata.

Com efeito, outra não poderia ser a perspectiva de abordagem: normas constitucionais há que necessitam ser integradas por outras normas jurídicas para incidirem no campo fático, produzindo a plenitude de seus efeitos jurídicos. Não à toa alguns autores se utilizarem da integração como ponto de partida para classificar as normas constitucionais, associando-as ao seu âmbito de produção de efeitos jurídicos, ou seja, à sua eficácia.

.....

CAPÍTULO II

DA CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

SUMÁRIO: 1. Propostas classificatórias. Seção I. Direito Comparado. 1. Direito norte-americano. 2. Direito italiano. Seção II. Direito Positivo Brasileiro. 1. Direito Brasileiro. 2. Constituição de 1824. 3. Período constitucional de 1891 a 1988. Seção III. Doutrina Nacional. 1. Doutrina brasileira. 1.1 José Afonso da Silva. 1.1.1 Normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata. 1.1.2 Normas de eficácia contida e aplicabilidade imediata. 1.1.3 Normas de eficácia limitada e aplicabilidade mediata. 1.2 Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto. 1.2.1 Da integração normativa como critério de classificação das normas constitucionais. 1.2.1.1 Normas de aplicação. 1.2.1.1.1 Normas de aplicação irregulamentáveis. 1.2.1.1.2 Normas de aplicação regulamentáveis. 1.2.1.2. Normas de integração. 1.2.1.2.1 Normas de integração completáveis e restringíveis. 1.3 Maria Helena Diniz. 1.3.1 Normas constitucionais com eficácia absoluta. 1.3.2 Normas constitucionais com eficácia plena. 1.3.3 Normas constitucionais com eficácia relativa restringível. 1.3.4 Normas constitucionais com eficácia relativa completável.

1. Propostas classificatórias.

Em obra clássica do Direito Constitucional, J. H. Meirelles Teixeira asseverou que a eficácia jurídica corresponde a um dos “mais importantes aspectos da vigência das normas constitucionais: o de saber-se quando a norma aplica-se desde logo, independentemente de regulamentação por lei ordinária, e quando necessita dessa regulamentação, para que se considere

vigente, isto é, aplicável.”¹⁷ Entenda-se aqui o termo regulamentação, utilizado pelo autor, no sentido de integração normativa.

Portanto, há dois tipos de normas constitucionais: umas suscetíveis de integração normativa e outras não carecedoras de complementação legislativa para produzirem plenamente seus efeitos jurídicos.

A seguir, algumas propostas de classificação das normas constitucionais quanto à sua eficácia e à sua aplicabilidade.

SEÇÃO I DIREITO COMPARADO

1.1 Direito norte-americano.

A doutrina norte-americana, que tem em Thomas Cooley¹⁸ seu principal expoente, foi a primeira a conceber, de forma sistematizada, uma teoria acerca da aplicabilidade das normas constitucionais. Nesse contexto, as normas constitucionais foram classificadas em autoexecutáveis e não autoexecutáveis.

Em seu trabalho, Cooley expressou o seguinte entendimento acerca da eficácia das normas constitucionais:

Disposições auto-executáveis. Mas, embora nenhuma das disposições ou uma constituição devam ser consideradas irrelevantes ou meramente consultivas, há algumas que, pela natureza do caso, são tão incapazes de serem obrigatoriamente aplicadas, a exemplo das disposições diretivas em geral. A razão é que, embora o propósito possa ser estabelecer direitos ou impor obrigações, eles não constituem, em si mesmas, uma regra suficiente por meio da qual tal direito pode ser protegido ou tal dever cumprido. Em tais casos, antes que as provisões constitucionais possam se

¹⁷ TEIXEIRA, J. H. Meirelles. In **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1991, p. 295.

¹⁸ *A Treatise on the Constitutional limitations which rest upon the legislative power of the States of the American Union*. Second Edition. Boston: Little, Brown and Company, 1871, pp. 119 e 120. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1009&context=books>. Acesso em: 4/10/2019.

tornar efetivas, deve-se adotar legislação suplementar; e a provisão pode ser, em sua natureza, obrigatória para a legislatura para promulgar a legislação necessária, embora nela não exista autoridade para impor o comando. Às vezes, a constituição, em termos, exige que o legislativo promulgue leis sobre um assunto específico; e aqui é óbvio que a exigência tem apenas uma força moral: a legislatura pensou em obedecê-la; mas o direito que se pretende dar só é assegurado quando a legislação é voluntariamente promulgada. Outras disposições são completamente autoexecutáveis, e manifestamente não contemplam nenhuma legislação para dar-lhes força total e operação.¹⁹

Consoante o entendimento acima transcrito, há normas constitucionais que possuem uma estrutura apta a incidir imediatamente no plano fático, na medida em que, em termos de regulação, conseguem prover suficientemente a matéria para a qual foram constituídas. Por sua vez, há uma outra espécie normativa que, também por sua estrutura, não consegue disciplinar na integralidade a hipótese fática que deu razão à sua existência. A primeira espécie corresponde, na linha de raciocínio ora desenvolvido, à categoria das normas autoexecutáveis, isto é, aquelas que não precisam de outra para produção plena de seus efeitos jurídicos; são autoexequíveis. O segundo tipo de norma se caracteriza pela ausência de elementos suficientes para disciplinar a matéria sobre a qual dispõe; necessita, para tanto, de uma segunda norma jurídica para lhe tornar exequível: conforma a categoria das normas não autoexecutáveis.

¹⁹ “Self-executing provisions. But although none of the provisions of a constitution are to be looked upon as immaterial or merely advisory, there are some which, from the nature of the case, are as incapable of compulsory enforcement as are directory provisions in general. The reason is that, while the purpose may be to establish rights or to impose duties, they do not in and of themselves constitute a sufficient rule by means of which such right may be protected or such duty enforced. In such cases, before the constitutional provisions can be made effectual, supplemental legislation must be had; and the provision may be in its nature mandatory to the legislature to enact the needful legislation, though back of it there lies no authority to enforce the command. Sometimes the constitution in terms requires the legislature to enact laws on a particular subject; and here it is obvious the requirement has only a moral force: the legislature thought to obey it; but the right intended to be given is only assured when the legislation is voluntary enacted. Other provisions are completely self-executing, and manifestly contemplate no legislation whatever to give them full force and operation.” *A Treatise on the Constitutional limitations which rest upon the legislative power of the States of the American Union*. Second Edition. Boston: Little, Brown and Company, 1871, pp. 119 e 120. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1009&context=books>

Flávio Pansieri, ao tratar do tema, evidencia o seguinte:

A doutrina norte-americana dividia as normas constitucionais em auto-executáveis, auto-aplicáveis ou ainda, bastantes em si (*self-executing provisions*) e em normas não auto-executáveis, não auto-aplicáveis ou não bastantes em si (*not self-executing provisions*). Assim, para a doutrina norte-americana ‘a norma constitucional é auto-aplicável quando fornece uma regra, mediante a qual se pode resguardar ou executar o dever imposto e não é auto-aplicável quando somente indica princípio, sem estabelecer porém normas que lhes dê o vigor da lei.’²⁰

A doutrina norte-americana²¹ pertinente à eficácia e à aplicabilidade das normas constitucionais foi trazida ao Brasil pelo pensamento de Rui

²⁰ PANSIERI, Flávio. **Eficácia e Vinculação dos Direitos Sociais – reflexões a partir do direito à moradia.** 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2012,, p. 93.

²¹ Sobre a influência do direito norte-americano, José Afonso da Silva afirma:

“Como acontece com todos os grandes temas do direito constitucional, foram a jurisprudência e a doutrina constitucional norte-americanas que conceberam e elaboraram a classificação das normas constitucionais, do ponto de vista de suas aplicabilidade, em *self-executing provisions* e *not self-executing provisions*, que os autores divulgaram, entre nós, pela tradução, respectivamente, de *disposições* (normas, cláusulas) *auto-aplicáveis* ou *auto-executáveis*, ou *aplicáveis por si mesmas*, ou, ainda, *bastantes em si*, e *disposições não auto-aplicáveis*, ou *não auto-executáveis*, ou *não-executáveis por si mesmas*, ou, ainda, *não bastantes em si*. A distinção surgiu da verificação de que as constituições consubstanciam normas, princípios e regras de caráter geral, a serem convenientemente desenvolvidos e aplicados pelo legislador ordinário, já que não podem, nem devem, descer às minúcias de sua aplicação. São, na expressão de Rui, ‘largas sínteses, sumas de princípios gerais, onde, por via de regra, só se encontra o *abstractum* de cada instituição nas suas normas dominantes, a estrutura de cada uma, reduzida, as mais das vezes, a uma característica, a uma indicação, a um traço. Ao legislador cumpre, ordinariamente, revestir-lhes a ossatura delineada, impor-lhes o organismo adequado, e lhes dar capacidade de ação.’ Segundo a mencionada doutrina, normas constitucionais *self-executing* (ou *self-enforcing*, ou *self-acting*; auto-executáveis, auto-aplicáveis, bastantes em si) são as desde logo aplicáveis, porque revestidas de plena eficácia jurídica, por regularem diretamente as matérias, situações ou comportamentos de que cogitam, enquanto normas constitucionais *not self-executing* (ou *not self-enforcing*, ou *not self-acting*; não auto-executáveis, não auto-aplicáveis, não-bastantes em si) são de aplicabilidade dependente de leis ordinárias. Cooley conceitua-as do seguinte modo: “Pode-se dizer que uma norma constitucional é auto-executável, quando nos fornece uma regra, mediante a qual se possa fruir e resguardar o direito outorgado, ou executar o dever imposto; e que não é auto-aplicável, quando meramente indica princípios, sem estabelecer normas por cujo meio se logre dar a esses princípios vigor de lei.” Ruy Barbosa, fundado nos autores e na jurisprudência norte-americanos, difundiu a doutrina entre nós, e conceitua as normas auto-executáveis como sendo ‘as determinações, para executar as quais não se haja mister de constituir ou designar uma autoridade, nem criar ou indicar um processo especial, e aquelas onde o direito instituído se ache armado por si mesmo, pela sua própria natureza, dos seus meios de execução e preservação.’ Não auto-executáveis são as que ‘não revestem dos meios de ação essenciais ao seu exercício os direitos, que outorgam, ou os encargos, que impõem: estabelecem competências, atribuições, poderes, cujo uso tem de aguardar que a Legislatura, segundo o seu critério, os habilite a se exercerem.’” SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais.** 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, pp. 73 e 74.

Barbosa. J. H. Meirelles Teixeira, ao tratar do tema, afirmou que já no século XIX o mesmo fora “largamente debatido na Doutrina e na jurisprudência dos tribunais norte-americanos, e no Brasil Rui Barbosa teve, mais de uma vez, oportunidade de expor e divulgar os clássicos do decreto público daquele país.”²² À época, com o propósito de diferenciá-las de uma outra categoria normativa que, na prática, dependia da atuação legislativa integradora para poder incidir de forma plena, a doutrina e a jurisprudência norte-americanas buscaram estabelecer o conceito e os elementos caracterizadores das normas autoaplicáveis, disciplinando-as de forma integral.

Sob o influxo do direito-norte americano, Rui Barbosa classificou as normas constitucionais em autoexecutáveis e não autoexecutáveis. Sobre o tema, escreveu o mestre baiano:

“Executáveis por si mesmas, ou autoexecutáveis, se nos permitem uma expressão que traduza num só vocábulo o inglês *self-executing*, são, portanto, as determinações para executar, as quais não se haja mister de constituir ou designar uma autoridade, nem criar ou indicar um processo especial, ou ainda, baixar-se ato legislativo complementar, e aquelas onde o Direito instituído se ache armado por si mesmo, pela sua própria natureza, dos seus meios de execução e preservação.

(...) mas nem todas as disposições constitucionais são autoaplicáveis. As mais delas, pelo contrário, não o são. “A Constituição não se executa a si mesma: antes requer a ação legislativa para lhe tornar efetivos os preceitos.

(...) Não há, numa constituição, cláusulas, a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos. Muitas, porém, não revestem dos meios de ação essenciais ao seu exercício os direitos, que outorgam, ou os encargos, que impõem: estabelecem competências, atribuições, poderes, cujo uso tem de aguardar que a Legislatura, segundo o seu critério, os habilite a se exercerem.

²² *Curso de Direito Constitucional*, pp. 298 e 299.

Bastaria o exame atento dos casos, que acabamos de expor, uns de preceitos constitucionais exequíveis *proprio vigore*, outros de prescrições constitucionais só executáveis mediante leis suplementares, para se ver claramente por onde correm as divisas entre o território das primeiras e o das segundas. A linha que as extrema poderia descrever-se num só traço, dizendo-se, como a Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Davis v. Barke*, que uma disposição constitucional é executável por si mesma quando, completa no que determina, lhe é supérfluo o auxílio supletivo da lei, para exprimir tudo o que intenta, e realizar tudo o que exprime.²³

Portanto, as bases do pensamento norte-americano acerca da aplicabilidade das normas constitucionais foram recepcionadas pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras, ainda hoje utilizadas, todavia com as necessárias atualizações e adequações à realidade subjacente.

Além do direito estadunidense, o pensamento jurídico brasileiro foi também influenciado pela doutrina italiana, que passaremos a analisar na sequência.

2.2 Direito italiano.

A Constituição italiana de 1948 apresentava um perfil eminentemente programático, fato este que gerou um intenso debate no âmbito doutrinário acerca da aplicabilidade das suas normas. O tema ganhou novos contornos a partir das obras *Problemi attuali di diritto costituzionale*²⁴, de Gaetano Azzariti, publicada em 1951, e *La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio*²⁵, de autoria do jurista Vezio Crisafulli, publicada em 1952.

Gaetano Azzariti classifica as normas constitucionais em duas espécies: normas preceptivas e normas diretivas²⁶. As primeiras são impositivas e dotadas de obrigatoriedade, apresentando duas subespécies: (a) normas

²³ BARBOSA, Ruy. *Commentarios à Constituição Federal Brasileira*. Tomo II. São Paulo : Saraiva & Cia., 1933, pp. 488, 489 e 492.

²⁴ *Problemi attuali di diritto costituzionale*. Milão: Giuffrè Editore, 1951, pp. 118 e ss.

²⁵ *La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio*. Milão: Giuffrè Editore, 1952.

²⁶ *Problemi attuali di diritto costituzionale*. Milão: Giuffrè Editore, 1951, p. 98.

preceptivas de aplicação direta e imediata²⁷ e (b) normas preceptivas de aplicação direta e mediata²⁸. Estas espécies de normas constitucionais destinavam-se, de maneira imediata, ao cidadão e ao juiz, possuindo, no mais das vezes, como objeto de regulação as relações privadas. Por sua vez, as denominadas normas diretivas²⁹ não eram de observância obrigatória por parte dos seus destinatários, podendo ser violadas por legislação infraconstitucional sem que isso resultasse numa declaração de inconstitucionalidade por parte do órgão competente pela guarda da Constituição. Tais normas, consoante indica a própria terminologia, constituem diretivas para o legislador, ou seja, traçam um norte para que, quando da oportunidade legislativa, o ato normativo seja editado em consonância com as diretrizes previamente delineadas na Constituição. Caracterizam-se também por seu elevado teor de abstração e pelo grau de indeterminabilidade quanto ao objeto de regulação. Segundo Maria Helena Diniz, referidas normas “contêm, tão somente, uma diretriz ao legislador futuro, não tendo, portanto, qualquer eficácia, nem são consideradas normas jurídicas.”³⁰

²⁷ “Norme preceptive, le quali contengono veri e propri comandi giuridici di applicazione diretta e imediata;”

“Normas preceptivas, que contêm verdadeiros comandos legais de aplicação direta e imediata.” *Problemi attuali di diritto costituzionale*. Milão: Giuffrè Editore, 1951, p. 103, trad. livre do autor.

²⁸ “Norme preceptive, le quali contengono igualmente comandi giuridici di applicazione diretta, ma non imediata, perchè richiedendo altre norme giuridiche integrative.”

“Normas preceptivas, que igualmente contêm comandos legais de aplicação direta, mas não imediatos, porque requerem outras normas jurídicas integrativas.” *Problemi attuali di diritto costituzionale*. Milão: Giuffrè Editore, 1951, p. 103, trad. livre do autor.

²⁹ Consoante Azzariti, “Nessuno può negare che nella Costituzione vi siano norme puramente direttive, le quali, secondo il significato della loro stessa denominazione, si limitano a indicare un indirizzo al legislatore futuro. Queste norme, in fondo, sotto un certo aspetto, non sono nemmeno vere e proprie norme giuridiche, perchè il programma che esse tracciano è destinato ad essere attuato dal legislatore, quando le circostanze ne offrano la possibilità; sicchè in definitiva, quantunque il valore ético e politico di un impegno sia innegabile, tuttavia l'attuazione concreta è lasciata al legislatore futuro, che potrebbe anche non curarla affatto o solo in minima parte, e che, in ogni caso, non violerebbe la Costituzione, se non lo facesse.”

“Ninguém pode negar que na Constituição existem normas puramente diretivas, que, de acordo com o significado de sua própria denominação, limitam-se a indicar um endereço para o futuro legislador. Essas normas, afinal, sob certo aspecto, não são normas jurídicas verdadeiras ou próprias, porque o programa que elas traçam está destinado a ser implementado pelo legislador, quando as circunstâncias oferecem a possibilidade; em última análise, embora o valor ético e político de um compromisso seja inegável, a implementação concreta é deixada ao futuro legislador, que também poderia tratá-lo de forma completa ou apenas na menor parte, e que, em qualquer caso, não violaria a Constituição se isso não acontecesse.” In CRISAFULLI, Vezio, **Problemi attuali di diritto costituzionale**. Milão: Giuffrè Editore, 1951, pp. 98-99, trad. livre do autor.

³⁰ DINIZ, Maria Helena. **In Norma Constitucional e seus Efeitos**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 105. *Em sentido análogo, Flávia Piovesan afirma que as “normas diretivas veiculavam, tão somente, uma diretriz ao legislador futuro, não apresentando qualquer eficácia, ou mesmo qualquer juridicidade.”* PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 54.

Vezió Crisafulli³¹, por sua vez, entende que as normas constitucionais podem ser de eficácia plena e aplicabilidade imediata e, também, de eficácia limitada. Com relação a estas últimas (eficácia limitada), Crisafulli indica haver duas subespécies: normas de legislação e normas programáticas. As normas de legislação requerem uma integração normativa para produção plena de seus efeitos jurídicos, sendo insuscetíveis de aplicação imediata por razões de ordem técnica. Portanto, requerem uma normatização futura, integrativa de seus preceitos. As normas programáticas³², por sua vez, têm por destinatário imediato o legislador; estabelecem programas a serem cumpridos pelos Poderes Públicos e, em particular, pelo Poder Legislativo, órgão incumbido de complementar as normas constitucionais. Embora tenham uma eficácia limitada, tais normas estão aptas a impedir a edição de atos normativos que lhes sejam contrários. Possuem, portanto, uma eficácia negativa, na medida em que podem sobrestar os efeitos de toda e qualquer norma jurídica que lhe seja contrária³³.

Em 5 de junho de 1956, o Tribunal Constitucional Italiano proferiu a Sentença no 01, cujo relator do processo foi Gaetano Azzariti. inaugurando, a partir de então, uma nova fase do desenvolvimento da eficácia das normas constitucionais, em particular das normas constitucionais programáticas. Na decisão, entendeu o Tribunal que as normas constitucionais programáticas têm a força de, imediatamente, revogar a legislação anterior com ela incompatível, além de servir como parâmetro normativo para eventuais declarações de inconstitucionalidade, na medida em que o ato legislativo editado não guarde com ela uma relação de harmonia ou compatibilidade. Para uma melhor compreensão da matéria, trazemos à

³¹ *La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio*. Milão: Giuffrè Editore, 1952.

³² Consoante Crisafulli, “em qualquer outro caso, as disposições constitucionais programáticas terão, no entanto, um efeito indireto, na medida em que figuram como princípios gerais de interpretação das normas legislativas; o significado deverá ser estabelecido, na dúvida, na medida em que isso seja permitido pela formulação textual clara, da maneira mais consistente com a norma programática.” in *Efficacia delle norme costituzionali ‘programmatiche’*”, p. 360, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, nº 1, Milano, Giuffrè, jan/mar, 1951.

“In ogni altri casi, le norme costituzionali programmatiche avranno pur tuttavia una efficacia indiretta, in quanti principi generali d’interpretazione delle norme legislative; il significato delle quali dovrà essere stabilito, nel dubbio effinchè ciò si a consentito dalla lero formulazione testuale, nel modo più conforme alla norma programatica.”

³³ Idem, p. 106.

baila trecho da decisão do Tribunal Constitucional pertinente ao assunto em análise:

“ACÓRDÃO 1, 5 DE JUNHO DE 1956³⁴

³⁴ “SENTENZA 1, 5 GIUGNO 1956 - Deposito in cancelleria: 14 giugno 1956. Pubblicazione in “Gazzetta Ufficiale” n. 146 del 14 giugno 1956.

Sentenza 1/1956 (ECLI:IT:COST:1956:1)

Giudizio: GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE IN VIA INCIDENTALE

Presidente: DE NICOLA - Redattore: AZZARITI

Camera di Consiglio del 23/04/1956; Decisione del 05/06/1956

Deposito del 14/06/1956; Pubblicazione in G. U. 14/06/1956 n. 146

(...)

In ordine alla questione di competenza sollevata dall'Avvocatura dello Stato, è innanzi tutto da considerare fuori di discussione la competenza esclusiva della Corte costituzionale a giudicare sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi è degli atti aventi forza di legge, come è stabilito nell'art. 134 della Costituzione.

L'assunto che il nuovo istituto della “illegittimità costituzionale” si riferisca solo alle leggi posteriori alla Costituzione e non anche a quelle anteriori) non può essere accolto, sia perché, dal lato testuale, tanto l'art. 134 della Costituzione quanto l'art. 1 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1, parlano di questioni di legittimità costituzionale delle leggi, senza fare alcuna distinzione, sia perché, dal lato logico, è innegabile che il rapporto tra leggi ordinarie e leggi costituzionali e il grado che ad esse rispettivamente spetta nella gerarchia delle fonti non mutano affatto, siano le leggi ordinarie anteriori, siano posteriori a quelle costituzionali. Tanto nell'uno quanto nell'altro caso la legge costituzionale, per la sua intrinseca natura nel sistema di Costituzione rigida, deve prevalere sulla legge ordinaria.

Non occorre poi fermarsi ad esaminare se e in quali casi, per le leggi anteriori, il contrasto con norme della Costituzione sopravvenuta possa configurare un problema di abrogazione da risolvere alla stregua dei principi generali fermati nell'art. 15 delle Disp. prel. al Cod. civ. I due istituti giuridici dell'abrogazione e della illegittimità costituzionale delle leggi non sono identici fra loro, si muovono su piani diversi, con effetti diversi e con competenze diverse. Il campo dell'abrogazione inoltre è più ristretto, in confronto di quello della illegittimità costituzionale, e i requisiti richiesti perché si abbia abrogazione per incompatibilità secondo i principi generali sono assai più limitati di quelli che possano consentire la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una legge.

In una delle ordinanze si aggiunge ancora, riportando i motivi esposti nella istanza di difesa, che il contrasto dell'art. 113 della legge di p.s. con i principi espressi nella Costituzione renderebbe illegittima la disposizione legislativa, anche se fosse ammessa la natura meramente programmatica e non precettiva dell'art. 21 della Costituzione.

Ma la questione è stata posta, quasi esclusivamente, sotto il profilo della abrogazione dell'art. 113 per incompatibilità con l'articolo 21 della Costituzione e le discussioni si sono svolte principalmente sul punto se le norme dettate in questo ultimo articolo fossero da ritenere precettive di immediata attuazione o programmatiche. Anche nel presente giudizio queste discussioni sono state riprese dalle parti. Ma non occorre fermarsi su di esse né ricordare la giurisprudenza formatasi in proposito, perché la nota distinzione fra norme precettive e norme programmatiche può essere bensì determinante per decidere della abrogazione o meno di una legge, ma non è decisiva nei giudizi di legittimità costituzionale, potendo la illegittimità costituzionale di una legge derivare, in determinati casi, anche dalla sua non conciliabilità con norme che si dicono programmatiche, tanto più che in questa categoria sogliono essere comprese norme costituzionali di contenuto diverso: da quelle che si limitano a tracciare programmi generici di futura ed incerta attuazione, perché subordinata al verificarsi di situazioni che la consentano, a norme dove il programma, se così si voglia denominarlo, ha concretezza che non può non vincolare immediatamente il legislatore, ripercuotersi sulla interpretazione della legislazione precedente e sulla perdurante efficacia di alcune parti di questa; vi sono pure norme le quali fissano principi fondamentali, che anche essi si riverberano sull'intera legislazione.”

Arquivamento na Secretaria: 14 de junho de 1956.

Publicação em “Gazzetta Ufficiale” n. 146 de 14 de junho de 1956.

“(…)

No que se refere à questão de competência levantada pelo Ministério Público, cabe considerar, acima de tudo, fora de discussão a competência exclusiva do Tribunal Constitucional para julgar litígios relativos à legitimidade constitucional das leis e dos atos que tenham força de lei, conforme estabelecido no art. 134 da Constituição. A declaração de ilegitimidade constitucional de uma lei só pode ser feita pelo Tribunal Constitucional, em conformidade com o art. 136 da mesma Constituição.

A suposição de que o novo instituto de “ilegitimidade constitucional” se refere apenas às leis posteriores à Constituição e não às anteriores, não pode ser aceita, seja porque, do lado textual, tanto o art. 134 da Constituição como o art. 1º da lei constitucional de 9 de fevereiro de 1948, n. 1, falam de questões de legitimidade constitucional das leis, sem fazer qualquer distinção, seja porque, logicamente, é inegável que a relação entre as leis ordinárias e as leis constitucionais e o grau que elas têm respectivamente na hierarquia das fontes não muda, sejam as leis ordinárias anteriores, sejam subsequentes às constitucionais. Em ambos os casos, o direito constitucional, devido à sua natureza intrínseca no rígido sistema constitucional, deve prevalecer sobre a lei ordinária.

Não é necessário parar então para examinar se e em que casos, para as leis anteriores, o contraste com as regras da Constituição supervisionada pode constituir um problema de revogação a ser resolvido da mesma forma que os princípios gerais estabelecidos no art. 15 de Disp. Prel. ao Código Civil. Os dois institutos jurídicos da revogação e da ilegitimidade constitucional das leis não são idênticos um ao outro, eles se movem em diferentes níveis, com diferentes efeitos e com diferentes competências. O campo de revogação também é mais restrito, comparado ao da ilegitimidade constitucional,

e os requisitos exigidos para a revogação por incompatibilidade de acordo com os princípios gerais são muito mais limitados do que aqueles que permitem a declaração de ilegitimidade constitucional de uma lei.

Em um dos decretos, acrescentando as razões expostas no pedido de defesa, o contraste do art. 113 da lei de segurança pública com os princípios expressos na Constituição tornariam a disposição legislativa ilegítima, mesmo que se admita a natureza meramente programática e não preceptiva do art. 21 da Constituição.

Mas a pergunta foi feita, quase exclusivamente, do ponto de vista da revogação do art. 113 devido à incompatibilidade com o artigo 21 da Constituição e as discussões ocorreram principalmente sobre se as regras ditadas neste último artigo deveriam ser consideradas como preceitos de implementação imediata ou programática.

Também no presente acórdão estas discussões foram retomadas pelas partes. Mas não é necessário parar por aí ou relembrar a jurisprudência formada a este respeito, porque a conhecida distinção entre normas preceptivas e normas programáticas pode ser determinante para decidir-se revogar ou não uma lei, mas não é decisiva em julgamentos sobre legitimidade constitucional, podendo a ilegitimidade constitucional de uma lei derivar, em certos casos, também de sua incompatibilidade com normas que se denominam programáticas, especialmente porque nesta categoria geralmente se incluem normas constitucionais de diferentes conteúdos: daquelas que se limitam a traçar programas futuros genéricos e de incerta implementação, porque subordinada à ocorrência de situações que a permitem, a normas onde o programa, se assim o quiser chamar, tem concreitude que não pode desvincular imediatamente o legislador, repercutem na interpretação da legislação anterior e na eficácia continuada de algumas de suas partes; existem igualmente regras que estabelecem princípios fundamentais, que também repercutem sobre toda a legislação.”

É inegável o avanço da decisão do Tribunal Constitucional italiano pertinente à eficácia das normas constitucionais, sobretudo aquelas de-

nominadas programáticas. Embora referida espécie normativa não tenha, ainda, logrado êxito no tocante à plenitude de seus efeitos jurídicos, é certo que a decisão da Corte Constitucional passou ao menos a atribuir um certo grau de irradiação de efeitos às normas de eficácia limitada. Deste modo, tem-se por afastada a ideia de que tais normas constitucionais são “juridicamente ineficazes ou desprovidas de valor jurídico vinculante”³⁵.

SEÇÃO II DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

1. Nota introdutória.

O Direito Constitucional positivo brasileiro surgiu na Constituição Imperial de 1824. Na sequência, tivemos as Cartas de 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1967 com a Emenda Constitucional de 1969 e, por fim, a que se encontra atualmente em vigor, de 1988. São, portanto, 195 anos de história constitucional no Brasil.

Ao longo de todo esse tempo, muitos doutrinadores se ocuparam em analisar a problemática da eficácia das normas constitucionais. Como ponto de partida, apenas para fixarmos cronologicamente o momento a partir do qual se passou a debater o tema no âmbito doutrinário nacional, analisaremos o assunto a partir de 1824, sem, contudo, tecer considerações específicas sobre cada documento constitucional em particular.

2. Constituição de 1824.

A primeira Constituição do País, outorgada por Dom Pedro I em 25 de março de 1824, instituiu a Monarquia como forma de governo, criando, ao lado dos três poderes clássicos (Legislativo, Executivo e Judiciário), um quarto poder, ora denominado Moderador³⁶, exercido pelo monarca.

³⁵ Cf. PIOVESAN, Flávia, in **Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995., p. 56.

³⁶ “Art. 10. Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial.”
(...)

Com esse documento jurídico tivemos a institucionalização da monarquia constitucional no Brasil.

A limitação constitucional do poder³⁷, essência de todo documento jurídico dessa natureza, faz-se textualmente presente na Constituição de 1824. Em seu Título 3º - Dos Poderes e Representação Nacional, art. 9º, tem-se consignado o seguinte:

“A divisão e harmonia dos Poderes Políticos é o princípio conservador dos direitos dos cidadãos, e o mais seguro meio de fazer **efetivas** as garantias que a Constituição oferece.”

Tem-se consagrado, no plano formal, o princípio da separação dos poderes como mecanismo de efetividade do texto constitucional mediante a limitação do exercício da atividade política. Desse modo, a noção de Constituição como instrumento de controle do poder destinado a conferir proteção e efetividade aos direitos e garantias fundamentais se faz presente na ideologia constitucional de 1824. O art. 12º da Constituição Imperial, ao dispor sobre os poderes estatais, estabelece que “todos estes poderes no Império do Brasil são delegações da Nação”. Ao comentar tal dispositivo no ano de 1863, José Carlos Rodrigues já apontava para a existência de limites dos poderes públicos, na medida em que tais poderes resultam da expressão política máxima: o poder popular. Tem-se aqui uma ideia de

Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda organização política, e é delegada privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio e harmonia dos mais poderes políticos.”

Consoante Paulo Bonavides, “*a novidade maior da Carta de D. Pedro residia na introdução do Poder Moderador, inspirado em sugestão teórica de Benjamin Constant, que via nesse Poder uma espécie de poder judiciário dos demais poderes. Segundo o publicista francês, criava-se com o novo órgão um árbitro legitimado por sua neutralidade a dirimir conflitos de poderes e equilibrar nos pratos da balança os grandes interesses políticos em jogo pertinentes à organização e funcionamento do sistema constitucional.*” In BONAVIDES, Paulo. **Do País Constitucional ao País Neocolonial – A derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional.** São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 34.

³⁷ Sobre a noção de *Poder*, leciona Karl Loewenstein: “**El poder político.** La política no es sino la lucha por el poder. Se considera el poder como la infraestructura dinámica de las instituciones sociopolíticas. Quizá se pueda decir que la soberanía no es más, y tampoco menos, que la racionalización jurídica del factor poder, constituyendo éste el elemento irracional de la política. Según esto, soberano es aquel que esta legalmente autorizado, en la sociedad estatal, para ejercer política, o aquel que en último término la ejerce.” A Constituição, para Karl Loewenstein, apresenta-se como um “*dispositivo fundamental de controle do poder*”. LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución.** Barcelona: Editorial Ariel, 2ª ed., 1979, p. 01.

“poder limitado” ou “poder subordinado” por meio da Constituição. Sobre o tema, o citado autor afirmou:

“(…) o poder eleitoral é sem duvida nenhuma o primeiro poder politico, do qual derivão todos os outros.”³⁸

Portanto, a institucionalização de poderes constitucionais traz consigo a noção de limitação política, onde os poderes públicos exercem suas funções de forma coordenada e subordinada ao texto constitucional. Tal ideia se materializa com o bicameralismo e a forma de composição e eleição da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Ao analisar a questão, José Carlos Rodrigues pontuou:

“Uma Constituição tão sabia, como é a brasileira, não podia deixar de cremar duas camaras, uma temporaria e outra vitalicia. O governo constitucional representativo, ou, o que é o mesmo, o governo mixto, participa dos dous elementos, o popular ou democrático, e o monarchico. Se houvesse, por outro lado, uma só camara, e esta fosse temporaria, e por eleição popular, como é a camara dos deputados, não estaria muito seguro o elemento monarchico. Se houvesse, por outro lado, uma só camara vitalicia como é o senado, e os seus membros fossem só por nomeação imperial, o elemento popular não estaria assaz garantido. Era pois necessario, indispensavel, equilibrar ambos os elementos, e por isso creou a Constituição duas camaras, uma temporaria e de eleição popular, e outra vitalicia, tambem de eleição popular, mas com a escolha do Imperador, tirada da lista triplice.”³⁹

³⁸ RODRIGUES, José Carlos. **Constituição Política do Imperio do Brasil seguida do Acto Adicional, da Lei da sua Interpretação e de outras. Analysada por um Jurisconsulto.** Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert. Rua da Quitanda, 77, 1863, p. 15. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/biblioteca-digital/OR/51261/PDF/51261.pdf#search='rodrigues%20jos%C3%A9%20carlos%20jos%C3%A9%20Carlos%20Rodrigues'>. Acesso em: 18/10/2019.

³⁹ **Constituição Política do Imperio do Brasil seguida do Acto Adicional, da Lei da sua Interpretação e de outras. Analysada por um Jurisconsulto.** Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert. Rua da Quitanda, 77, 1863, p. 16.

É importante salientar, todavia, que a simples existência de uma Constituição em sentido formal não significa a implementação de instrumentos normativos eficazes de controle do poder⁴⁰.

Em 1857, o eminente publicista José Antonio Pimenta Bueno publicou sua obra intitulada *Direito Publico Brasileiro e Analyse da Constituição do Imperio*⁴¹. Naquele momento, a efetividade do texto constitucional já era uma preocupação doutrinária no Brasil. Sobre a Constituição de 1824 o ilustre constitucionalista disse:

“Por sua base constitucional neutralizou os perigos da monarchia pura, da absorção de todo o poder legislativo e judiciario, do poder sem limites, sem contraste, do despotismo, vizinho da tyrannia.

Para que um governo mereça o nome de constitucional não basta que elle seja instituido pelo consentimento nacional; é de mister além disso que a natureza e extensão dos poderes politicos, e sua attribuições sejam expresamente fixadas, e limitadas por disposições que estabeleção o fundamento, a norma invariavel, a regra fixa e suprema, assim do governo, como dos direitos e obrigações dos cidadãos.. A constituição é a lei fundamental que divide, organisa e estabelece os limites e modo por que os poderes políticos devem funcionar, e as garantias dos cidadãos.

Assim procedeu a constituição brasileira: ella dividio os poderes nacionaes, designou suas attribuições, sua independencia, e concurso para o bem social; enumerou as liberdades

⁴⁰ Já advertira Karl Loewenstein que “*Si al principio, un documento constitucional formal servía para limitar el ejercicio del poder político en interés de la libertad de los destinatarios del poder, la existencia hoy de una constitución escrita no implica, en absoluto, ipso facto una garantía de distribución y, por lo tanto, limitación del poder. Cada vez con más frecuencia, la técnica de la constitución escrita es usada conscientemente para camuflar regímenes autoritarios y totalitarios. En muchos casos, la constitución escrita no es más que un cómodo disfraz para la instalación de una concentración del poder en las manos de un detentador único. La constitución ha quedado privada de su intrínseco telos: institucionalizar la distribución del ejercicio del poder político.*” LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Editorial Ariel, 2^a ed., 1979, p. 85.

⁴¹ **Direito Publico Brasileiro e Analyse da Constituição do Imperio**. Rio de Janeiro : Typografia Imp. e Const. de J. Villeneuve E C., 1857. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/185600>. Acesso em: 18/10/2019.

publicas, fixou a maneira constante de governar a sociedade; collocou as balisas além das quaes nem um poder deve passar.

Nossa patria não está pois sujeita á direcção do arbitrio, da vontade illimitada, da. escravidão; cumpre só que ella faça observar religiosamente sua constituição, pois que é a sua religião politica, e será infallivel o progresso e prosperidade.⁴²

Logo, a partir do momento em que uma Constituição logra êxito mediante o estabelecimento de limites ao exercício da atividade política, é possível que se diga que ela é provida de efetividade. Portento, “una adecuada limitación del ejercicio del Poder, a través de la recíproca interacción de los diferentes detentadores y de la intervención de los destinatarios, es el núcleo esencia de los Estados constitucionales.⁴³”

A estrutura política, no âmbito da Constituição de 1824, encontrava-se bem delineada para a época. É possível encontrar um sistema de freios e contrapesos em sede constitucional, elemento este que tende a evitar abusos políticos por parte dos destinatários do poder⁴⁴.

⁴² BUENO, José Antonio Pimenta. **Direito Publico Brasileiro e Analyse da Constituição do Imperio**. Rio de Janeiro : Typografia Imp. e Const. de J. Villeneuve E C., 1857, p. 29. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/185600>. Acesso em: 18/10/2019.

⁴³ J. A. Gonzalez Casanova, “*La idea de Constitución en Karl Loewenstein*”, Revista de estudios políticos, n° 139, 1965, pag. 77. Na sequência, expõe ainda o ilustre doutrinador:

“Decíamos anteriormente que para Loewenstein el Poder incontrolado era intrínsecamente malo. Efectivamente, el Poder «encierra en sí mismo la semilla de su propia degeneración». El Poder debe ser limitado mediante su distribución y su control para que no degenerare. Pero esa limitación no actúa automáticamente; el Poder no se autolimita (Jellinek), si no es por una introducción efectuada desde fuera de él.

La experiencia atestigua que allí donde el Poder político no se halla controlado, el Poder se corrompe y abusa de su control social. La esencia del Poder reside en su ejercicio limitado: el Poder no puede dejar de ser limitado, pues un Poder absoluto (tiranía, autocracia) traiciona el telos ideológico de la libertad. El control político, por tanto, es cuestión central, según Loewenstein, en todos los valores e ideologías políticos.’ La elección, entre la dualidad libertad-autoridad marca el telos de cada sociedad. En cuanto la libertad de los destinatarios del Poder queda garantizada por el control de los detentadores, una sociedad de ideología autoritaria diferirá de otra liberal en la falta, de los convenientes controles limitativos del Poder.”

⁴⁴ Mais uma vez, esclarece José Antonio Pimenta Bueno: “Esta divisão, ou separação tão formal e imperiosamente exigida, não é puramente nominal, intellectual, ou immaterial; é sim a separação real, effectiva e effcaz; é a prohibição fundamental de que os agentes do poder executivo, os ministros, possam jámais ser, como taes, legisladores. A divisão puramente intellectual, essa existe tambem nos governos absolutos; o poder de legislar é, e será sempre distincto do poder de executar as leis; são entidades moraes de natureza diversa; sua accumulção, ou deposito nas mão dos mesmos, ou de diversos agentes, é que opera a concentração, ou separação, quem caracteriza realmente as diversas especies de governos. Essa accumulção contraria pois formalmente o art. 9º, e põe, como elle adverte, em perigo os direitos dos cidadãos e as garantias das liberdade publicas.

Outro aspecto a ser apresentado diz respeito à integração constitucional, i.é, a complementação ou o disciplinamento das normas constitucionais por meio de lei. A integração constitucional é instrumento de efetividade da Constituição, na medida em que a Lei Fundamental requer, para sua máxima efetividade, a regulamentação plena dos seus preceitos normativos. Diversas normas constitucionais demandam uma integração legislativa para que possam produzir todos os efeitos pretendidos pelo constituinte originário. A título de exemplo, citemos o art. 162, pertinente à estrutura e ao funcionamento do Poder Judiciário, que assim dispõe:

“Para este fim haverá Juízes de Paz, os quais serão eletivos pelo mesmo tempo e maneira por que se elegem os vereadores das Câmaras. **Suas atribuições e Distritos serão regulados por Lei.**” (destaque nosso)

O dispositivo constitucional acima transcrito requer uma lei integrativa para dispor sobre as atribuições dos Juízes de Paz e, também, suas respectivas competências territoriais (organizações dos Distritos). Somente a partir da edição dessa lei é que o dispositivo constitucional em comento resta integrado e plenamente eficaz. Nesse sentido, a integração constitu-

O art. 13, fiel a essa separação fundamental, diz que a nação brasileira delegou o poder legislativo á assembléa geral com a sanção do Imperador, e não ao poder executivo, ou aos ministros, a quem deu attribuições diversas e incompatíveis, e denegou a faculdade de fazer leis.

O art. 15, § 8º, diz consequentemente que a assembléa geral é quem deve fazer a leis, interpreta-las, suspendê-las e revoga-las. Os representantes da nação devem pois exercer por si, e não por outrem, a comissão que lhes foi pessoalmente incumbida, devem observar e cumprir a constituição nos termos e pelo modo por ella prescriptos, do contrario é viola-la.

Os poderes politicos são entidades moraes que não se agitam nem produzem effeitos por si mesmas, que precisão de mandatarios, que exercção sua força; a constituição creou a assembléa geral para ser o mandatario legislativo, especial, e independente , por isso mesmo que intencionalmente não quiz que o poder executivo tivesse essa missão; e o que faz a delegação? Justamente o contrario do que a lei fundamental ordenou!

O art. 15, § 9º, incumbe a assembléa geral de velar na guarda da constituição. Consequentemente deve ser ella a primeira a dar o exemplo de respeito á lei fundamental; ora, como muito bem diz o art. 25 da constituição belga - *os poderes politicos devem ser exercidos pela maneira estabelecida pela constituição*; - e quem dirá que a maneira de legislar estabelecida pela nossa fosse de subdelegar essa competencia ao ministério? Como será mesmo possível fiscalizar a acção deste se elle é simultaneamente o legislador e executor?

A razão e nossa lei fundamental mandão prevenir a direcção arbitraria do poder executivo, e como primeira garantia nesse sentido declarão que o poder que executa seja diverso daquelle que faz a lei, que sejam acções de agentes differentes, que o meio de evitar os (??)é de dividir e extrema-los por modo efficaz e de encarrega-los de vigiar-se reciprocamente.” BUENO, José Antonio Pimenta. **Direito Publico Brasileiro e Analyse da Constituição do Imperio**. Rio de Janeiro : Typografia Imp. e Const. de J. Villeneuve E C., 1857, pp. 438-440. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/185600>. Acesso em: 18/10/2019.

cional implica desenvolvimento da Constituição por meio de atos normativos ulteriores⁴⁵.

Referida particularidade da Constituição não passou despercebida por José Antonio Pimenta Bueno. Em sua obra, o autor abriu um tópico intitulado “Do desenvolvimento da constituição e suas promessas”.

“Com effeito, a constituição por si só é pouco mais do que um symbolo de esperanças lisongeiras. É o frontispicio grandioso do edificio representativo, que para não ficar só em simples decoração isolada demanda suas columnas de segurança, seus espaços interiores, que resguardem os direitos publicos e individuaes, que sirvão de officinas da prosperidade social.

É sem duvida certo que as instituições politicas não são effectivamente boas senão quando preenchem e desempenhão o seu fim, aliás são só promessas ou decepções mais ou menos amplas.

É por isso que a liberdade e o bem-ser de um povo depende essencialmente de boas leis regulamentares fielmente executadas, do desenvolvimento pratico de sua constituição; **aliás terá só o direito de ser feliz mas não a felicidade, e é melhor o facto que o simples direito.**

De que serve ou vale uma promessa constitucional de ampla liberdade pessoal ou industrial, de associação ou de imprensa, se as respectivas leis regulamentares, ou na falta dellas os actos da administração, frustrarem esses prognosticos?

A demanda actual das sociedades civilizadas não é imaginaria ou illusoria, é real, é a *segurança do bem-ser que gozão e o progresso para uma maior prosperidade*, é a ordem e o melhoramento; não póde pois ser substituida por uma idealidade.

⁴⁵ A título de exemplo, trazemos à baila o art. 97 da Constituição de 1824:

“Art. 97. Uma lei regulamentar marcará o modo pratico das eleições, e o numero dos deputados relativamente á população do Imperio.”

O dispositivo acima transcrito necessita de uma *lei integradora* para dispor sobre o processo eleitoral e composição da Câmara dos Deputados proporcional ao número de cidadãos brasileiros. Tem-se, portanto, uma norma de eficácia limitada, que requer *integração normativa* para produção plena de seus efeitos jurídicos.

Essa ordem só se mantém pelo respeito á lei, não só por parte dos cidadãos, como também pelo exemplo dos poderes publicos.

O progresso, os melhoramentos não podem vigorar sem leis regulamentares, sem instituições que secundem o desenvolvimento e exercicio livre da intelligencia, dos capitães e do trabalho do homem.

É consequentemente necessario que a administração central se organise bem em seus ministerios, seu conselho de estado, em todas as suas partes, que componha as suas agencias provinciaes e locaes, para que possam desempenhar a sua missão, funcionar bem, sem morosidades prejudiciaes, vacillações e entorpecimentos; que seja animada de vistas largas, generosas e não puramente fiscaes e vexatorias, vistas que proscreverão os prejuizos dos systemas regulamentares e preventivos, que tanto encadêão e retardão as forças industriaes dos povos, e que por isso mesmo os sujeitão depois a soffrer injustiças e usurpações de outros povos dirigidos por governos menos timidos.

Convem e é justo contar sempre com a razão publica, **desenvolver o systema constitucional, não parar na inacção, promover a confecção das leis, das instituições, dos melhoramentos necessarios, reprimir o crime onde quer que appareça para moralisar a sociedade, isto é, deduzir as consequencias logicas das promessas constitucionaes, para que não permaneção só em letras mortas.**

Força é confessar que a primeira das garantias de um povo é a sua civilisação· elevada, a consciencia de seus direitos, a energia de sua intelligencia; emquanto porém ella não se eleva á altura precisa quasi tudo depende do governo; e força é também confessar que nenhum governo póde marchar, e desempenhar bem o seu fim, emquanto não se achar convenientemente organizado para sua missão. Se elle, que tem á sua disposição a iniciativa, não tiver interesse e energia para se aperfeiçoar a si mesmo, a sua própria organização, o seu

próprio poder, o que se poderá esperar quanto ao mais?”⁴⁶
(Destaques nossos.)

Portanto, atento à estrutura normativa da Constituição e à particularidade de alguns dos seus dispositivos, José Antonio Pimenta Bueno já alertava para a necessidade de complementação constitucional por meio de “leis regulamentares fielmente executadas”, ou seja, mediante integração normativa. Isso porque alguns preceitos da Constituição, de per si, não dispunham de estrutura suficiente para a produção plena de seus efeitos jurídicos, daí a necessidade de um “desenvolvimento prático” da Lei Maior, que lhe permitisse concretização no plano fático sobre o qual buscava incidir. Esta é a razão pela qual o autor faz um paralelo com a felicidade, ao dizer o seguinte: “(...) aliás terá só o direito de ser feliz mas não a felicidade, e é melhor o facto que o simples direito.”⁴⁷ O que isso significa? Que é preferível a concretização da felicidade do que apenas sua consagração formal como direito (direito de ser feliz), desprovido de qualquer materialização no plano fático.

Outro aspecto presente no pensamento de José Antonio Pimenta Bueno acerca da eficácia das normas constitucionais se relaciona à eficácia vertical da Constituição, i.é, seu caráter de norma suprema em relação às demais normas do ordenamento jurídico. Nesse sentido leciona o constitucionalista:

“A constituição é o título que legalisa a existencia e a legitima autoridade da assembléa geral, esta não tem direito de romper o proprio titulo de sua vida e poder. Não póde exercer as atribuições que lhe forão confiadas senão por si mesma, e pelo modo que lhe foi prescripto, aliás infringe seu proprio titulo.

A constituição seria mesmo contradictoria se depois de organizar suas sábias previsões consentisse que um poder ordinário houvesse de altera-las; seria autorisar o estabe-

⁴⁶ BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito Publico Brasileiro e Analyse da Constituição do Imperio*. Rio de Janeiro : Typografia Imp. e Const. de J. Villeneuve E C., 1857, pp. 45-46. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/185600>. Acesso em: 18/10/2019.

⁴⁷ *Ibidem*.

licimento do governo absoluto sem necessidade de reforma constitucional!

(...)

Para demover-nos de tal abuso e justificar a nossa lei fundamental, basta reflectir que ella não ignorou que as leis são feitas não só para regular os cidadãos para com o governo, mas tambem para dirigir e regular o mesmo governo e as suas relações para com aquelles e para com os outros poderes publicos, e que consequentemente não é logico nem licito autoriza-lo a regular, como queira, a si mesmo e a suas relações; esse arbitrio só é dado e caracteriza os governos absolutos, elle não deve ser permitido ao poder executivo de um Estado constitucional, desde que esta qualificação fôr verdadeira.⁴⁸ (Destaque nosso.)

Está explicitada no pensamento constitucional acima transcrito a eficácia vertical das normas constitucionais, na medida em que o autor afirma que “a constituição seria mesmo contradictoria se depois de organizar suas sábias previsões consentisse que um poder ordinário houvesse de alterá-las”. Diz o autor ser contraditória a alteração de uma norma constitucional por um poder ordinário (legislativo), na medida em que entende ser a Constituição uma norma superior e que, por tal razão, os poderes públicos lhe devem obediência, não podendo produzir atos que lhe sejam antagônicos. A contradição residiria, pois, no fato de a lei ordinária (norma inferior) poder alterar um dispositivo da Constituição (norma superior). Vê-se, portanto, conforme salientado no início, que de há muito tempo a doutrina brasileira se preocupa com o tema da eficácia das normas constitucionais, haja vista que um texto constitucional desprovido de eficácia normativa de nada serve⁴⁹.

⁴⁸ BUENO, José Antonio Pimenta. **Direito Público Brasileiro e Analyse da Constituição do Imperio**. Rio de Janeiro : Typografia Imp. e Const. de J. Villeneuve E C., 1857, p. 42. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/185600>. Acesso em: 18/10/2019.

⁴⁹ Colocamos, pois, para reflexão, a pergunta formulada por José Antonio Pimenta Bueno: “*De que serve ou vale uma promessa constitucional de ampla liberdade pessoal ou industrial, de associação ou de imprensa, se as respectivas leis regulamentares, ou na falta dellas os actos da administração, frustrarem esses prognosticos?*”. Ibidem, p. 47.

A doutrina constitucional, ao dispor sobre a classificação das Constituições, elenca diversos critérios, resultando, pois, em uma enorme diversidade de tipos ou modelos de constituição. Para o que nos interessa neste ponto, um dos critérios utilizados pelos doutrinadores é a estabilidade ou processo de modificação e o conteúdo.

Quanto à estabilidade ou processo de modificação das constituições, a doutrina as classifica em: (a) rígida, (b) flexível e (c) semirrígida. Diz-se que uma Constituição é rígida quando o processo de elaboração de suas normas, tendentes à sua alteração, é mais rigoroso ou mais complexo do que o procedimento previsto para elaboração das demais espécies normativas. Ou seja, há um rigor maior no processo legislativo constitucional em comparação com o processo legislativo ordinário. Por sua vez, por flexibilidade constitucional entende-se a uniformidade do processo legislativo, seja no tocante ao processo de produção de normas constitucionais, seja relativamente ao processo de elaboração de normas ordinárias. Ou seja, o processo legislativo resta equiparado em se tratando de norma constitucional ou norma ordinária. Inexiste distinção procedimental⁵⁰. Por fim, a semirrígidez constitucional resulta da fusão do conceito de rigidez e flexibilidade. Quer dizer, uma parte da Constituição, para efeitos de reforma, apenas pode ser alterada mediante observância de um procedimento legislativo mais árduo e mais complexo, ao passo que outra parte do mesmo documento constitucional será objeto de mudança por meio de um processo legislativo mais simples, menos rigoroso, equiparável ao processo de elaboração da legislação ordinária.

A Constituição brasileira de 1824, em seu art. 178, dispunha o seguinte:

“É só Constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos Poderes Políticos e aos Direitos Políticos e individuais dos cidadãos. **Tudo o que não é**

⁵⁰ Ignacio de Otto, ao analisar a Constituição espanhola de 1978, diz o seguinte: “*La Constitución Española de 1978, como la mayor parte de las del siglo XX, contiene normas que regulan la reforma constitucional sujetándola a procedimientos **agravados**, es decir, más complejos que los utilizados en la legislación ordinaria. Es lo que llama una Constitución **rígida**, concepto al que se contraponen el de Constitución **flexible**, reformable por los mismos procedimientos que se utilizan para la legislatura ordinaria.*” (Destaque nosso.) In OTTO, Ignacio de. **Derecho Constitucional – Sistema de Fuentes**. 2ª ed., Barcelona: Editorial Ariel, 1995, p. 56.

constitucional pode ser alterado, sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinárias.” (destaque nosso)

O constituinte de 1824, para efeito de modificação das normas constitucionais, utilizou-se de um critério material, pertinente ao conteúdo das normas jurídicas. Ou seja, o que for constitucional (limites e atribuições dos Poderes Políticos e Direitos Fundamentais) apenas pode ser objeto de alteração mediante observância de um processo legislativo mais rigoroso (rigidez); aquilo que “não é constitucional” pode ser alterado seguindo o processo legislativo ordinário (flexibilidade). Portanto, a classificação doutrinária relativa ao conteúdo da Constituição apresenta a seguinte tipologia: Constituição formal e Constituição material. A Constituição em sentido formal apresenta-se como um conjunto de normas jurídicas elaboradas solenemente pelo titular do poder constituinte originário, de modo que tudo o que restar consignado nesse documento é matéria constitucional, integra a Constituição do Estado. Por sua vez, para compreensão da Constituição material, não se releva a forma mediante a qual resulta produzida, mas a matéria ou conteúdo objeto de suas normas jurídicas. Nesse sentido, são matérias ou conteúdos eminentemente constitucionais tudo que diga respeito ao modo e à forma de organização política do Estado e aos direitos e garantias fundamentais. Feitos esses esclarecimentos, a Constituição brasileira de 1824 adotou, para estabelecer um rigor maior (rigidez) no seu processo de mudança, o critério material, ou seja, de que só é “Constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos Poderes Políticos e aos Direitos Políticos e individuais dos cidadãos.” Tudo o que não for constitucional (sob a perspectiva material) “pode ser alterado, sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinárias.”

Devemos registrar, ainda, que a existência de um Poder Moderador, que recai sobre o monarca, não significa, no modelo da Constituição de 1824, que tínhamos uma monarquia absoluta. Além disso, a questão acerca da irresponsabilidade política do monarca, constante no art. 99 da Constituição, deve ser compreendida mediante análise das funções que a Lei Maior lhe atribuiu e, também, dos seus respectivos Ministros. Dispõe o art. 99 da Lei Maior de 1824:

“Art. 99. A pessoa do Imperador é inviolável e sagrada: elle não está sujeito a responsabilidade alguma.”

Por meio da lógica constitucional, o monarca era politicamente irresponsável na medida em que os atos do Executivo só teriam validade mediante subscrição dos respectivos Ministros. Logo, se responsabilidade política deveria haver, ela deveria recair sobre quem ordenou e subscreveu o ato, ou seja, o Ministro, mas não o Imperador⁵¹.

Logo, a Lei Fundamental do Império de 1824 caracterizou-se por ser do tipo semirrígida, adotando, para tanto, uma concepção formal e material de Constituição. Por fim, devemos registrar que a problemática atinente à eficácia de algumas normas constitucionais não lhes retira a forma de norma jurídica. Todas são, pois, normas de direito, independentemente do grau de eficácia por elas irradiado⁵².

⁵¹ “A irresponsabilidade do Imperador não se refere unicamente aos actos politicos, mas tambem aos individuaes. Sobre o poder moderador já dissemos ao menos tanto quanto basta para ser a nossa opinião conhecida. A irresponsabilidade que lhe outorga a Constituição como chefe do poder executivo, encontra explicação em serem os respectivos actos exercidos pelo órgão dos ministros.

Com effeito. ordem alguma do Imperante pôde ter execução, relativamente ao poder executivo, se ella não for revestida da assignatura do ministro: no caso de que o ministro assigne a ordem, como um dos órgãos do poder executivo, é claro que o ministro é responsavel, e que todo bem ou mal que della provenha, só a elle se deve attribuir. Portanto sobre o ministro deve pesar toda a responsabilidade do acto.

A Constituição, pelo que concerne ao disposto no art. 99, é generica, dizendo que o Imperador é inviolavel e sagrado, e que não está elle sujeito a responsabilidade alguma. Logo, não está tambem sujeito a responsabilidade nenhuma no tocante aos seus actos individuaes, o que está corroborado pelo disposto no § 1º do art. 47, que dá ao senado a attribuição de conhecer dos delictos individuaes commettidos pelos membros da familia imperial, sem fallar no seu chefe.

Aqui a letra da Constituição acha-se em inteira harmonia com o seu espirito. Se a Constituição tornasse por algum motivo o Imperador responsavel, pelo menos teria consagrado a possibilidade de uma destituição, a qual, sobre ser contradictoria com o principio da perpetuidade do chefe do governo, daria lugar aos maiores inconvenientes, fazendo com que o throno se tornasse o alvo de todas as ambições, e a tranquillidade publica fôsse comprometida.

Finalmente, como poderia ser o Imperante por algum motivo responsavel, se elle tem ao seu alcance todos os meios de promover o bem geral, e acha-se impossibilitado para obrar o mal?” In RODRIGUES, José Carlos. **Constituição Política do Imperio do Brasil seguida do Acto Adicional, da Lei da sua Interpretação e de outras. Analysada por um Jurisconsulto.** Rio de Janeiro : Eduardo & Henrique Laemmert. Rua da Quitanda, 77, 1863, pp. 70 e 71.

⁵² Sobre o tema, escreveu José Afonso da Silva: “*Todas as disposições constitucionais têm a estrutura lógica e o sentido de normas jurídicas. São imperativos que enlaçam dois ou mais sujeitos de uma relação, atribuindo direitos e obrigações reciprocas; quando nada, atribuindo situações de vantagem e de vínculo ou desvantagem (...).*”

É errôneo pretender que certas disposições constitucionais, só porque não têm uma eficácia positiva *direta e imediata, não sejam normas jurídicas, e normas jurídicas constitucionais, desde que a própria constituição não tenha estabelecido distinções expressas, como fazia a de 1824, em seu art. 178.*” SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais.** 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 51.

3. Período constitucional de 1891 a 1988.

Depois da Constituição Imperial de 1824, o Brasil possuiu mais sete: a Constituição de 1891, a de 1934, a de 1937, a de 1946, a de 1967, a de 1967 com a Emenda Constitucional de 1969⁵³ e de 1988, atualmente em vigor.

No decorrer desse período, os avanços doutrinários e jurisprudenciais surgidos foram muito poucos, na medida em que o País vivenciou 19 anos de ditadura militar, cujo início se deu em 1º de abril de 1964⁵⁴ e cujo término se deu em 15 de março de 1985.

⁵³ A Constituição de 1969 foi concebida, sob o ponto de vista formal, como Emenda à Constituição (nº 01) de 1967. Eis o teor do seu art. 1º:

“A Constituição de 24 de janeiro de 1967 passa a vigorar com a seguinte redação:

O Congresso Nacional, invocando a proteção de Deus, decreta e promulga a seguinte: CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

⁵⁴ “ATO INSTITUCIONAL Nº 1, DE 9 DE ABRIL DE 1964.

Dispõe sobre a manutenção da Constituição Federal de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da revolução Vitoriosa.

À NAÇÃO.

É indispensável fixar o conceito do movimento civil e militar que acaba de abrir ao Brasil uma nova perspectiva sobre o seu futuro. O que houve e continuará a haver neste momento, não só no espírito e no comportamento das classes armadas, como na opinião pública nacional, é uma autêntica revolução.

A revolução se distingue de outros movimentos armados pelo fato de que nela se traduz, não o interesse e a vontade de um grupo, mas o interesse e a vontade da Nação.

A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte. Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do Poder Constituinte. Assim, a revolução vitoriosa, como Poder Constituinte, se legitima por si mesma. Ela destitui o governo anterior e tem a capacidade de constituir o novo governo. Nela se contém a força normativa, inerente ao Poder Constituinte. Ela edita normas jurídicas sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória. Os Chefes da revolução vitoriosa, graças à ação das Forças Armadas e ao apoio inequívoco da Nação, representam o Povo e em seu nome exercem o Poder Constituinte, de que o Povo é o único titular. O Ato Institucional que é hoje editado pelos Comandantes-em-Chefe do Exército, da Marinha e da Aeronáutica, em nome da revolução que se tornou vitoriosa com o apoio da Nação na sua quase totalidade, se destina a assegurar ao novo governo a ser instituído, os meios indispensáveis à obra de reconstrução econômica, financeira, política e moral do Brasil, de maneira a poder enfrentar, de modo direto e imediato, os graves e urgentes problemas de que depende a restauração da ordem interna e do prestígio internacional da nossa Pátria. A revolução vitoriosa necessita de se institucionalizar e se apressa pela sua institucionalização a limitar os plenos poderes de que efetivamente dispõe. O presente Ato institucional só poderia ser editado pela revolução vitoriosa, representada pelos Comandos em Chefe das três Armas que respondem, no momento, pela realização dos objetivos revolucionários, cuja frustração estão decididas a impedir. Os processos constitucionais não funcionaram para destituir o governo, que deliberadamente se dispunha a bolchevizar o País. Destituído pela revolução, só a esta cabe ditar as normas e os processos de constituição do novo governo e atribuir-lhe os poderes ou os instrumentos jurídicos que lhe assegurem o exercício do Poder no exclusivo interesse do País. Para demonstrar que não pretendemos radicalizar o processo revolucionário, decidimos manter a Constituição de 1946, limitando-nos a modificá-la, apenas, na parte relativa aos poderes do Presidente da República, a fim de que este possa cumprir a missão de restaurar no Brasil a ordem econômica e financeira e tomar as urgentes medidas destinadas a drenar o bolsão

Em 27 de novembro de 1985, o Congresso Nacional fez promulgar a Emenda Constitucional no 26, cujo objeto foi a convocação e a instalação da Assembleia Nacional Constituinte, buscando a criação do que viria a ser a Constituição Federal de 1988, ora em vigor. Eis o disposto nos artigos 1º a 3º, da referida emenda constitucional:

“EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 26, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1985.

Convoca Assembleia Nacional Constituinte e dá outras providências.

AS MESAS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS E DO SENADO FEDERAL, nos termos do art. 49 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º Os Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional.

Art. 2º O Presidente do Supremo Tribunal Federal instalará a Assembleia Nacional Constituinte e dirigirá a sessão de eleição do seu Presidente.

Art. 3º A Constituição será promulgada depois da aprovação de seu texto, em dois turnos de discussão e votação,

comunista, cuja purulência já se havia infiltrado não só na cúpula do governo como nas suas dependências administrativas. Para reduzir ainda mais os plenos poderes de que se acha investida a revolução vitoriosa, resolvemos, igualmente, manter o Congresso Nacional, com as reservas relativas aos seus poderes, constantes do presente Ato Institucional.

Fica, assim, bem claro que a revolução não procura legitimar-se através do Congresso. Este é que recebe deste Ato Institucional, resultante do exercício do Poder Constituinte, inerente a todas as revoluções, a sua legitimação.

Em nome da revolução vitoriosa, e no intuito de consolidar a sua vitória, de maneira a assegurar a realização dos seus objetivos e garantir ao País um governo capaz de atender aos anseios do povo brasileiro, o Comando Supremo da Revolução, representado pelos Comandantes-em-Chefe do Exército, da Marinha e da Aeronáutica resolve editar o seguinte

ATO INSTITUCIONAL

(...)”

pela maioria absoluta dos Membros da Assembleia Nacional Constituinte.

A emenda constitucional trazida à colação estabeleceu o procedimento a ser observado pelo Congresso Nacional, ora transformado em Assembleia Nacional Constituinte. Portanto, no dia 1º de fevereiro de 1987 foi instalada a Assembleia Nacional Constituinte, composta por 559 deputados, que passou a funcionar no Congresso Nacional. A sessão solene de instalação da Assembleia Nacional Constituinte foi presidida pelo Ministro José Carlos Moreira Alves, então presidente do Supremo Tribunal Federal – STF.

Em 26 de junho de 1987, o relator do anteprojeto da Constituição, Dep. Bernardo Cabral, apresentou o primeiro anteprojeto da Comissão de Sistematização, composto por 501 artigos. Em 15 de julho, o Plenário do Congresso começou a discutir o projeto. Foram apresentadas 20.791 emendas, entre as quais 122 populares.

A Assembleia Nacional Constituinte assegurou a participação popular no processo de feitura do novo texto constitucional por meio da concessão de audiência pública e mediante apresentação de emendas ao projeto do que viria ser a nova Constituição, desde que houvesse, para tanto, o apoio de 30 mil eleitores e o respaldo de três entidades. Nesse processo foi permitido a organizações civis, câmaras de vereadores, assembleias legislativas e tribunais de todo o País enviar sugestões relativas à nova Constituição.

Em 21 de julho de 1988 teve início no Plenário o segundo turno da votação do projeto de Constituição. Em 2 de setembro foi concluída de madrugada, em 2º turno de votação, a análise da futura Lei Maior do País.

No dia 22 de setembro de 1988, a Assembleia Nacional Constituinte aprovou, por 474 votos favoráveis e 15 contrários à redação final, o texto da nova Constituição.

Em 5 de outubro de 1988, em sessão solene, foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil. Dada a relevância do momento histórico para a democracia constitucional brasileira, trazemos à colação o discurso proferido pelo Deputado Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, quando da promulgação da nossa Lei Fundamental:

“O SR. PRESIDENTE (Ulysses Guimarães) – Exmo. Sr. Presidente da República, José Sarney; Exmo. Sr. Presidente do Senado Federal, Humberto Lucena; Exmo. Sr. Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Rafael Mayer; Srs. membros da Mesa da Assembleia Nacional Constituinte; eminente Relator Bernardo Cabral; (palmas) preclaros Chefes do Poder Legislativo de nações amigas; insignes Embaixadores, saudados no decano D. Carlo Furno; Exmos. Srs. Ministros de Estado; Exmos. Srs. Governadores de Estado; Exmos. Srs. Presidentes de Assembleias Legislativas; dignos Líderes partidários; autoridades civis, militares e religiosas, registrando o comparecimento do Cardeal D. José Freire Falcão, Arcebispo de Brasília, e de D. Luciano Mendes de Almeida, Presidente da CNBB; prestigiosos Srs. Presidentes de confederações, Sras. E Srs. Constituintes; minhas senhoras e meus senhores:

Estatuto do Homem, da Liberdade, da Democracia.

Dois de fevereiro de 1987: “Ecoam nesta sala as reivindicações das ruas. A Nação quer mudar, a Nação deve mudar, a Nação vai mudar.” São palavras constantes do discurso de posse como Presidente da Assembleia Nacional Constituinte.

Hoje, 5 de outubro de 1988, no que tange à Constituição, a Nação mudou.

(Palmas.)

A Constituição mudou na sua elaboração, mudou na definição dos poderes, mudou restaurando a Federação, mudou quando quer mudar o homem em cidadão, e só é cidadão quem ganha justo e suficiente salário, lê e escreve, mora, tem hospital e remédio, lazer quando descansa. (Palmas.)

Num país de 30.401.000 analfabetos, afrontosos 25% da população, cabe advertir: a cidadania começa com o alfabeto.

Chegamos! Esperamos a Constituição como o vigia espera a aurora.

Bem-aventurados os que chegam. Não nos desencaminhamos na longa marcha, não nos desmoralizamos capitulando ante pressões aliciadoras (palmas) e comprometedoras, não desertamos, não caímos no caminho. Alguns a fatalidade derubou: Virgílio Távora, Alair Ferreira, Fábio Lucena, Antonio Farias e Norberto Schwantes. (Palmas.) Pronunciamos seus nomes queridos com saudade e orgulho: cumpriram com o seu dever.

A Nação nos mandou executar um serviço. Nós o fizemos com amor, aplicação e sem medo. (Palmas.)

A Constituição certamente não é perfeita. Ela própria o confessa, ao admitir a reforma.

Quanto a ela, discordar, sim. Divergir, sim. Descumprir, jamais. (Palmas.) Afrontá-la, nunca. Traidor da Constituição é traidor da Pátria. (Muito bem! Palmas.) Conhecemos o caminho maldito: rasgar a Constituição, trancar as portas do Parlamento, garrotear a liberdade, mandar os patriotas para a cadeia, o exílio, o cemitério. (Muito bem! Palmas.)

A persistência da Constituição é a sobrevivência da democracia.

Quando, após tantos anos de lutas e sacrifícios, promulgamos o estatuto do homem, da liberdade e da democracia, bradamos por imposição de sua honra: temos ódio à ditadura. Ódio e nojo. (Muito bem! Palmas prolongadas.) Amaldiçoamos a tirania onde quer que ela desgrace homens e nações, principalmente na América Latina. (Palmas.)

Assinalarei algumas marcas da Constituição que passará a comandar esta grande Nação.

A primeira é a coragem. A coragem é a matéria-prima da civilização. Sem ela, o dever e as instituições perecem. Sem a coragem, as demais virtudes sucumbem na hora do perigo. Sem ela, não haveria a cruz, nem os evangelhos.

A Assembleia Nacional Constituinte rompeu contra o *establishment*, investiu contra a inércia, desafiou tabus. Não ouviu o refrão saudosista do *Velho do Restelo*, no genial canto de Camões. Suportou a ira e perigosa campanha mercenária dos que se atreveram na tentativa de aviltar legisladores em guardas de suas burras abarrotadas com o ouro de seus privilégios e especulações. (Muito bem! Palmas.)

Foi de audácia inovadora a arquitetura da Constituinte, recusando anteprojeto forâneo ou de elaboração interna.

O enorme esforço é dimensionado pelas 61.020 emendas, além de 122 emendas populares, algumas com mais de 1 milhão de assinaturas, que foram apresentadas, publicadas, distribuídas, relatadas e votadas, no longo trajeto das subcomissões à redação final.

A participação foi também pela presença, pois diariamente cerca de 10 mil postulantes franquearam, livremente, as 11 entradas do enorme complexo arquitetônico do Parlamento, na procura dos gabinetes, comissões, galeria e salões.

Há, portanto, representativo e oxigenado sopro de gente, de rua, de praça, de favela, de fábrica, de trabalhadores, de cozinheiros, de menores carentes, de índios, de posseiros, de empresários, de estudantes, de aposentados, de servidores civis e militares, atestando a contemporaneidade e autenticidade social do texto que ora passa a vigorar. Como o caramujo, guardará para sempre o bramido das ondas de sofrimento, esperança e reivindicações de onde proveio. (Palmas.)

A Constituição é caracteristicamente o estatuto do homem. É sua marca de fábrica.

O inimigo mortal do homem é a miséria. O estado de direito, conseqüente da igualdade, não pode conviver com estado de miséria. Mais miserável do que os miseráveis é a sociedade que não acaba com a miséria. (Palmas.)

Tipograficamente é hierarquizada a precedência e a preeminência do homem, colocando-o no umbral da Constituição e catalogando-lhe o número não superado, só no art. 5º, de 77 incisos e 104 dispositivos.

Não lhe bastou, porém, defendê-lo contra os abusos originários do Estado e de outras procedências. Introduziu o homem no Estado, fazendo-o credor de direitos e serviços, cobráveis inclusive com o mandado de injunção.

Tem substância popular e cristã o título que a consagra: “a Constituição cidadã”. (Palmas.)

Vivenciados e originários dos Estados e Municípios, os Constituintes haveriam de ser fiéis à Federação. Exemplarmente o foram. (Palmas.)

No Brasil, desde o Império, o Estado ultraja a geografia. Espantoso despautério: o Estado contra o País, quando o País é a geografia, a base física da Nação, portanto, do Estado.

É elementar: não existe Estado sem país, nem país sem geografia. Esta antinomia é fator de nosso atraso e de muitos de nossos problemas, pois somos um arquipélago social, econômico, ambiental e de costumes, não uma ilha.

A civilização e a grandeza do Brasil percorreram rotas centrífugas e não centrípetas.

Os bandeirantes não ficaram arranhando o litoral como caranguejos, na imagem pitoresca mas exata de Frei Vicente do Salvador. Cavalgaram os rios e marcharam para o oeste e para a História, na conquista de um continente.

Foi também indômita vocação federativa que inspirou o gênio do Presidente Juscelino Kubitschek, (palmas) que plantou Brasília longe do mar, no coração do sertão, como a capital da interiorização e da integração.

A Federação é a unidade na desigualdade, é a coesão pela autonomia das províncias. Comprimidas pelo centralismo, há o perigo de serem empurradas para a secessão.

É a irmandade entre as regiões. Para que não se rompa o elo, as mais prósperas devem colaborar com as menos desenvolvidas. Enquanto houver Norte e Nordeste fracos, não haverá na União Estado forte, pois fraco é o Brasil. (Palmas.)

As necessidades básicas do homem estão nos Estados e nos Municípios. Neles deve estar o dinheiro para atendê-las.

A Federação é a governabilidade. A governabilidade da Nação passa pela governabilidade dos Estados e dos Municípios. (Palmas.) O desgoverno, filho da penúria de recursos, acende a ira popular, que invade primeiro os paços municipais, arranca as grades dos palácios e acabará chegando à rampa do Palácio do Planalto. (Palmas.)

A Constituição reabilitou a Federação ao alocar recursos ponderáveis às unidades regionais e locais, bem como ao arbitrar competência tributária para lastrear-lhes a independência financeira.

Democracia é a vontade da lei, que é plural e igual para todos, e não a do príncipe, que é unipessoal e desigual para os favorecimentos e os privilégios.

Se a democracia é o governo da lei, não só ao elaborá-la, mas também para cumpri-la, são também o Executivo e o Legislativo.

O Legislativo brasileiro investiu-se das competências dos Paramentos contemporâneos.

É axiomático que muitos têm maior probabilidade de acertar do que um só. O governo associativo e gregário é mais apto do que o solitário. Eis outro imperativo de governabilidade: a co-participação e a co-responsabilidade.

Cabe a indagação: instituiu-se no Brasil o tricameralismo ou fortaleceu-se o unicameralismo, com as numerosas e fundamentais atribuições cometidas ao Congresso Nacional? A resposta virá pela boca do tempo. Faço votos para que essa regência trina prove bem.

Nós, os legisladores, ampliamos nossos deveres. Teremos de honrá-los. A Nação repudia a preguiça, a negligência, a inépcia. (Palmas.) Soma-se à nossa atividade ordinária, bastante dilatada, a edição de 56 leis complementares e 314 ordinárias. Não esqueçamos que, na ausência de lei complementar, os cidadãos poderão ter o provimento suplementar pelo mandado de injunção.

A confiabilidade do Congresso Nacional permite que repita, pois tem pertinência, o slogan: “Vamos votar, vamos votar”, (palmas) que integra o folclore de nossa prática constituinte, reproduzido até em horas de diversão e em programas humorísticos.

Tem significado de diagnóstico a Constituição ter alargado o exercício da democracia, em participativa além de representativa. É o clarim da soberania popular e direta, tocando no umbral da Constituição, para ordenar o avanço no campo das necessidades sociais.

O povo passou a ter a iniciativa de leis. Mais do que isso, o povo é o superlegislador, habilitado a rejeitar, pelo referendo, projetos aprovados pelo Parlamento.

A vida pública brasileira será também fiscalizada pelos cidadãos. Do Presidente da República ao Prefeito, do Senador ao Vereador.

A moral é o cerne da Pátria.

A corrupção é o cupim da República. (Palmas.) República suja pela corrupção impune tomba nas mãos de demagogos, que, a pretexto de salvá-la, a tiranizam.

Não roubar, não deixar roubar, pôr na cadeia quem roube, eis o primeiro mandamento da moral pública. (Muito bem! Palmas.)

Pela Constituição, os cidadãos são poderosos e vigilantes agentes da fiscalização, através do mandado de segurança coletivo; do direito de receber informações dos órgãos públicos, da prerrogativa de petição aos poderes públicos, em defesa de direitos contra ilegalidade ou abuso de poder; da obtenção de certidões para defesa de direitos; da ação popular, que pode ser proposta por qualquer cidadão, para anular ato lesivo ao patrimônio público, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico, isento de custas judiciais; da fiscalização das contas dos Municípios por parte do contribuinte; podem peticionar, reclamar, representar ou apresentar queixas junto às comissões das Casas do Congresso Nacional; qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato são partes legítimas e poderão denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União, do Estado ou do Município. A gratuidade facilita a efetividade dessa fiscalização.

A exposição panorâmica da lei fundamental que hoje passa a reger a Nação permite conceituá-la, sinoticamente, como a Constituição coragem, a Constituição cidadã, a Constituição federativa, a Constituição representativa e participativa, a Constituição do Governo síntese Executivo-Legislativo, a Constituição fiscalizadora.

Não é a Constituição perfeita. Se fosse perfeita, seria irreformável. Ela própria, com humildade e realismo, admite ser emendada, até por maioria mais acessível, dentro de 5 anos.

Não é a Constituição perfeita, mas será útil, pioneira, desbravadora. Será luz, ainda que de lamparina, na noite dos desgraçados. É caminhando que se abrem os caminhos. Ela vai caminhar e abri-los. Será redentor o caminho que penetrar nos bolsões sujos, escuros e ignorados da miséria.

Recorde-se, alvissareiramente, que o Brasil é o quinto país a implantar o instituto moderno da seguridade, com a inte-

gração de ações relativas à saúde, à previdência e à assistência social, assim como a universalidade dos benefícios para os que contribuam ou não, além de beneficiar 11 milhões de aposentados, espoliados em seus proventos. (Palmas.)

É consagrador o testemunho da ONU de que nenhuma outra Carta no mundo tenha dedicado mais espaço ao meio ambiente do que a que vamos promulgar.

Sr. Presidente José Sarney: V.Exa. cumpriu exemplarmente o compromisso do saudoso, do grande Tancredo Neves, de V.Exa. e da Aliança Democrática ao convocar a Assembleia Nacional Constituinte. A Emenda Constitucional nº 26 teve origem em mensagem do Governo, de V.Exa., vinculando V.Exa. à efemeridade que hoje a Nação celebra.

Nossa homenagem ao Presidente do Senado, Humberto Lucena, atuante na Constituinte pelo seu trabalho, seu talento e pela colaboração fraterna da Casa que representa.

Sr. Ministro Rafael Mayer, Presidente do Supremo Tribunal Federal, (palmas) saúdo o Poder Judiciário na pessoa austera e modelar de V.Exa.

O imperativo de “Muda Brasil”, desafio de nossa geração, não se processará sem o conseqüente “Muda Justiça”, (palmas) que se instrumentalizou na Carta Magna com a valiosa contribuição do poder chefiado por V.Exa. Cumprimento o eminente Ministro do Supremo Tribunal Federal, Moreira Alves, que, em histórica sessão, instalou em 1º de fevereiro de 1987 a Assembleia Nacional Constituinte.

Registro a homogeneidade e o desempenho admirável e solidário de seus altos deveres, por parte dos dignos membros da Mesa Diretora, condôminos imprescindíveis de minha Presidência.

O Relator Bernardo Cabral foi capaz, (palmas) flexível para o entendimento, mas irremovível nas posições de defesa dos interesses do País. O louvor da Nação aplaudirá sua vida pública.

Os Relatores Adjuntos, José Fogaça, Konder Reis e Adolfo Oliveira, (palmas) prestaram colaboração unanimemente enaltecida. Nossa palavra de sincero e profundo louvor ao mestre da língua portuguesa Prof. Celso Cunha, por sua colaboração para a escorreita redação do texto.

O Brasil agradece pela minha voz a honrosa presença dos prestigiosos dignitários do Poder Legislativo do continente americano, de Portugal, da Espanha, de Angola, Moçambique, Guiné Bissau, Príncipe e Cabo Verde. (Palmas.) As nossas saudações. (Palmas prolongadas.)

Os Srs. Governadores de Estado e Presidentes das Assembleias Legislativas dão realce singular a esta solenidade histórica.

Os Líderes foram o vestibular da Constituinte. Suas reuniões pela manhã e pela madrugada, com autores de emendas e interessados, disciplinaram, agilizaram e qualificaram as decisões do Plenário. Os Anais guardarão seus nomes e sua benemérita faina. (Palmas.)

Cumprimento as autoridades civis, eclesiásticas e militares, integrados estes com seus chefes, na missão, que cumprem com decisão, de prestigiar a estabilidade democrática.

Nossas congratulações à imprensa, ao rádio e à televisão. (Palmas.) Viram tudo, ouviram o que quiseram, tiveram acesso desimpedido às dependências e documentos da Constituinte. Nosso reconhecimento, tanto pela divulgação como pelas críticas, que documentam a absoluta liberdade de imprensa neste País.

Testemunho a coadjuvação diuturna e esclarecida dos funcionários e assessores, (muito bem! palmas) abraçando-os nas pessoas de seus excepcionais chefes, Paulo Affonso Martins de Oliveira e Ademar Sabino. (Muito bem! Palmas.)

Agora conversemos pela última vez, companheiras e companheiros constituintes.

A atuação das mulheres nesta Casa foi de tal teor (palmas prolongadas), que, pela edificante força do exemplo, aumentará a representação feminina nas futuras eleições.

Agradeço a colaboração dos funcionários do Senado – da Gráfica e do Prodasen.

Agradeço aos Constituintes a eleição como seu Presidente e agradeço o convívio alegre, civilizado e motivador. Quanto a mim, cumpriu-se o magistério do filósofo: o segredo da felicidade é fazer do seu dever o seu prazer. (Palmas.)

Todos os dias, meus amigos constituintes, quando divisava, na chegada ao Congresso, a concha côncava da Câmara rogando as bênçãos do céu, e a convexa do Senado ouvindo as súplicas da terra, (palmas) a alegria inundava meu coração. Ver o Congresso era como ver a aurora, o mar, o canto do rio, ouvir os passarinhos.

Sentei-me ininterruptamente 9 mil horas nesta cadeira, em 320 sessões, gerando até interpretações divertidas pela não-saída para lugares biologicamente exigíveis. (Risos. Palmas.) Somadas as das sessões, foram 17 horas diárias de labor, também no gabinete e na residência, incluídos sábados, domingos e feriados.

Político, sou caçador de nuvens. Já fui caçado por tempestades. (Palmas.) Uma delas, benfazeja, me colocou no topo desta montanha de sonho e de glória. Tive mais do que pedi, cheguei mais longe do que mereço. (Não apoiado.) Que o bem que os Constituintes me fizeram frutifique em paz, êxito e alegria para cada um deles.

Adeus, meus irmãos. É despedida definitiva, sem o desejo de retorno. Nosso desejo é o da Nação: que este Plenário não abrigue outra Assembleia Nacional Constituinte. (Palmas prolongadas.) Porque, antes da Constituinte, a ditadura já teria trancado as portas desta Casa.

Autoridades, Constituintes, senhoras e senhores,

A sociedade sempre acaba vencendo, mesmo ante a inércia ou antagonismo do Estado.

O Estado era Tordesilhas. Rebelada, a sociedade empurrou as fronteiras do Brasil, criando uma das maiores geografias do Universo.

O Estado, encarnado na metrópole, resignara-se ante a invasão holandesa no Nordeste. A sociedade restaurou nossa integridade territorial com a insurreição nativa de Tabocas e Guararapes, (palmas) sob a liderança de André Vidal de Negreiros, Felipe Camarão e João Fernandes Vieira, que cunhou a frase da preeminência da sociedade sobre o Estado: “Desobedecer a El-Rei, para servir a El-Rei”. (Muito bem!)

O Estado capitulou na entrega do Acre, a sociedade retomou-o com as foices, os machados e os punhos de Plácido de Castro e dos seus seringueiros. (Palmas.)

O Estado autoritário prendeu e exilou. A sociedade, com Teotônio Vilela, pela anistia, libertou e repatriou. (Palmas.)

A sociedade foi Rubens Paiva, não os facínoras que o mataram. (Muito bem! Palmas prolongadas.)

Foi a sociedade, mobilizada nos colossais comícios das Diretas-já, que, pela transição e pela mudança, derrotou o Estado usurpador.

Termino com as palavras com que comecei esta fala: a Nação quer mudar. A Nação deve mudar. A Nação vai mudar.

A Constituição pretende ser a voz, a letra, a vontade política da sociedade rumo à mudança.

Que a promulgação seja nosso grito:

– Mudar para vencer!

Muda, Brasil! (Muito bem! Muito bem! Palmas prolongadas.)⁵⁵

É, pois, a partir da promulgação da Constituição Federal, em 5 de outubro de 1988, que a temática da aplicabilidade das normas constitucionais ganhará novos contornos.

SEÇÃO III DIREITO NACIONAL

1. Doutrina brasileira.

Entre os doutrinadores brasileiros que enfrentaram o tema eficácia das normas constitucionais encontram-se, entre outros, nomes como José Afonso da Silva, Celso Ribeiro Bastos, Carlos Ayres Britto, Maria Helena Diniz, Celso Antonio Bandeira de Mello, Luís Roberto Barroso. A seguir, a percepção de cada um deles sobre o tema.

1.1 José Afonso da Silva.

Em 1967, José Afonso da Silva publicou a primeira edição de “Aplicabilidade das Normas Constitucionais”, estudo pioneiro que tratou a matéria de forma completa e sistematizada. A classificação por ele proposta, que se tornou referência de erudição e profundidade, acabou sendo absorvida por toda a jurisprudência brasileira e, em particular, pelo Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição.

Nas primeiras linhas do trabalho, o autor lhe define o objeto:

“Esta monografia se propõe a estudar a *aplicabilidade das normas constitucionais*.

⁵⁵ Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituinte-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf>. Acesso em: 16/10/2019.

Aplicabilidade significa qualidade do que é aplicável. No sentido jurídico, diz-se da norma que tem possibilidade de ser aplicada, isto é, da norma que tem capacidade de produzir efeitos jurídicos. Não se cogita de saber se ela produz *efetivamente* esses efeitos. Isso já seria uma perspectiva sociológica, e diz respeito à sua *eficácia social*, enquanto nosso tema situa no campo da ciência jurídica, não da sociologia jurídica.”⁵⁶

A premissa da qual a obra parte emana do pensamento de Miguel Reale, segundo o qual “a regra de direito deve vigor para atualizar efetivamente este ou aquele valor”⁵⁷. Afirma o jusfilósofo brasileiro que “toda norma jurídica, uma vez vigente, pode tornar-se eficaz, mesmo quando já revogada”⁵⁸. Portanto, para a adequada compreensão do tema, deve-se ter em mente que toda norma jurídica é juridicamente eficaz, ou seja, está apta a produzir efeitos jurídicos. Logo, se a Constituição se apresenta como um conjunto de normas jurídicas que disciplina o exercício do poder, conferindo proteção aos direitos fundamentais, podemos afirmar que esse plexo normativo é, ele todo, dotado de eficácia jurídica.

Então, não constitui equívoco afirmar, nos dias de hoje, que o Texto Constitucional em vigor é plenamente provido de eficácia jurídica. O problema – que iremos verificar mais adiante – diz respeito ao grau de eficácia irradiado das normas constitucionais.

Com efeito, é com fundamento na eficácia e na aplicabilidade das normas constitucionais que José Afonso da Silva elabora sua classificação, na qual aponta para três espécies de normas constitucionais: (a) normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata, (b) normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata e (c) normas constitucionais de eficácia limitada e aplicabilidade mediata. Com relação a esta última, ele apresenta duas subespécies: (a) normas constitucionais de princípio institutivo e (b) normas constitucionais de princípio programático.

⁵⁶ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 14.

⁵⁷ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19ª ed. São Paulo : Saraiva, 2002, p. 609.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 607.

1.1.1 Normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata.

As normas constitucionais de eficácia plena são aquelas cujo suporte fático contempla todos os elementos necessários para uma incidência direta. Segundo José Afonso da Silva, as normas de eficácia plena “incidem diretamente sobre os interesses a que o constituinte quis dar expressão normativa”⁵⁹. São, portanto, normas completas.

Nesse sentido, fazendo referência a Rui Barbosa, diz-se que uma norma é autoaplicável⁶⁰ “quando, completa no que determina, lhe é supérfluo o auxílio supletivo da lei, para exprimir tudo o que intenta, e realizar tudo o que exprime”⁶¹. Uma norma será completa na medida em que reúna todos os elementos e requisitos necessários para uma imediata incidência.

José Afonso da Silva define as normas constitucionais de eficácia plena como sendo “aquelas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem, ou têm a possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular.”⁶² São, portanto, de aplicabilidade imediata, na medida em que se revestem de todos os meios e elementos necessários à sua execução. Não há, pois, necessidade de uma integração normativa para a produção plena de seus efeitos jurídicos. Elas, por si só, já se encontram estruturalmente aptas a disciplinar a matéria para a qual foram constituídas, podendo, mediante sua aplicação, produzir a plenitude dos seus efeitos jurídicos. São, destarte, normas autoaplicáveis, autoexecutáveis, preceptivas. O autor finaliza sua teoria acerca da aplicabilidade imediata das normas de eficácia plena, informando que “as condições gerais para essa aplicabilidade são a existência apenas do aparato jurisdicional, o que significa: aplicam-se só pelo fato de serem normas jurídicas, que pressupõem no caso a existência do Estado e de seus órgãos.”⁶³

⁵⁹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 101.

⁶⁰ Seria, neste contexto, correspondente a uma norma de eficácia plena.

⁶¹ Rui Barbosa, **Commentários á Constituição Federal Brasileira**. Vol. II - Arts. 16 a 40: Do Poder Legislativo. São Paulo : Saraiva & Cia., 1933, p. 492.

⁶² SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 101.

⁶³ *Ibidem*, p. 102.

Com algumas ressalvas, essa argumentação pode ser válida para as demais espécies de normas constitucionais. Conforme verificaremos, determinadas normas deixam de ser aplicadas pela jurisdição constitucional sob o argumento de necessitarem de integração normativa para produção plena de seus efeitos jurídicos, quando, analisando bem a questão, poderiam de imediato ser aplicadas, emanando todos os efeitos jurídicos que lhes são próprios. Tem-se, em tal hipótese, não um problema relacionado à eficácia das normas constitucionais, mas de política ou conveniência judicial.

1.1.2 Normas de eficácia contida e aplicabilidade imediata.

Em princípio, as normas de eficácia contida não diferem das de eficácia plena: ambas são dotadas de aplicabilidade imediata. A distinção reside, conforme a própria terminologia adotada pelo doutrinador indica, na possibilidade de contenção dos efeitos da norma constitucional em decorrência da superveniente existência de uma norma integradora. Ou seja, a norma constitucional pode ter os seus efeitos contidos por uma legislação que surja para disciplinar o que ela inicialmente já dispõe. Apesar da possibilidade de ter os seus efeitos contidos por ato legislativo futuro, tais normas podem ser imediatamente aplicadas, fato este que as equipararam às normas de eficácia plena. Portanto, assemelham-se às normas de eficácia plena por serem, também, de aplicabilidade imediata; todavia, delas se distanciam em razão de poderem ter os seus efeitos contidos por legislação ulterior.

Saliente-se que, ao utilizar expressões como “quando lei estabelecer” ou “nos termos da lei”, a própria Constituição já define hipóteses de necessária integração normativa. A guisa de exemplo, citemos o art. 5º, XIII, que assegura a liberdade de exercício profissional:

“é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais **que a lei estabelecer.**” (destaque nosso)

A norma constitucional acima consagra o direito fundamental à liberdade de exercício profissional, segundo o qual todos são livres para exercer qualquer trabalho, ofício ou profissão. Ponto!

No entanto, a lei pode estabelecer requisitos ou condições para que se possa exercer de forma livre qualquer trabalho, ofício ou profissão. A título de exemplo, os exames de qualificação no âmbito da advocacia e da contabilidade. Para que os bacharéis em ambas as áreas possam exercer livremente suas respectivas profissões devem ser previamente aprovados em exame de qualificação realizados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil⁶⁴ e pelo Conselho Federal de Contabilidade⁶⁵. Há, em tais casos, contenção ou restrição efetuada por lei ao art. 5º, XIII, da Constituição Federal, por permissibilidade do próprio Texto Constitucional. Em outras palavras, a Constituição permite que lei restrinja ou contenha os efeitos de determinadas normas jurídicas que compõem sua estrutura. Eis a razão pela qual a doutrina denomina tais normas como sendo de eficácia contida. São, portanto, normas suscetíveis de integração, cujo fim se volta para conter os seus efeitos jurídicos.

José Afonso da Silva enumera cinco particularidades das normas de eficácia contida⁶⁶:

a) Em regra são normas que demandam integração normativa mediante intervenção do legislador ordinário, fazendo remissão expressa a uma legislação superveniente. Todavia, o apelo ao legislador se dá no sen-

⁶⁴ A Lei nº 8.906/94, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, em seu art. 8º, IV, dispõe o seguinte:

“Art. 8º Para inscrição como advogado é necessário:

(...)

IV - aprovação em Exame de Ordem;”

(...)

BRASIL. **Lei nº 8.906/94, de 4 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8907.htm. Acesso em: 18 out. 2019.

⁶⁵ O Exame de Suficiência, exigido para os bacharéis em Ciências Contábeis, foi instituído pelo art. 12 do Decreto-Lei nº 9.295, de 27 de maio de 1946, com a redação dada pelo art. 76 da Lei nº 12.249, de 11 de junho de 2010. Estabelece o art. 12:

“Art. 12. Os profissionais a que se refere este Decreto-Lei somente poderão exercer a profissão após a regular conclusão do curso de Bacharelado em Ciências Contábeis, reconhecido pelo Ministério da Educação, aprovação em Exame de Suficiência e registro no Conselho Regional de Contabilidade a que estiverem sujeitos.”

BRASIL. **Decreto-Lei nº 9.295, de 27 de maio de 1946**. Cria o Conselho Federal de Contabilidade, define as atribuições do Contador e do Guarda-livros, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del9295.htm. Acesso em: 19 out. 2019.

⁶⁶ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 1998, pp. 104-105.

tido de lhes restringir a eficácia, disciplinando os direitos subjetivos delas decorrentes para os cidadãos, indivíduos ou grupos;

b) Na medida em que o legislador ordinário não tenha produzido a legislação integradora, a norma constitucional continuará produzindo efeitos plenos. Nesse ponto reside uma distinção em relação às normas constitucionais de eficácia limitada, pois estas requerem integração normativa para a produção plena de seus efeitos jurídicos, de forma a permitir uma aplicação concreta e positiva;

d) São normas constitucionais de aplicabilidade direta e imediata, pois o constituinte originário lhes atribuiu juridicidade suficiente no sentido de disciplinar os interesses vinculados à matéria de que cogitam;

d) Algumas dessas normas veiculam conteúdos de natureza ético-jurídica, a exemplo de bons costumes, ordem pública etc., como valores sociais ou políticos a serem preservados, implicando, pois, a limitação da sua eficácia;

e) Sua eficácia pode ser afastada pela incidência de outros dispositivos constitucionais, na hipótese de ocorrência de determinados pressupostos fáticos, como, por exemplo, estado de sítio ou de defesa.

No plano conceitual, José Afonso da Silva apresenta a seguinte definição para as normas de eficácia contida:

“Normas de eficácia contida, portanto, são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados.”⁶⁷

Nesse sentido, conforme já salientado acima, são normas de aplicabilidade direta e imediata, que prescindem de integração normativa para produção plena de efeitos jurídicos. Todavia, o legislador ordinário pode, por meio de lei, impor-lhes limites, na medida em que tais restrições são, desde já, constitucionalmente previstas e, portanto, permitidas.

⁶⁷ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 116.

1.1.3 Normas de eficácia limitada e aplicabilidade mediata.

Como última categoria normativa, temos as normas constitucionais de eficácia limitada e aplicabilidade mediata. Tais normas, diferentemente das duas espécies já analisadas, necessitam de uma integração normativa por parte do legislador ordinário para que possam produzir os efeitos essenciais almejados pelo constituinte originário. No tocante à sua tipologia, José Afonso da Silva apresenta as seguintes subespécies de normas de eficácia limitada: (a) normas constitucionais de princípio institutivo e (b) normas constitucionais de princípio programático.

As normas constitucionais de princípio institutivo – também denominadas normas de princípio orgânico ou organizativo⁶⁸ – são aquelas que traçam as diretrizes ou princípios estruturais de instituições, órgãos ou entidades, permitindo que o legislador ordinário, por meio de lei, os estructure⁶⁹. O que essencialmente as caracteriza é o fato de requererem uma legislação futura que lhes permita uma efetiva aplicação. Tais normas não se confundem com as de conteúdo programático, dado que a sua matéria é nitidamente estrutural, guarda relação com a composição e o funcionamento das instituições constitucionais. Portanto, a legislação integradora surgirá para instrumentalizar a estrutura institucional inicialmente concebida pela norma constitucional.

As normas constitucionais de princípio institutivo comportam duas subespécies: impositivas ou facultativas⁷⁰. As impositivas determinam ao legislador o dever de criar a lei integradora⁷¹, ao passo que as facultativas permitem ao legislador realizar um juízo de conveniência acerca da necessidade ou não de edição da norma integrativa.

Por fim, encerrando a proposta classificatória, há as normas constitucionais de princípio programático, mais conhecidas como normas pro-

⁶⁸ *Ibidem*, p. 123.

⁶⁹ *Ibidem*, pp. 123 e 126.

⁷⁰ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 1998, p. 126.

⁷¹ Consoante José Afonso da Silva, as normas impositivas são “*as que determinam ao legislador, em termos peremptórios, a emissão de uma legislação integrativa*”, ao passo que as normas facultativas ou permissivas “*não impõem uma obrigação; limitam-se a dar ao legislador ordinário a possibilidade de instituir ou regular a situação nelas delineada*”. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, pp. 126-127.

gramáticas. São normas que veiculam programas de cunho social que o Estado deve implementar, isto é, “normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.”⁷² São, portanto, normas que se dirigem imediatamente ao legislador, que buscam a realização da justiça social.

As normas programáticas, como já dissemos, têm por objeto densificar o ideal da dignidade da pessoa humana e a promoção da justiça social. Em decorrência de sua estrutura jurídica precária, elas não possuem força suficiente para desenvolver seu conteúdo na integralidade; necessitam da intermediação de leis ordinárias ou providências administrativas a serem implementadas pelo Estado de modo a poderem irradiar a plenitude de seus efeitos jurídicos.

Isso não significa, todavia, que sejam desprovidas de eficácia jurídica. As normas programáticas, por se constituírem em normas jurídicas, são imperativas, dotadas de eficácia normativa. No entanto, o grau de eficácia por elas irradiado não se assemelha, por exemplo, ao das normas de eficácia plena ou contida, o que, por outro lado, não significa ser desprovida de eficácia jurídica. José Afonso da Silva, inclusive, relaciona as hipóteses em que as normas constitucionais programáticas são dotadas de eficácia direta, imediata e vinculante. Segundo o autor, isso ocorre quando elas:

a) impõem ao legislador ordinário o dever de, por meio de outras normas jurídicas, lhes implementar ou desenvolver o conteúdo;

b) atuam como normas-parâmetro para efeito de invalidação (inconstitucionalidade) de normas infraconstitucionais que lhes sejam antagônicas;

c) informam a concepção do Estado e da sociedade, servindo de inspiração para sua ordenação jurídica, ao designarem fins sociais, proteção e promoção dos valores da justiça social, além de revelar os elementos que compõem o bem comum;

⁷² *Ibidem*, p. 138.

d) figuram como vetores para interpretação da própria Constituição (interpretação sistemática ou teleológica) e, também, das demais normas infraconstitucionais, ou quando servem como mecanismo de integração (colmatação de lacunas) e aplicação de outras normas jurídicas;

e) possuem capacidade para revogar a legislação anterior com elas incompatíveis;

f) impõem condicionamentos à atividade discricionária da Administração Pública e do Poder Judiciário⁷³;

g) instituem situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou desvantagem para seus respectivos destinatários.

Em conclusão, sob o prisma da eficácia jurídica, para o autor inexistente norma constitucional desprovida da capacidade de produzir efeitos jurídicos. A partir do momento em que algo sai da esfera do ser e passa a compor o âmbito do dever-ser, do normativo, se torna suscetível de produzir

⁷³ Sobre o tema, escreveu J. H. Meirelles Teixeira:

“Mas a força vinculante das normas de eficácia limitada, e especialmente das normas programáticas, não se restringe às atividades do Poder Legislativo – o que já facilmente se deduz da simples exposição da sua eficácia interpretativa e integradora –, mas estende-se também às atividades da Administração e do Poder Judiciário. É bem verdade que alguns autores, pretendendo ainda caracterizar as normas programáticas pelos seus destinatários, entendem serem estes, unicamente, os legisladores ordinários. Pode-se afirmar, todavia, ser esta uma opinião hoje totalmente superada, e o próprio Crisafulli, tendo-a adotado em seus primeiros trabalhos sobre o assunto, abandonou-a, posteriormente, para reconhecer, de modo expresso, o seu equívoco, e afirmando que ‘embora o tema deva ser desenvolvido, tornado mais preciso e analisado pela doutrina em seus vários aspectos, parece poder-se considerar pacífico, ao menos este conceito central, de que sendo as normas programáticas verdadeiras e próprias normas jurídicas, seria inadmissível que pudessem legitimamente desenvolver-se atividades estatais e de outros sujeitos públicos em contradição com elas.’

Relativamente à Administração (Poder Executivo), se é coisa fora de qualquer dúvida que sua atividade há de desenvolver-se sob o signo da legalidade (todo ato administrativo deve conformar-se estritamente às leis e à Constituição); se as normas programáticas representam solenes promessas do próprio Estado, diretivas sociais e políticas por ele fixadas na Constituição, revelando-lhe a própria vocação político-social; se tais diretivas se impõem ao legislador ordinário, o criador de toda a normatividade subordinada à Constituição, como não se admitir a necessidade de sua observância pelos administradores, que são também órgãos do Estado?

Observe-se, entretanto, que, se a atividade administrativa for *vinculada*, isto é, tiver de se desenvolver obrigatoriamente em termos estritamente preestabelecidos em lei, representando, portanto, mera execução desta, então o problema deslocar-se-á para a questão da validade, ou não, dessas normas ordinárias em face das normas programáticas da Constituição.

A direta subordinação e obediência dos órgãos administrativos às normas programáticas, ou melhor, aos princípios gerais, diretivas e orientações nelas fixadas, deve, portanto, efetivar-se em todos aqueles casos em que tais órgãos e autoridades devem agir e resolver na ausência de lei ordinária sobre a matéria, ou quando a lei ordinária lhes haja assinalado poder de livre apreciação quanto à escolha de meios e critérios de ação.” TEIXEIRA, J. H. Meirelles. In **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, pp. 341-342.

eficácia jurídica. Razão maior há, diga-se de passagem, quando se trata de normas constitucionais, de elevado status jurídico.

1.2 Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto.

Em 1982, objetivando contribuir com o debate acerca da interpretação e da eficácia das normas constitucionais, os professores Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto publicaram “Interpretação e Aplicação das Normas Constitucionais”.

Segundo os ilustres constitucionalistas, “se, por um lado, todas as normas constitucionais se predispõem à produção de efeitos, por outro, nem todas o conseguem integralmente, porque não são suscetíveis de execução pela mesma forma. Algumas são executadas por via de mera aplicação, isto é, por incidência direta sobre os fatos regulados, na inteireza dos respectivos mandamentos. Outras, ao contrário, inadmitem o seu inteiro cumprimento sobre os fatos ou comportamentos disciplinados, porque reclamam a intermediação de lei subconstitucional, integradora do seu comando”⁷⁴.

1.2.1 Da integração normativa como critério de classificação das normas constitucionais.

O fenômeno da integração é compreendido pelos autores como “complementação da normatividade constitucional”. Segundo eles, duas são as espécies de normas constitucionais, tomando-se por critério de classificação a integração normativa: (a) normas de aplicação e (b) normas de integração. Estas últimas comportam duas subespécies: (a) normas completáveis e (b) normas restringíveis.

1.2.1.1 Normas de aplicação.

As normas de aplicação se caracterizam por “não deixar interstício entre o seu desígnio e o desencadeamento dos efeitos a que dão azo. Não se tensionam, no seu interior, a predisposição para atuar e a efetiva

⁷⁴ BASTOS, Celso Ribeiro; BRITTO, Carlos Ayres. **Interpretação e Aplicação das Normas Constitucionais**. São Paulo : Saraiva, 1982, p. 35. Cf. tb. BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. São Paulo : Celso Bastos Editor : Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997, p. 40.

concreção⁷⁵. Portanto, prescindem de integração normativa, não necessitam ser complementadas para que possam produzir plenamente seus efeitos jurídicos. Pelo contrário, se forem objeto de integração normativa, de complementação, “deverão sê-lo com muita cautela, já que sua estrutura se basta a si mesma, e qualquer regulamentação posterior poderá extrapolar os limites da constitucionalidade.”⁷⁶ Por essa razão é que se propõe também uma subdivisão das normas de aplicação em (a) normas de aplicação irregulamentáveis e (b) normas de aplicação regulamentáveis.

1.2.1.1.1 Normas de aplicação irregulamentáveis.

São normas de aplicação irregulamentáveis as que não comportam integração normativa; o tratamento jurídico dos fatos que regulam se dá no plano eminentemente constitucional. Tais normas incidem diretamente sobre os fatos objeto de disciplinamento jurídico. Segundo Celso Ribeiro Bastos, “trata-se de normas que não comportam regulamentação pela natureza da própria matéria tratada, seja pelo fato de dizerem respeito à separação de poderes ou até mesmo quanto à partilha de competências entre os três níveis da federação. Qualquer empreitada de regulamentar esses preceitos significaria a modificação da relação posta pela própria Constituição Federal, entre poderes ou entre a União, os Estados e os Municípios”⁷⁷.

1.2.1.1.2 Normas de aplicação regulamentáveis.

As normas de aplicação regulamentáveis, por sua própria terminologia, são aquelas suscetíveis de densificação normativa por parte do legislador ordinário. A finalidade da norma complementar consiste em densificar o conteúdo da norma constitucional, explicitando de forma mais adequada a matéria objeto de normatização. A rigor, não seria tecnicamente uma hipótese de integração normativa, mas tão somente de simples regulamentação da norma constitucional. Sobre o tema, asseveram os autores:

⁷⁵ BASTOS, Celso Ribeiro; BRITTO, Carlos Ayres. **Interpretação e Aplicação das Normas Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982, pp. 37-38.

⁷⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997, p. 42.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 43.

“(...) não estamos diante de rigorosa integração constitucional, mas, sim, de mera regulamentação. Nesta, a aplicação constitucional se dá com a ajuda das leis regulamentadoras, mas o primado da vontade constitucional é absoluto, e as sobreditas leis de regulamentação, simples instrumento da sua vontade. Esta há de remanescer intacta, soberana, intangível, com toda aquela fluorescência inerente à supremacia constitucional.”⁷⁸

1.2.1.2 Normas de integração.

As normas de integração se caracterizam pela existência de um verdadeiro abismo entre o que elas impõem e o efeito que tendem a desencadear. Padecem de uma deficiência instrumental, de operacionalização dos seus comandos, não se tornando exequíveis senão com a intermediação do legislador infraconstitucional, quando da edição de uma norma regulamentar. A norma regulamentadora praticamente compõe o núcleo da norma constitucional, pois, à medida que o vazio constitucional é preenchido, efetivamente se “funde à vontade constitucional”⁷⁹. Para os autores, tais normas podem ser facilmente identificadas no Texto Constitucional, nos casos em que o constituinte originário se valeu de expressões como “nos termos da lei”, “lei regulará”, “na forma da lei” etc. Ou seja, a própria Constituição já aponta para uma necessidade integrativa de seus preceitos. Desse modo, apenas a partir da edição da norma regulamentar é que o dispositivo estará apto a produzir a plenitude de seus efeitos jurídicos ou, a depender do tipo de norma, a irradiar os seus efeitos em escala reduzida ou contida. Portanto, no tocante às normas de integração, os autores as classificam em (a) normas completáveis e (b) normas restringíveis.

1.2.1.2.1 Normas de integração completáveis e restringíveis.

As normas de integração completáveis se caracterizam por exigir um aditamento, um complemento material, de conteúdo. Na ausência dessa

⁷⁸ BASTOS, Celso Ribeiro; BRITTO, Carlos Ayres. **Interpretação e Aplicação das Normas Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 46.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 48.

integração, tem-se uma omissão legislativa, contrária à supremacia constitucional.

De forma distinta, as normas de integração restringíveis são suscetíveis de complementação para efeito de restrição ou redução do seu âmbito de incidência. Na medida em que nas completáveis a integração se dá para completar o conteúdo e alcance da norma constitucional, nas restringíveis a integração ocorre para restringir o seu alcance.

1.3 Maria Helena Diniz.

A problemática da eficácia das normas constitucionais também foi objeto de preocupação acadêmica de Maria Helena Diniz, em sua obra *Norma Constitucional e seus Efeitos*. Após uma análise das diversas classificações doutrinárias sobre a matéria, a doutrinadora apresentou sua proposta tomando por base, para tanto, dois critérios: (a) intangibilidade das normas constitucionais e (b) produção de efeitos concretos.

Partindo de tais premissas, Maria Helena Diniz classifica as normas constitucionais em (a) normas com eficácia absoluta, (b) normas com eficácia plena, (c) normas com eficácia relativa restringível e (d) normas com eficácia relativa complementável ou dependente de complementação⁸⁰.

1.3.1 Normas constitucionais com eficácia absoluta.

As normas constitucionais supereficazes ou com eficácia absoluta são intangíveis, não podem sequer ser emendadas. Possuem, portanto, uma eficácia paralisante total ou absoluta em face de qualquer ato normativo que lhes seja contrário ou tendente a suprimi-las. Nesse aspecto, se diferem das normas de eficácia plena, na medida em que estas últimas são passíveis de ser emendadas pelo poder reformador⁸¹.

Tais normas possuem uma eficácia positiva e uma outra negativa. A eficácia positiva se traduz no sentido de terem essas normas constitucionais uma incidência imediata e de serem intangíveis. Já a eficácia negativa reside na impossibilidade de seus dispositivos permitirem a edição de qualquer

⁸⁰ DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus Efeitos**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 109.

⁸¹ DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus Efeitos**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 109-110.

ato que lhes seja contrário. Possuem, portanto, uma eficácia paralisante total e imediata.

Consoante Maria Helena Diniz, as normas constitucionais com eficácia absoluta não comportam reforma, “sob pena de destruírem, ou suprimirem, a própria Constituição.”⁸² Sobre a eficácia paralisante, ou abrogante, aduz a autora:

“Há uma supereficácia paralisante, ou abrogante, das normas constitucionais absolutas, pois, aplicáveis imediatamente, sendo intangíveis e invioláveis, não poderão ser alteradas pelo poder constituinte derivado, sobrevivendo enquanto a Constituição for vigente. São, portanto, inoperantes as leis que, porventura, as limitarem ou que com elas conflitarem.”⁸³

Refere-se a autora, em tal hipótese, às denominadas cláusulas pétreas, que não podem ser abolidas do Texto Constitucional por meio de reforma à Constituição.

A essa hipótese fazemos uma ressalva, discordando do ponto de vista explanado. As cláusulas pétreas, elencadas no artigo 60, § 4º, da Constituição Federal, não podem ser abolidas do Texto Constitucional, o que não as torna impossíveis de alteração. O que veda a Constituição, relativamente ao exercício da competência reformadora, é que propostas de emendas constitucionais tendentes a abolir a federação, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes e os direitos e garantias fundamentais sejam sequer objeto de deliberação em uma das Casas do Congresso Nacional. Ou seja, a Constituição não veda a reforma (alteração) das cláusulas pétreas, mas proíbe que sejam abolidas. Logo, a vedação constitucional incide sobre proposta de emenda tendente a abolir dispositivos constitucionais petrificados, o que não é o mesmo que impedir que tais dispositivos possam ser objeto de modificação. Ou seja, em nosso entendimento, é possível que ocorra alteração nas cláusulas pétreas, desde que tal mudança não implique a supressão do bem constitucionalmente tutelado. Portanto, frisemos mais uma vez: a vedação recai sobre a abolição

⁸² *Ibidem*, p. 110.

⁸³ *Ibidem*, p. 111.

do conteúdo petrificado, mas não sobre eventual mudança na qual tenha ele a sua essência preservada.

1.3.2 Normas constitucionais com eficácia plena.

Por sua vez, as normas constitucionais com eficácia plena, na classificação ora em análise, são aquelas “idôneas, desde sua entrada em vigor, para disciplinarem as relações jurídicas ou o processo de sua efetivação, por conterem todos os elementos imprescindíveis para que haja a possibilidade da produção imediata dos efeitos previstos, já que, apesar de suscetíveis de emenda, não requerem normação subconstitucional subsequente. Podem ser imediatamente aplicadas.”⁸⁴

Diversamente das normas constitucionais de eficácia absoluta, as de eficácia plena permitem ser reformadas por revisões ou emendas constitucionais. Excluída tal distinção, às primeiras são equiparáveis, na medida em que podem ser imediatamente aplicadas.

1.3.3 Normas constitucionais com eficácia relativa restringível.

As normas constitucionais com eficácia relativa restringível correspondem às normas de eficácia contida na classificação proposta por José Afonso da Silva. Explica a autora optar por esta denominação em decorrência de tais normas poderem ser aplicadas imediatamente, apesar de sua eficácia poder ser reduzida ou restringida nas hipóteses constitucionalmente permitidas. Desse modo, o alcance das normas constitucionais será reduzido pela atividade legislativa, ou seja, por intermédio de lei⁸⁵.

No entendimento de Maria Helena Diniz, as normas constitucionais com eficácia relativa restringível são “preceitos constitucionais que receberam do constituinte normatividade capaz de reger os interesses, mas contêm, em seu bojo, a prescrição de meios normativos ou de conceitos que restringem a produção de seus efeitos. São normas passíveis de restrição.”⁸⁶

⁸⁴ DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus Efeitos**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 112.

⁸⁵ DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus Efeitos**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 113.

⁸⁶ *Ibidem*.

Desse modo, possuem incidência direta e imediata, produzindo todos os efeitos jurídicos que lhes são inerentes. Todavia, estão sujeitas a eventuais restrições nelas próprias previstas e que podem ser implementadas por legislação superveniente, ou seja, “deixam margem à atuação restritiva da competência discricionária do Poder Público nos termos legais ou dos conceitos gerais nelas enunciados.”⁸⁷

1.3.4 Normas constitucionais com eficácia relativa complementável.

As normas com eficácia relativa complementável ou dependente de complementação legislativa, de aplicabilidade mediata, dependem de lei complementar ou ordinária para desenvolver a eficácia, permitindo ao titular a fruição do direito ou benefício por elas instituído. Segundo a autora, “enquanto não for promulgada aquela lei complementar ou ordinária, não produzirão efeitos positivos, mas terão eficácia paralisante de efeitos de normas precedentes incompatíveis e impeditiva de qualquer conduta contrária ao que estabelecerem.”⁸⁸ O constituinte originário não lhes conferiu normatividade suficiente para incidirem imediatamente: delegou ao Legislativo a atribuição de disciplinar a matéria que carregam. Tal circunstância, todavia, não impede que produzam efeitos jurídicos.

As normas constitucionais de eficácia relativa complementável comportam duas subespécies: (a) normas de princípio institutivo e (b) normas programáticas.

As primeiras requerem uma integração normativa para que tomem corpo as instituições, as pessoas ou os órgãos nelas previstos. As segundas indicam programas constitucionais que o legislador ordinário deverá desenvolver mediante a edição de legislação integrativa da vontade constituinte⁸⁹.

Concluindo, Maria Helena Diniz entende que existe um gradualismo eficaz nas normas constitucionais, na medida em que não se identificam

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 114.

⁸⁹ DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus Efeitos**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 115.

quanto à produção dos seus efeitos e à sua intangibilidade ou emendabilidade. Partilhando de entendimento similar a boa parte da doutrina constitucional, finaliza a doutrinadora argumentando que inexistente norma da Constituição destituída de eficácia. Portanto, todas as normas constitucionais têm a aptidão de produzir, em menor ou maior medida, efeitos jurídicos, ou seja, todas são juridicamente eficazes!

.

CAPÍTULO III

CONCEPÇÕES DOUTRINÁRIAS CLÁSSICAS SOBRE EFETIVIDADE CONSTITUCIONAL

1. Konrad Hesse: *Vontade de Constituição.*

No âmbito da Teoria da Constituição, relativamente à eficácia das normas constitucionais, não podemos prescindir das lições do ex-professor da Universidade de Freiburg e ex-juiz do Tribunal Constitucional Alemão Konrad Hesse⁹⁰. Em 1959, em aula inaugural na cátedra de Direito Constitucional da Universidade de Freiburg, sob o título “A força normativa da Constituição”, Hesse buscou apresentar os elementos que permitem a uma Constituição irradiar toda sua força no sentido de disciplinar normativamente a sociedade sobre a qual ela incide. Seu ponto de partida para a reflexão foi o clássico do pensamento político constitucional *A Essência da Constituição*⁹¹, de autoria de Ferdinand Lassale. O referido texto resultou de uma Conferência proferida por Lassale⁹² para intelectuais e operários prussianos, e nele o autor apresenta uma ideia de Constituição sob a perspectiva sociológica.

Depois de uma breve síntese do pensamento de Lassale consubstanciado na obra citada, Hesse buscou extrair as consequências dessa forma de conceber a Constituição e o Direito Constitucional, declarando:

⁹⁰ Cf. HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1998; **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1991; **Escritos de Derecho Constitucional**. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

⁹¹ Cf. Ferdinand Lassale, in **A Essência da Constituição**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995.

⁹² Segundo Aurélio Wander Bastos, trata-se de uma conferência proferida em 1863, para intelectuais e operários da antiga Prússia. Cf. *Nota Explicativa* à edição brasileira de *Über die Verfassung*, traduzida como **A Essência da Constituição**, Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995. p. 1.

Por sua vez, Konrad Hesse afirma tratar-se de uma conferência sobre a natureza da Constituição, proferida em 16 de abril de 1862, em uma associação liberal-progressista de Berlim. HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1992, p. 57.

“Extrayendo sus consecuencias, la idea del carácter por sí solo determinante de las relaciones efectivas significa lo siguiente: el presupuesto de la efectividad de la constitución jurídica, la completa coincidencia entre realidad y norma, es sólo un hipotético caso límite. Pues entre la norma, por principio estática y racional, y la realidad fluctuante e irracional, existe una tensión por principio necesaria, imposible de eliminar. Así, para este planteamiento constitucional, la situación de conflicto existe siempre: la constitución jurídica sucumbe diariamente en sus aspectos esenciales, es decir, en los no puramente técnicos, ante la constitución real. Por tanto, la idea del carácter por sí solo determinante de la constitución real no conduce sino a una negación de la constitución jurídica. Parafraseando la conocida expresión de Rudolph SOHM podría decirse: El Derecho constitucional se encuentra en contradicción con la naturaleza de la constitución.”⁹³

A ideia acima exposta conduz à negação do próprio Direito Constitucional como Ciência do Direito. Como todo âmbito do conhecimento jurídico, o Direito Constitucional é uma ciência normativa, que busca descrever o *dever-ser*. É uma realidade distinta da Sociologia ou da Ciência Política, na medida em que estas, tendo por objeto fatos sociais ou fenômenos políticos, são *ciências da realidade*. Nessa linha de raciocínio, se o Direito Constitucional positivo se ocupa de expressar relações fáticas em constantes mudanças, a ciência do Direito Constitucional nada mais é do que Sociologia ou Ciência Política, cuja função consiste apenas em atestar e descrever de forma ininterrupta os fatos emanados da realidade política. Trata-se, segundo Hesse, de uma função *indigna e penosa* para o Direito Constitucional, cuja tarefa consiste tão somente em justificar as relações de poder existentes numa determinada comunidade política⁹⁴.

⁹³ HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1992, pp. 58-59.

⁹⁴ Para Hesse, “*tal negación del Derecho constitucional contiene, a su vez, la negación del valor de la ciencia del Derecho político como ciencia jurídica. La ciencia del Derecho político es, como toda ciencia jurídica, ciencia normativa; en eso se diferencia de la sociología política y de la ciencia política como puras ciencias de la realidad. Si las normas*

A negação do Direito Constitucional positivo e da ciência do Direito Constitucional se encontra justificada quando a Constituição apenas expressa as relações de poder existentes na comunidade e, também, revela-se desprovida de uma força jurídica própria. Todavia, o argumento apresentado por Lassale carece de fundamento:

“cuando la Constitución posee una fuerza propia, aunque sea limitada, motivadora y ordenadora de la vida política. La cuestión de este modo planteada es la de la fuerza normativa de la Constitución. ¿Existe, junto a la fuerza determinante de las relaciones efectivas, de las fuerzas sociales y políticas, una fuerza determinante del Derecho constitucional? ¿En qué se apoya esta fuerza y hasta dónde alcanza? ¿No es acaso una ficción – que para el jurista constitucional sería, por así decir, una necesidad profesional – pensar que el Derecho determina la marcha de la vida política, mientras que la verdad es que se halla condicionado por fuerzas totalmente distintas? Estas cuestiones surgen muy especialmente en el ámbito de la Constitución porque aquí, a diferencia de otros sectores del ordenamiento jurídico, falta en último término la garantía exterior de la imposición de los mandatos jurídicos. Responder a las mismas supone pronunciarse sobre la idea de la constitución jurídica así como sobre la ciencia del Derecho político como ciencia normativa.”⁹⁵

Objetivando responder tal questão, Hesse indica que o ponto de partida para a análise da problemática é a relação de dependência mútua entre a Constituição jurídica, de um lado, e a Constituição real (realidade política e social), de outro. Na sequência, há que observar as limitações e as possibilidades de atuação do texto normativo constitucional dentro dessa

de la Constitución no son sino la expresión de relaciones de hecho en continuo cambio, la ciencia de la constitución jurídica tiene que volverse una disciplina jurídica sin Derecho a la que no le queda en último término otra tarea que la de constatar y comentar ininterrumpidamente los hechos producidos por la realidad política. La ciencia del Derecho político no es, entonces, servicio a un orden estatal justo que debe encontrar cumplimiento sino que recibe la penosa función, indigna de una ciencia, de justificar las relaciones de poder existentes. Pero se hace suya esa negación del Derecho constitucional, si ella misma contempla la constitución real como lo único decisivo, entonces pierde su carácter de ciencia del ser, dejando de distinguirse de la sociología o de la ciencia política.” HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1992, p. 59.

⁹⁵ HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1992, pp. 59 e 60.

relação e, por fim, discutir a questão pertinente às condições que devem permitir a plena efetividade da Constituição.

A análise isolada de cada ente (Constituição real e Constituição jurídica) não permite uma resposta adequada ao problema. Ao revés, se assim procedermos, possivelmente se confirmará a tese de prevalência da imperatividade dos fatos sobre o direito⁹⁶.

A pretensão de vigência de uma Constituição não é, pois, semelhante às suas condições de realização. Ao contrário, a pretensão de vigência do texto constitucional integra os elementos específicos que permitem tais condições de concretização. Por tal razão, a Constituição jurídica não é apenas o reflexo das relações reais e efetivas do poder que regem uma comunidade, afigurando-se também como legítimo dever-ser. Logo, em razão dessa pretensão de vigência, o Texto Constitucional buscar ordenar e conformar a realidade política e social que lhe é subjacente. De forma simultânea, condiciona e é condicionado pelas relações de poder. Em consequência, não se pode reduzir a Constituição ao seu viés puramente normativo ou exclusivamente sociológico. É possível, a depender da finalidade pretendida, diferenciar os elementos de dependência da realidade e da normatividade constitucional, mas não separá-los um do outro ou identificá-los um com o outro.

Portanto, a Constituição real e a Constituição jurídica se acham em relação de reciprocidade, de “coordenación correlativa”. Tal condicionamento recíproco não implica uma relação de dependência entre elas,

⁹⁶ Segundo Hesse, “la separación considerada inevitable entre realidad y norma, entre ser y deber ser en el Derecho constitucional no sólo no nos lleva a ningún sitio que puede, como ha sido observado repetidamente, convertirse en la confirmación, confesada o no, de la tesis de la exclusividad de la fuerza determinante de las relaciones fácticas. Incluso una simple modificación del acento en un sentido u otro lleva de forma casi inevitable al extremo de la norma vacía de realidad o de la realidad vacía de normatividad. Hay, pues, que buscar el camino entre el sacrificio de lo normativo ante la simple facticidad de una parte y la normatividad ajena a la realidad y carente de contenido, de otra. (...) La norma constitucional carece de existencia propia, independiente de la realidad. Su naturaleza estriba en que pretende **tener vigencia**, es decir, realizar o estado por ella normado. Esta pretensión de vigencia no puede desvincularse de las condiciones históricas de su realización que, manteniéndose en una interdependencia múltiple, crean los condicionamientos específicos de los que no puede hacer abstracción. Entre ellos se cuentan las condiciones naturales, técnicas, económicas y sociales de cada situación, frente a las cuales la pretensión de vigencia de la norma jurídica sólo tiene éxito cuando toma en cuenta estas condiciones. Entre las cuales no cabe olvidar los contenidos espirituales, enraizados en un pueblo, las concretas opiniones y valoraciones sociales que condicionan decisivamente la conformación, la comprensión y la autoridad de las normas jurídicas.” HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1992, p. 62.

comportando cada qual uma significação autônoma, apesar de relativa. Referida pretensão de vigência constitucional se afigura como um fator no campo de forças políticas de cuja operatividade surge a realidade estatal. Na medida em que a Constituição concretiza essa pretensão de vigência, ela consegue alcançar sua força normativa. Deste fato surgem as questões pertinentes aos limites e às possibilidades de realização constitucional no conjunto dessas dependências recíprocas nas quais se inscreve a pretensão de vigência da Constituição normativa. Portanto, resta evidente que, para a adequada apreciação dos limites e das possibilidades de realização constitucional, devemos levar em consideração a conexão existente entre a realidade e a Constituição jurídica. Embasando tal entendimento, Hesse cita lições de Wilhelm Von Humboldt, que afirma o seguinte:

“Toda constitución, incluso cuando se la concibe como una estructura meramente teórica, debe encontrar el *germen material de su fuerza vital* en la época, en las circunstancias, en el carácter nacional, produciéndose su desarrollo a partir de estos últimos. Pretender fundamentarla sobre la sola base de los principios de la razón y de los conocimientos es altamente peligroso...”⁹⁷

Segundo Hesse, Humboldt já deixa claros os limites da força normativa da Constituição. Em sua concepção, a Constituição não pode pretender constituir o Estado de forma puramente teórica e abstrata, descontextualizada das circunstâncias e das forças históricas, sob pena de permanecer eternamente estéril. Portanto, a Constituição não tem a força de engendrar absolutamente nada que não esteja situado no presente. Onde tais pressupostos não se encontram devidamente preenchidos a Constituição não pode ser operativa; onde não é possível despertar força alguma fundamentada na natureza das coisas igualmente não é possível orientar referida força; onde a Constituição prescinde das leis espirituais, morais, sociais, políticas ou econômicas de sua época, lhe faltará do germe imprescindível de sua força vital, sendo, pois, incapaz de produzir efeitos no sentido de se impor aos fatos que lhe sejam antagônicos. A proximidade entre a realida-

⁹⁷ *Ges. Schriften*, vol. II, p. 69 *apud* HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Centro de Estudios Constitucionales : Madrid, 1992, p. 64.

de constitucional e a normatividade constitucional é a justa medida para que a Constituição possa expandir sua força normativa⁹⁸. Por tal razão, a normatividade constitucional pode ser operante quando busca construir o futuro radicada nas particularidades do presente⁹⁹.

No entanto, a força normativa da Constituição não resulta apenas da sua inteligente adequação às circunstâncias fáticas. Para Hesse, a própria Constituição pode converter-se em uma força ativa – para utilizarmos a terminologia da Lassalle – quando se encontra situada e atenta ao presente.

A bem da verdade, a Constituição por si só não impõe ou realiza absolutamente nada; apresenta tão somente uma tarefa. Sua força atuante vem à tona quando referida tarefa é social e politicamente assumida; quando os indivíduos e a sociedade se dispõem a agir em conformidade com o que ela determina; quando cada um e a totalidade dos membros do grupo social se encontram decididos a impor essa ordem diante de questionamentos ou ataques circunstanciais resultantes de considerações de utilidade; quando, por fim, na consciência coletiva e dos responsáveis pela manutenção da Constituição – ou seja, da vida constitucional – se acha viva não apenas a vontade de poder, mas, sobretudo, a vontade de Constituição. A vontade de Constituição corresponde ao desejo de viver sob e por intermédio de um Constituição¹⁰⁰.

⁹⁸ A proximidade entre a realidade e a normatividade constitucional é um elemento que permite uma maior efetividade da Constituição. Para Hesse, “quanto mais suas normas partem das realidades da situação histórica e procuram conservar e aperfeiçoar aquilo que já está delineado na condição individual da atualidade, tanto mais rápido podem elas desenvolver efeito normalizador.” In **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 48.

⁹⁹ Para Hesse, “la fuerza y la eficacia de la Constitución descansan en su vinculación a las fuerzas espontáneas y a las tendencias vitales de la época, en su capacidad para desarrollar y coordinar objetivamente las fuerzas, para ser, por su mismo objeto, el orden global determinado, es decir, material de las relaciones sociales concretas.” In HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1992, p. 65.

¹⁰⁰ A vontade de Constituição, diz Hesse, “procede de una triple raiz: Se basa en la conciencia de la necesidad y el valor específico de un orden objetivo y normativo inviolable que aleje a la vida de la arbitrariedad desmedida e informe. Se basa en la convicción de que este orden establecido por la Constitución es algo más que un orden exclusivamente fáctico, que se trata de un orden no sólo legítimo sino necesitado de continua legitimación. Se basa, en relación con eso último, en la conciencia de que este orden no puede tener la vigencia de una ley concebida por el intelecto al margen de la voluntad humana sino que sólo puede adquirir y conservar su vigencia a través de actos de voluntad. Una voluntad así puede resultar operante porque la vida política, como todo en la vida humana, no se halla entregada sólo a la roma actuación de fuerzas aparentemente ineluctables sino que estamos llamados a conformarla activamente, fijiándonos y logrando objetivos en relación con ella. De ese modo incurriríamos inevitablemente en un desconocimiento de la totalidad de esta realidad, de su completa disposición individual, que precisamente no es solamente un problema de circunstancias ineluctables sino igualmente un problema de un orden a alcanzar, es

A força e a eficácia da Constituição reside em sua própria essência. A natureza e a eficácia da força normativa de um documento constitucional deve resultar da sua própria razão de ser. Disso emanam não apenas os seus limites, mas também os pressupostos a partir dos quais a Constituição pode alcançar sua máxima efetividade. Portanto, tais pressupostos dizem respeito à sua conformação material e à sua práxis institucional e social.

No tocante ao primeiro pressuposto, relativo ao conteúdo, quanto mais próximo corresponder sua matéria à realidade social subjacente, maior eficácia dela se irradiará, permitindo-lhe com maior segurança produzir toda sua força normativa. Por essa razão, afirma Hesse que “la más esencial de las condiciones de la fuerza normativa de la Constitución es que incorpore no solamente las circunstancias sociales, políticas o económicas sino, sobre todo, también la situación espiritual de su época, que venga aprobada y apoyada por la conciencia general en tanto que orden adecuado y justo.”¹⁰¹

Desse modo, uma Constituição deve ocupar-se apenas de firmar a organização política por meio de específicos princípios fundamentais, os quais poderão ser desdobrados em regras constitucionais técnico-organizativas. Ademais, deverá incluir em sua estrutura valores essenciais que permitam a cada qual viver de forma digna. Em síntese, a estrutura material de uma Constituição deverá cingir-se à disciplina do poder e à proteção dos direitos fundamentais. No tocante à sua extensão, o adequado seria uma Constituição sintética. Com esta estrutura, a Constituição tem a possibilidade de uma existência mais duradoura, não estando sujeita a constantes reformas em seu texto, resultantes da necessidade de se adaptar às frequentes mudanças sociais. A adaptação ou mutação constitucional se daria por meio da interpretação constitucional, caracterizada como um processo informal de mudança de Constituição. Modificações formais frequentes transmitem a ideia de depreciação da força normativa da Constituição, na medida em que ela, não mais conseguindo impor-se à coletividade,

decir, un orden normativo.” In HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**, Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1992, p. 66.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 67.

necessitaria ser adaptada por meio de alterações formais¹⁰². E modificações formais frequentes e sucessivas são indícios de que a força normativa da Constituição se encontra em declínio¹⁰³.

¹⁰² Sobre a efetividade e mutação constitucional, expõe Hesse o seguinte:

“Mais além de tudo isso não pode o mais engenhoso sistema constitucional garantir efetivamente sua observância quando carece dos pressupostos necessários para alcançar sua efetiva vigência, quando a Constituição não é capaz de se haver bem com a realidade de uma ordem configuradora e formadora de uma realidade histórica viva. Essa capacidade, que é um pressuposto para que a Constituição possa cumprir as funções assinaladas, depende, em grande medida, de fatores externos, sobre os quais por sua parte, só pode influir limitadamente. Entre eles podem-se citar as circunstâncias da realidade histórica, a cujo ordenamento está destinada a Constituição, e o nível de desenvolvimento espiritual, social, político e econômico dos tempos. Quanto mais conecte o Direito Constitucional com tais circunstâncias, quanto melhor assumam as forças e tendências de cada época, melhor poderá exibir seus efeitos. Quando tenta apegar-se a formas historicamente superadas ou quando, pelo contrário, se proponha a uma utopia, fracassará inevitavelmente ante a realidade.

Junto a tudo isso, não menos essencial é a conduta das pessoas que participam na vida constitucional, a disponibilidade dos dirigentes políticos e dos governados para aceitar como moralmente imperativo o conteúdo da Constituição. Não é a vontade dos diferentes legisladores que consegue que as normas da Constituição sejam acatadas, que se afirme o Estado como unidade política de ação estabelecida por ela, e seja assumido responsabilmente, mas sim, que, ademais, o acordo dos progenitores da Constituição tem que se perpetuar, por princípio, entre aqueles que posteriormente hão de viver sob ela. Isso depende de que a ordem positivada nela, e por ela se considere moralmente reta, ordem legítima, e exiba à sua volta efeitos integradores. O consenso fundamental sobre isso, que deve transcender os atuais antagonismos e conflitos, é um fator essencial de que dependem a validade e a eficácia do Direito Constitucional.

(...)

Toda Constituição é Constituição no tempo; a realidade social, a que são referidas suas normas, está submetida à mudança histórica e esta, em nenhum caso, deixa incólume o conteúdo da Constituição. Quando se desatende dita mudança, o conteúdo constitucional fica ‘petrificado’ e a curto ou longo prazo não poderá cumprir suas funções.

Da mesma forma, a Constituição pode descumprir suas tarefas quando se adapta, sem reservas, às circunstâncias de cada momento, em tal caso, suas normas já não são pauta das circunstâncias, mas são estas que atuam como parâmetro de suas normas. Funcionalmente e só até certo limite pode contrapor-se a tal situação mediante a exigência de maiorias qualificadas para a reforma constitucional.

Em ambos os casos, no entanto, revela-se superior ao poder do Direito; no primeiro caso, o tempo deixa defasada a Constituição, e, no segundo, a degrada até reduzi-la a mero reflexo das relações de poder existentes em cada momento.

Por isso, da perspectiva da *Constituição no tempo*, a Constituição só pode cumprir suas tarefas onde consiga, sob mudadas circunstâncias, preservar sua força normativa, isto é, onde consiga garantir sua continuidade sem prejuízo das transformações históricas, o que pressupõe a conservação de sua identidade. Partindo disso, nem a Constituição como um todo nem suas normas concretas podem ser concebidas como letra morta, como algo estático e rígido; precisamente sua continuidade pode chegar a depender da forma em que se encare a mudança. Esta pode ser levada a efeito por duas vias.

Uma dessas vias consiste em modificar o conteúdo das normas constitucionais mantendo intacto o texto literal, isto é, mediante uma mutação constitucional.” In HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 13-14.

¹⁰³ Para Hesse, “*si prescindimos de las disposiciones puramente técnico-organizativas, la Constitución debe limitarse, en la medida de lo posible, a unos pocos principios elementales cuya caracterización detallada, teniendo en cuenta una realidad social y política que precisamente, hoy día se modifica cada vez con mayor celeridad, pueda tener lugar continuamente, si bien teniendo en consideración dichos principios esenciales; - el amarre a la Constitución (verfassungskräfte Verankerung), como gusta decir, de cualesquiera intereses particulares o coyunturales hace, por el*

Ao lado da estrutura sintética e do conteúdo conciso da Constituição, que lhe podem propiciar maior durabilidade, apesar da inequívoca celeridade da dinâmica social, o constitucionalista alemão sugere que uma Constituição não deve ser construída sobre “estruturas unilaterais”. Ao lado de determinados conteúdos constitucionais devem existir, sempre que possível, outros que lhes sirvam de contraponto. Isso resulta em que a Constituição deve envolver situações que, à primeira vista, podem lhe parecer contrárias, antinômicas. Ou seja, deve não apenas elencar os direitos fundamentais, mas também os respectivos deveres fundamentais; na medida em que institucionaliza a separação dos poderes, deverá conceber algumas hipóteses de concentração de poder; se a forma de Estado por ela instituída é a federação, caracterizada por uma descentralização política, necessitará instituir uma certa dosagem de unitarismo político. Isso porque, se a Constituição disciplinar tais conteúdos em sua pureza, sem um respectivo contraponto, não tardiamente sua força normativa sucumbirá. No entendimento de Hesse, em razão de uma eventual estrutura unilateral, a Constituição se veria encurralada pela realidade; os princípios que pretende concretizar restariam suprimidos¹⁰⁴.

A expansão da força normativa da Constituição não decorre apenas dos elementos acima descritos, mas também da práxis constitucional, ou seja, da vivência da Constituição. Todos os entes públicos e privados, incluindo os cidadãos, devem ser guiados pela vontade de Constituição, i.é, pela espontaneidade de agir e atuar conforme as normas constantes do Texto Constitucional, mesmo que isso implique sacrificar algumas vantagens lícitas decorrentes do próprio sistema jurídico. Sobre o tema Walter Burckhardt diz o seguinte:

“Quien conscientemente sacrifique algún interés a un mandato constitucional refuerza el respeto a la Constitución, cuidando así de un bien imprescindible para todo Estado y en particular para el democrático. Quien rehuye este sacrificio dilapida en calderilla un capital que supera todas

contrario, inevitables las modificaciones frecuentes de la Constitución, con la consiguiente depreciación de su fuerza normativa.” In HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**, Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1992, p. 67.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 68.

las ventajas alcanzables y que, una vez dilapidado, resulta irrecuperable.”¹⁰⁵

Outro aspecto, já salientado acima, diz respeito às constantes mutações formais da Constituição sob o pretexto de necessidade política inadiável. As mudanças na Constituição apenas devem ocorrer quando, de fato, necessitam ser implementadas para efeitos de reordenação política ou quando se verifique um completo distanciamento da realidade social subjacente. Modificações corriqueiras em período relativamente curto quebram a confiança da sociedade quanto à inviolabilidade do Texto Constitucional e põem em evidência o enfraquecimento de sua força normativa. Por isso, na concepção de Hesse, a eficácia da Constituição tem como condição básica sua modificação na menor medida possível.

Por fim, se deve destacar o papel que a interpretação constitucional exerce em relação à preservação e à consolidação da força normativa da Constituição. O ato interpretativo há de ser guiado pelo postulado da máxima efetividade possível. Se o Direito Constitucional vê condicionada sua eficácia em decorrência das concretas relações sociais, a interpretação constitucional não poderá delas prescindir. O intérprete do Direito deverá levar em conta tais condicionamentos e os relacionar ao conteúdo normativo do dispositivo constitucional. A interpretação correta, afirma Hesse, “será aquella que, bajo las condiciones concretas de la situación dada, realice de forma el sentido de la regulación normativa”¹⁰⁶. Por meio do ato interpretativo altera-se o significado que é atribuído ao enunciado normativo da Constituição, como mecanismo de atualização de suas normas e acompanhamento da evolução social. Nesse sentido, a literalidade do texto normativo continua a mesma; no entanto, o significado que lhe é atribuído passa a ser um outro, mais atualizado, fazendo valer a força normativa da Constituição. Essa é a razão pela qual se entende que a interpretação constitucional se apresenta como um processo informal de mudança da Constituição. Trata-se de um processo informal para se contrapor ao processo formal, que se opera por meio de emendas constitucio-

¹⁰⁵ *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung*. 3ª ed. 1931, p. VIII, *apud* HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**, Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1992, p. 68.

¹⁰⁶ HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**, Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1992, p. 69.

nais. Nessa hipótese, a estrutura normativa da Constituição se torna objeto de mudança por meio de supressão, alteração redacional ou inclusão de um novo enunciado normativo. Ou seja, mediante o processo formal de mudança da Constituição resultará sempre uma nova norma jurídica de cunho constitucional, proveniente do poder reformador, com o propósito de implementar modificações em seu corpo. Já por meio da interpretação constitucional a estrutura textual da Constituição permanece a mesma, todavia o significado que lhe é atribuído pelo intérprete já é um novo, permitindo à Constituição evoluir, acompanhar e disciplinar normativamente a comunidade política. É oportuno salientar que a sociedade se transforma mais rapidamente que o Direito; logo, este último deve conceber mecanismos mais eficazes para que se possa acompanhar tal dinâmica social. Daí, repita-se, a razão pela qual se entende ser a interpretação constitucional um mecanismo de mutação informal da Constituição¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Sobre o tema, diz Anna Candida da Cunha Ferraz:

“Quando ocorre o fenômeno da mutação constitucional por via da interpretação constitucional? Ou, em outras palavras, quando a interpretação constitucional configura processo de mutação constitucional? Sempre que se atribui à Constituição sentido novo; quando, na aplicação, a norma constitucional tem caráter mais abrangente, alcançando situações dantes não contempladas por ela ou comportamentos ou fatos não considerados anteriormente disciplinados por ela; sempre que, ao significado da norma constitucional, se atribui novo conteúdo, em todas essas situações se está diante do fenômeno da *mutação constitucional*. Se essa mudança de sentido, alteração de significado, maior abrangência da norma constitucional são produzidas por via da interpretação constitucional, então se pode afirmar que a interpretação constitucional assumiu o papel de processo de mutação constitucional.

Em resumo, ocorre mutação constitucional por via da interpretação constitucional quando, por esse processo, se altera o significado, o sentido ou o alcance do texto constitucional, sem que haja modificação na letra da Constituição.” in *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986, pp. 56-57. Em **Mutação Constitucional**, Adriano Sant’Ana Pedra afirma que as mudanças constitucionais são compreendidas como *informais* porque se operam à margem do processo expressamente previsto na Constituição. Diz o autor sobre o tema:

“Elas ocorrem de modo informal e difuso para atender à exigência de um exercício contínuo da tarefa de possibilitar a efetiva aplicação da Constituição existente.

A Constituição não é modificada apenas mediante emendas constitucionais, pois, além dos mecanismos formais de alteração do texto constitucional, que estão previstos nele próprio, evidenciam-se também modos informais de alteração nas constituições, em que é modificada sua disposição expressa. Assim, enquanto a reforma constitucional consiste na modificação dos textos constitucionais produzidas por meio de ações voluntárias, a mutação constitucional opera-se modificando o sentido sem mudança do dispositivo, mediante fatos não acompanhados necessariamente de consciência de tais modificações. (...)

Assim, a mutação constitucional constitui um processo informal de alteração da Constituição, que cuida de sua atualização e concretização. Tal fenômeno possui a particularidade de não se encontrar expressamente previsto no próprio texto constitucional, diversamente do que ocorre com a reforma (e a revisão) constitucional, que está prevista e há de processar-se nos exatos termos e limites expressos na Constituição.” SANT’ANA PEDRA, Adriano. **Mutação Constitucional: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional**, p. 128 e 129.

É importante salientar, todavia, que a simples evolução social não implica necessariamente uma exigência de modificação informal da Constituição. A evolução social pode ensejar mudanças no Texto Constitucional, mas esta é uma decisão que recai na esfera de competência dos intérpretes autênticos da Constituição e, por último, sobre o Supremo Tribunal Federal, a quem foi dada a última palavra em sede de interpretação constitucional. Portanto, a revisão constitucional – isto é, a alteração formal da Constituição – apenas deverá ser operacionalizada quando a Constituição não puder ser objeto de atualização por meio da interpretação constitucional. Por isso, entende Hesse que tal mobilidade decorrente da interpretação constitucional se apresenta como uma condição básica de sua força normativa, que refletirá, por via de consequência, em sua estabilidade jurídica e política.

2. Karl Loewenstein: *Sentimento Constitucional*.

No decorrer da primeira época do Estado Constitucional, a Constituição logrou um respeito quase sobrenatural, indo além do seu caráter instrumental de racionalização do poder político. A verdade, apesar de triste, é que a Constituição se distanciou emocional e intelectualmente dos destinatários do poder. Para o cidadão comum, ou, utilizando as palavras de Loewenstein, para o “homem da rua”, a Constituição não significa quase nada. Apenas uma pequena parcela da população dos mais diversos países possuem interesse em conhecê-la, para não falar daqueles que podem efetivamente assimilar o seu conteúdo.

Por tal razão, o Direito Constitucional tem-se convertido, para o “homem da rua”, em uma ciência oculta. A sua compreensão está reservada, na prática, para uma minoria de juristas profissionais, além dos burocratas governamentais. E não pode ser de outra maneira. As decisões político-conformadoras emanam dos centros de poder, ora dominado pelos políticos, ao passo que a execução dessas decisões é de competência dos experts em Direito Constitucional. Grande parcela da população perdeu o interesse na Constituição, de modo que ela tem perdido seu valor efetivo para o

povo. Afirma Loewenstein ser este um “fato indiscutível e alarmante¹⁰⁸”. Os documentos constitucionais, quando do seu surgimento, foram considerados instrumentos bem pensados e articulados; na época da sua primeira aparição, eram considerados a “chave mágica” para a feliz ordenação de uma sociedade estatal.

Atualmente, em decorrência da sua manipulação por políticos profissionais, a Constituição deixou de ser uma realidade viva para a maioria da população, ou seja, os destinatários do poder.

Há, evidentemente, em todo sistema constitucional, um grau maior de apego ou indiferença do povo à Lei Fundamental. O tempo é um desses fatores que permitem à coletividade aderir ou não com mais intensidade ao Texto Constitucional. Quanto mais duradouro for o tempo de existência de uma Constituição maior será a possibilidade de aprendizagem da comunidade política sobre o que ela estabelece, permitindo-lhe conferir suas vantagens e desvantagens. Apenas em razão de um longo decurso de tempo existencial será possível à Constituição exercer uma poderosa influência educacional. Ou seja, apenas em razão da vivência constitucional é que a Constituição poderá lograr êxito na catequização populacional. O modo pelo qual a Constituição se adapta às constantes mudanças sociais pode repercutir na consciência constitucional do povo. Logo, reformas constitucionais frequentes podem ensejar a construção de um estado de indiferença, haja vista que o que era para ser uma exceção passe a se constituir em regra.

A afirmação acima não deve guardar paralelo com a Constituição norte-americana, um documento constitucional demasiadamente particular. Ao moldar o processo político à competição das forças sociais tal como se encontram representadas por partidos e grupos pluralistas, a Constituição norte-americana – que se tornou, simbolicamente, um mito nacional –, desde o início de sua vigência tem prestado um incalculável serviço aos Estados Unidos da América. É evidente que seu aspecto normativo e estrutural não deixou de refletir – nem o poderia – as condições sociais, econômicas e, sobretudo, geográficas daquela nação: “un continente de la

¹⁰⁸ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Editorial Ariel, 2ª ed., 1979, p. 199.

abundancia y, por lo menos hasta la era atómica, libre del peligro de una agresión extranjera.¹⁰⁹”

Olhando para o passado, diz Loewenstein, “es una clara distorsión patriótica de la verdadera situación, el atribuir a la existencia de la constitución la ausencia de insolubles conflictos de clase en América y, mucho menos, la lucha de clases. Antes sería lo contrario: la congruencia progresiva entre forma constitucional y sustancia socioeconómica se ha podido mantener porque el mecanismo funcional del proceso del poder estaba de tal manera ordenado que ningún detentador del poder podría llegar a ser preponderante sobre los demás, y ninguna clase social podría quedar privada por largo tiempo de su participación legítima en el proceso político”¹¹⁰. À época, a classe operária necessitou travar uma dura batalha contra o sistema capitalista que dominava a opinião pública e se havia entrincheirado na Suprema Corte.

Loewenstein chama a atenção para o fato de que não apenas os Estados Unidos, mas também outras democracias-constitucionais do Ocidente (poucas), têm mantido um autêntico laço psicológico entre a coletividade e a Constituição, cuja força reside embasada em razões estritamente utilitárias. A título de exemplo, o autor cita as monarquias europeias, o Canadá e a Austrália. Nesses países, a Constituição é um porto seguro, dentro do qual terá lugar a luta pelo poder. No entanto, as Constituições não existem apenas em democracias estabilizadas, nas quais o vínculo entre elas e a coletividade se caracteriza por uma solidez e durabilidade extensa. A partir de tais considerações, o autor problematiza a questão da seguinte maneira:

“¿qué valor podrá tener la constitución escrita en aquellas sociedades estatales que tras muchas generaciones de vivir bajo el dominio de una autocracia autóctona o una potencia colonial extranjera, hacen sus primeros intentos con un régimen constitucional? ¿Qué valor tendrá para los franceses, probablemente el pueblo del mundo más versado en política, el actual documento constitucional, cuando pueden observar su rápido desgaste? Cuando el 28 de septiembre de 1958 votaron sobre

¹⁰⁹ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Editorial Ariel, 2ª ed., 1979, p. 228.

¹¹⁰ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Editorial Ariel, 2ª ed., 1979, p. 228.

la Constitución de Gaulle, se había entregado oficialmente a cada elector un texto del documento. Pero, ¿cuántos lo habían leído? ¿Cuántos de ellos hablan entendido su alambicado orden normativo? En las urnas votaron por el general, porque tenían confianza en él o porque les pareció el mal menor, siéndoles completamente indiferente la constitución. ¿Y de que le sirvió a Weimar el bien intencionado gesto de una disposición constitucional (artículo 148, párrafo 3, frase 2), que prescribía la entrega gratuita de un ejemplar de la Constitución a cada escolar al final de sus estudios?¹¹¹

Não é difícil entender por que, para o cidadão comum, a Constituição pode ser algo sem tanto significado. Ele se encontra em uma situação intermediária entre as forças políticas que provêm de cima e aquelas outras que resultam da própria sociedade. Desse modo, sua atitude frente à sua Constituição será de completa indiferença, já que ela própria, a Constituição, se mostra igualmente indiferente perante ele. Tal indiferença, contudo, não é indício de ignorância constitucional, na medida em que a coletividade é suficientemente lúcida para pleitear o mínimo de garantias sociais e de segurança econômica. No entanto, o conhecimento dos direitos fundamentais não é um elemento, de per si, que possa viabilizar a sua fruição por parte dos seus respectivos titulares. Logo, nem mesmo a mais perfeita Constituição está em plenas condições de satisfazer tais desejos, na medida em que ela não opera milagres. A Constituição não pode erradicar a desigualdade, viabilizar moradia a toda população, roupa, comida, lazer etc. Nas palavras de Loewenstein, “la constitución no puede salvar el abismo entre pobreza y riqueza”, ou seja, não pode prover todas “las necesidades esenciales de la vida”¹¹².

Adverte, ainda, Loewenstein, que tal desigualdade social e econômica opera fora da Constituição, apesar da Constituição. Além disso, o conteúdo constitucional tem sido fragmentado, mitigado, enfraquecido em decorrência de que os órgãos estabelecidos constitucionalmente para cumprir a função de concretização constitucional não atuam efetivamente para atender tal desiderato, tendo sido substituídos por grupos de interesses ou

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Editorial Ariel, 2ª ed., 1979, p. 229.

partidos políticos que operam à margem ou no vácuo do Texto Constitucional. A título de exemplo, Loewenstein cita as negociações trabalhistas realizadas entre o setor econômico e os sindicatos, que não raro fragilizam os direitos sociais constitucionalmente instituídos. A plena indiferença por parte da grande maioria dos destinatários do poder frente a sua Constituição se justifica em razão do fato de ela disciplinar essencialmente as regras do jogo dos detentores do poder no processo político, não concernentes ao homem médio.

As matérias sobre as quais as Constituições não dispõem – ou, mesmo dispondo, passam muito longe – sempre dizem respeito às necessidades cotidianas e vitais da existência do cidadão comum. Os postulados político-ideológicos plasmados nas Constituições, de cunho propagandístico, são para o homem da rua promessas vazias, desprovidas de conteúdo e de possibilidade de concretização no plano social. A Constituição não tem realizado o que se mais deseja: a implementação de uma ordem social justa e equilibrada, à prova de tempestades e crises.

Nesse ponto reside uma ironia, diz Loewenstein, pois, no momento em que as Constituições escritas se encontram no apogeu, tendo conquistado praticamente a totalidade do mundo desde uma perspectiva quantitativa, sob outro prisma, o qualitativo, situam-se no ponto mais baixo do seu prestígio. Talvez as causas da atual ambivalência do constitucionalismo ocidental – fenômeno do qual a indiferença das massas é apenas um sintoma – ultrapassem a questão da separação entre a regulação funcional do processo de poder e a falta de consciência constitucional do povo. Eis o dilema das Constituições escritas, que, ao traçar de antemão as regras do jogo político, buscam conferir maior segurança à coletividade. A forma escrita permite à sociedade, com mais segurança e convicção, ter pleno conhecimento de seus direitos e deveres frente ao Estado, podendo lançar mão dos instrumentos previstos na própria Constituição para lhes dar plena operatividade e respeito. Nesse ponto, Loewenstein aponta um paradoxo existente nesta forma constitucional:

“La suposición tradicional de que la constitución escrita, cuando se limita a establecer el mecanismo de formación de la voluntad estatal, puede ser neutral frente a las realidades sociales y políticas de la dinámica del poder, y de que el docu-

mento constitucional puede y debe acomodar en los marcos establecidos por él cualquier sistema sociopolítico **es igualmente un producto del relativismo liberal, como la idea misma de la constitución escrita.**¹¹³ (destaque nosso)

Ao se referir ao constitucionalismo ocidental, Loewenstein soa irônico. Revela nossa imaturidade política ao mencionar o ingênuo otimismo (sobretudo) dos fundadores ideológicos das Constituições do ocidente, para os quais basta dar ao povo uma boa Constituição para que se faça um bom uso dela. Seria como presentear uma criança com um brinquedo de qualidade, mas não ensiná-la a fazer uso adequado dele. De nada serviria se ela não tiver o conhecimento ou a instrução necessária para saber manuseá-lo. No entanto, seus pais, que detêm um elevado nível de conhecimento, poderão adequadamente usá-lo e até, a depender, determinar o comportamento da criança, utilizando-se do brinquedo como instrumento para tanto¹¹⁴.

Duas conclusões não muito satisfatórias podem ser deduzidas do abismo existente entre o mecanismo constitucional e o cotidiano dos destinatários do poder. A primeira delas é a de que, excetuadas as democracias ocidentais dotadas de estabilidade, a grande maioria da população dos demais países é alheia aos detentores dos poderes constituídos. Em consequência, há, por parte da população em geral, uma enorme desconfiança no Executivo, no Legislativo e, também, no Judiciário, bem como há uma descrença generalizada na própria Constituição. A segunda delas é a de que, por outro lado, a desarmonia existente entre as pretensões ideológicas plasmadas na Constituição e a influência na vida diária da massa dos destinatários do poder acaba por incrementar nestes últimos a possibilidade de escapar da liberdade de uma ordem constitucional, que não pode satisfazer suas

¹¹³ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Editorial Ariel, 2ª ed., 1979, p. 230.

¹¹⁴ Sobre o tema, diz Loewenstein: “*El constitucionalismo occidental peca todavía del optimismo ingenuo que caracterizó a sus fundadores ideológicos, según el cual basta con dar al pueblo una “buena” constitución para que él haga entonces un buen uso della. El crudo materialismo de las pseudoconstituciones en el ámbito soviético demuestra, por lo menos, que la elección consciente de una determinada conformación socioeconómica de la sociedad estatal exige también una correspondiente institucionalización del proceso del poder en la constitución. El socialismo estatal o el comunismo son tan incompatibles con una constitución liberal, como la constitución liberal con un socialismo integral y el comunismo. A la vista de nuestras experiencias contemporáneas es altamente dudoso el que una constitución pueda ser “natural” frente a la dinámica social y económica.*” LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Editorial Ariel, 2ª ed., 1979, p. 230.

necessidades “para caer en las panaceas escatológicas de las flautas mágicas de los cazadores de ratas. La crisis de la constitución escrita se refleja de esa manera en la crisis del Estado democrático constitucional del futuro”¹¹⁵.

Por fim, Loewenstein afirma não ter a pretensão de parecer excessivamente pessimista com a sua análise do fenômeno constitucional, sobretudo quando se observa a prosperidade material e o inigualável progresso que atualmente se verificam em muitos países do mundo.

No entanto, há que chamar a atenção para duas questões. Em primeiro lugar, a Constituição, como dispositivo de controle do poder político, já não oferece mais garantias absolutas para a distribuição e a limitação desse poder. Portanto, tem deixado de ser um mecanismo de proteção contra eventual retorno de governos autocráticos. As autocracias modernas têm pervertido a Constituição, transformando-a em mecanismo com o propósito de acomodar seu ilimitado poder. Em segundo lugar, apesar da existência de Estados que têm mantido sua conformação democrático-constitucional, com poucas exceções, a população tem-se distanciado de maneira visível de suas constituições. Paulatinamente, a dinâmica constitucional (procedimentos constitucionais) vai sendo substituída pela dinâmica extraconstitucional dos diversos grupos sociais aos quais estão unidos intimamente a vida e a felicidade de cada indivíduo. Portanto, revitalizar a consciência constitucional nos destinatários do poder se afigura como condição necessária para a sobrevivência da sociedade democrático-constitucional. Quanto à forma e ao modo de atingir tal propósito, afirma Loewenstein ser algo que lhe escapa à visão¹¹⁶.

3. Pablo Lucas Verdú: *Sentimento Constitucional*.

Em obra clássica sobre o tema, Pablo Lucas Verdú busca evidenciar que o “sentimento constitucional consiste na adesão interna às normas e instituições fundamentais de um país, experimentada com intensidade mais ou menos consciente porque estima-se (sem que seja necessário um conhecimento exato de suas peculiaridades e funcionamento) que são boas

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 231.

¹¹⁶ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Editorial Ariel, 2^a ed., 1979, p. 231.

e convenientes para a integração, manutenção e desenvolvimento de uma justa conveniência”¹¹⁷. Como espécie do sentimento jurídico, cabe aplicar ao sentir constitucional os mesmos caracteres, funções e dinâmica pertinentes àquele, com a ressalva de que tais elementos dispõem sobre o ordenamento fundamental do Estado e seu funcionamento, não se limitando a uma noção de Constituição em sentido estritamente formal. Isso porque, assinala Verdú, “há Constituições predominantemente consuetudinárias, como a do Reino Unido”¹¹⁸.

Com relação aos caracteres do sentimento constitucional, Pablo Lucas Verdú aduz tratar-se de um discurso ilógico, todavia emocional e espontâneo, cuja persistência é instável, não se apresentando com a mesma intensidade e aparência. Nesse contexto, de variação quanto à intensidade do sentimento constitucional, aduz o constitucionalista espanhol que, ao passar do tempo, ele vai apresentando tonalidades e exteriorizações as mais diversas, que vão “desde a adesão e a obediência, ao acatamento jurídico mais ou menos arraigado; manifesta tendência expansiva; estende-se a muitos outros grupos, tornando-se público e representativo, isto é, logrando um grau de intensidade e uma margem de extensão que repercute sobre todo ou grande parte do ordenamento”¹¹⁹.

Com relação a seus efeitos, o sentimento jurídico tende a se conectar mais com as instituições, em decorrência de um maior enraizamento social, do que com as normas propriamente ditas, podendo cooperar na luta pacífica pelo Direito justo. Nesse sentido, levar-se-á em consideração que toda política jurídica deverá ser norteadada pelo sentimento jurídico em virtude da capacidade de adesão que ele suscita¹²⁰. Isso resulta no fato de que o caminho a ser trilhado pelo sistema normativo – inclusive relativamente

¹¹⁷ Trata-se, pois, de uma espécie do gênero “sentimento jurídico”. Tem-se este como sendo “a convicção emocional, intimamente vivida por um grupo social, sobre sua crença na justiça e na equidade do ordenamento positivo vigente, que motiva a adesão em relação a este e o rechaço ante sua transgressão.” O sentimento jurídico é uma afecção positiva (adesão ao ordenamento) que acredita ser o sistema normativo a melhor forma de ordenar a pacificação e harmonização social. Possui, por sua vez, um viés negativo (repulsa ao ordenamento), ora denominado de ressentimento jurídico, que revela a “crença na injustiça e na falta de equidade do ordenamento que regula a convivência, devendo, por isso, ser rechaçado.” VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**. 1^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 69 e 75.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 76.

¹¹⁹ VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**. 1^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 70.

¹²⁰ *Ibidem*.

a seu processo de aplicação —, naquilo que é pertinente à Constituição, sofre influência direta e imediata desse sentimento compartilhado.

Feitas essas considerações, o sentimento constitucional é, portanto, “a expressão capital da afeição pela justiça e pela equidade, porque concerne ao ordenamento fundamental, que regula, como valores, a liberdade, a justiça e a igualdade, bem como o pluralismo jurídico (art. 1.1). A ordem fundamental é suprema e se impõe a todos (art. 9.1). Por outro lado, o sentimento constitucional suscita um entusiasmo mais chamativo, público e representativo do que o simples sentimento jurídico ordinário. Paralelamente, o ressentimento constitucional é mais grave do que o ressentimento jurídico”¹²¹. A isso Pablo Lucas Verdú acrescenta que o ato de uma sociedade se constituir formalmente sob o viés político-jurídico emanará sempre de uma decisão, a qual, aliada aos seus aspectos reflexivos, trará consigo uma intensa carga emocional. Referido ato de decisão resulta sempre do elemento volitivo e, por mais racionalizado que seja, é essencialmente querido e compartilhado por diversas pessoas. Uma vez elaborada uma Constituição, fruto de uma decisão racional da coletividade, resta verificar se ela suscita, ou não, a adesão que implica o sentimento constitucional, ou seja, “o desejo veemente de ter e estar em Constituição logra sobreviver com a razão incorporada e conforme a Constituição”¹²². Em síntese, o sentimento constitucional, apesar de espontâneo, emotivo, é também fruto da razão humana, de querer conformar-se à Constituição por ser ela o melhor guia para viabilizar uma sociedade em harmonia e, também, para que todos possam gozar das benesses que lhes são concedidas, observados, no entanto, os deveres que lhes são correlatos.

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² Aludindo ao artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, no qual “*Toda sociedade na qual não esteja assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação de poderes não possui Constituição*”, diz Verdú que tal preceito recolhe os anseios populares relativos a “*ter uma Constituição (sentimento desiderativo); por outro, expressa a necessidade de estar em Constituição, ou seja, de uma ordenação racional de convivência política (sentimento cumprido), porque satisfaz os requerimentos institucionais da burguesia liberal ilustrada. Esse artigo corrobora o que foi dito no início do presente trabalho, a saber: a confluência do sentimento constitucional através de suas facetas racionais (conveniência e bondade do constituir-se, do estar em Constituição) com a parte volitiva da ordenação constituinte que se formaliza, volição sentido porque foi detectada no povo pelos constituintes. O ter e estar em Constituição se sentiu e se sente em todos os países que lutaram e lutam por sua independência: os Estados Unidos, em 1787; os territórios descolonizados depois da Segunda Guerra Mundial, que logo após a independência se dedicam a promulgar sua Constituição.*” In VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 72.

É importante, neste ponto, evidenciar um pouco mais a noção de sentimento. Pablo Lucas Verdú esclarece que “sentir significa estar implicado em algo. Tal implicação é parte estrutural do pensamento, não constituindo mero ‘acompanhamento’. Mas posso estar implicado em algo ou implicado em algo. Quer dizer, o centro de minha consciência pode ser ocupado pela própria implicação ou pelo objeto em que estou implicado. Segundo o que encontro no centro da minha consciência, o sentimento (implicação) pode ser ‘figura’ ou ‘pano de fundo’”. Ao afirmar que tais considerações são de natureza sugestiva e que podem ser aplicadas na sua integralidade ao âmbito jurídico, Verdú afirma que o “sentimento jurídico supõe a implicação com o ordenamento jurídico e com a ideia da justiça que o inspira e ilumina. Sentir juridicamente é implicar-se com o direito vigente, com o todo ou parte dele, dando-lhe apoio. Às vezes, a não-implicação indica que se prefere um Direito distinto, o Direito anterior ou outro melhor e/ou mais justo. Desse modo, o sentimento jurídico aparece como afeto mais ou menos intenso pelo justo e equitativo na convivência. Quando tal afeto versa sobre a ordem fundamental daquela convivência, temos o sentimento constitucional. Em ambos os casos, não se trata de um fenômeno concomitante – seguindo Agnes Heller; não é uma reação, mas algo inerente aos sujeitos afetivamente implicados”¹²³.

Conforme dito acima, o sentimento jurídico se traduz em uma afecção positiva (adesão ao ordenamento) que se traduz na crença, individual e coletiva, de que o sistema normativo é a melhor forma de ordenar o convívio social. Em paralelo, há uma afecção negativa (repulsa ao ordenamento), ora denominada de ressentimento jurídico, que “consiste na convicção intimamente vivida, (res) sentida (ou seja, reiterada pela decepção e/ou indignação), porque se viram frustradas ou diminuídas as concepções particulares sobre a justiça e a equidade mantidas pelo grupo, na medida em que o ordenamento vigente não as acolhe da mesma forma que as concebe.”¹²⁴

Percebe-se, diante do que até agora foi explanado, que o sentimento constitucional se afigura como uma espécie de sentimento jurídico, toda-

¹²³ *Ibidem*, p. 53.

¹²⁴ VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 69.

via de forma mais especializada, ou seja, estritamente vinculado à Constituição. Portanto, o sentimento jurídico se refere ao sistema normativo em vigor, ao passo que o sentimento constitucional se vincula à ordem fundamental de uma determinada comunidade política. Logo, a ideia de sentimento como implicação a algo, revela a necessidade de os integrantes do corpo social estarem adstritos à ordem jurídica vigente e à noção de justiça e dignidade humana que a ilumina. É importante salientar que o sentimento jurídico pode conduzir a coletividade a uma espécie de reclusão e, também, de entusiasmo. Proporciona um sentimento de reclusão na medida em que o grupo social envolvido observa as determinações legais por receio à coação, ao passo que enseja um sentimento de entusiasmo quando age por convicção de que tal forma de atuar é a mais correta e justa possível, na medida em que reflete os valores e diretrizes constitucionais. Tem-se, em tal hipótese, um sentimento de afeto e apreço à ordem constitucional, por ser justa e equitativa, constituindo-se na melhor forma de reger e ordenar a sociedade. Na medida em que tal apreço se refere à Constituição, seja ela compreendida em uma perspectiva formal ou material, estaremos diante da figura do sentimento constitucional.

É oportuno salientar, todavia, que não apenas o sentimento, mas também o ressentimento constitucional, podem não ser perceptíveis de maneira imediata. A falta de sentimento jurídico ou de sentimento constitucional, ou, em outras palavras, a ausência de crença na equidade e na justiça, ou de crença na Constituição, pode refletir a opção coletiva ou social por um direito distinto daquele que está em vigor.

A ausência de implicação ao direito, ou à ordem fundamental, sob as circunstâncias descritas, ou seja, a ausência de afeto ou reconhecimento de justiça e equidade na realidade jurídica vivida pode indicar preferência por um direito distinto àquele ao qual se está subordinado. Mas essa percepção não se dá de uma maneira simples.

Ao tratar do conteúdo do sentimento jurídico, Pablo Lucas Verdú faz menção às lições de Riezler, que insiste em uma composição dual do sentimento jurídico, ora composto por um sentimento emocional, ora por outro, intelectual. Verdú ressalta, no entanto, que essa composição dual não esgota as possíveis funções do conceito, tal como ele efetivamente se

aplica. Desse modo, o sentimento jurídico¹²⁵, na esteira do pensamento de Riezler¹²⁶, se manifesta de três maneiras:

a) O sentir sobre *o que é o Direito*, ou seja, a capacidade que intuitivamente capta e aplica o Direito vigente com justiça. Denomina esta capacidade de *tato jurídico* ou *sensos juridicus*. Aqui, o *Rechtsgefühl* existe com independência do movimento do espírito que aprova ou rechaça o resultado; é independente de qualquer estimacão ética. A ênfase gravita sobre o momento intelectual.

b) O sentir sobre *o que deve ser o Direito existente* enquanto inclinação ao ideal jurídico. Na medida em que o ideal jurídico se contrapõe ao Direito positivo, o sentimento jurídico aparece como sentido crítico e desaprovador do Direito vigente.

c) O sentir com referência à *atitude perante o Direito existente*, ou seja, o sentimento de *respeito do ordenamento jurídico vigente*. Exterioriza-se mediante impulsos em relação ao Direito positivo para promover ou exigir a realização do Direito e rechaçar o injusto.”

¹²⁵ Luis Recasens Siches, ao tratar da *experiência jurídica imediata*, inclui o *sentimento jurídico* como um dos dados que a compõe. No entanto, adverte o autor, “*esta expresión ‘sentimiento jurídico’ cubre diferentes hechos, o sea, tiene diversas acepciones. Entre otros hechos, estas palabras ‘sentimiento jurídico’, han sido empleadas para designar:*

a) *Un sentimiento de respeto para el orden establecido.*

b) *Un sentimiento de reconocimiento y de respeto para las personas, posesiones y esfera de acción de los prójimos.*

c) *También el vehículo emocional que nos indica lo que debiera ser en algún problema de regulación de la convivencia y de la cooperación interhumanas.*

d) *La reacción emocional contra actos, decisiones y normas que sentimos como algo injusto, que nos ofende y agravia, sea a uno mismo, sea a algún prójimo – porque en este segundo caso, cuando se trata de que la víctima es otra persona, por simpatía, por solidaridad humana, el ultraje contra ella cometido lo experimentamos en alguna medida como afrenta que también nos afecta a nosotros mismos.*

(...)

El sentimiento jurídico funciona como un medio para el hallazgo del Derecho justo: es decir, como vehículo de una intuición o de un juicio del criterio estimativo, que tiene intrínseca validez. La mera existencia de ese sentimiento jurídico no tiene fuerza creadora de Derecho; pero permite enjuiciar las normas del Derecho positivo; y suministra una guía o inspiración, sobre todo para corregir desviaciones y distanciamientos frente a lo requerido por la justicia.” In SICHES, Luis Recasens. **Introducción al Estudio del Derecho**. 1ª ed. México: Editorial Porrúa, 1970, pp. 55-57.

¹²⁶ *Das Rechtsgefühl*, p. 06, *apud* Pablo Lucas Verdú, *O Sentimento Constitucional*, p. 53.

As três formas de manifestação do sentimento constitucional ora apontadas não devem ser levadas em conta de maneira isolada, devendo ocorrer um entrelaçamento entre elas. Para Pablo Lucas Verdú, são “três enfoques reciprocamente considerados”¹²⁷. As especificidades relativas a cada uma das indagações viabilizam, na prática, consequências diversas. Assinala o mestre espanhol que “o sentimento sobre o que é o Direito, o que este deve ser e o respeito que suscita fluem no sentir jurídico rapidamente: quem sente o que o Direito é, experimenta, em seguida, a comoção que lhe leva a valorá-lo afetivamente e, por isso, a respeitá-lo.”¹²⁸ Portanto, o significado do sentir atribuído à indagação inicial (O que é o Direito?) há de ser compreendido como a capacidade espontânea de assimilar e aplicar o Direito. Isso se revela na medida em que o autor aponta que o sentir se traduz numa capacidade intuitiva, isto é, numa aptidão imediata de revelar o Direito. Em tal perspectiva, não é feito nenhum juízo de valor acerca dos resultados. Quanto ao que deve ser o Direito, reflete uma inclinação para o que deve ser o modelo ideal de justiça, incidindo tal pensamento sobre uma análise do Direito positivo vigente. Na medida em que o ideal jurídico não corresponde ao Direito positivo, aflora um juízo crítico (sentimento jurídico) de cunho negativo, ou seja, reprovador do sistema normativo vigente. No tocante à terceira e última indagação, versando sobre a atitude perante o Direito vigente, o sentimento jurídico revela uma atitude de respeito à ordem normativa em vigor. Na medida em que não há tal correspondência de respeito, o sentimento jurídico revela-se sob a forma de rechaço ao sistema, por se reputá-lo injusto.

Por fim, é relevante especificar as características desse sentimento que vincula o homem ao Direito. Quatro são os elementos caracterizadores do sentimento jurídico: (a) espontaneidade, (b) fragilidade, (c) expansividade e (d) representação da opinião pública¹²⁹.

¹²⁷ VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 54.

¹²⁸ Verdú afirma que, em certa medida, a tripartição ora mencionada refere-se aos três planos de investigação indispensáveis sobre o Direito: o *lógico*, que dispõe sobre *o que é* o Direito; o *fenomenológico*, que se refere a *como é* o Direito e; o *estimativo* ou *deontológico* que revela *como deve ser* o Direito. Por esta razão, entende que o sentimento jurídico possui um caráter unitário, envolvendo os três planos indicados. Na sequência, Verdú esclarece o seguinte: “*Está claro que algumas vezes se manifestará predominantemente em uma, em outra ou em duas das referidas direções, mas nada impede que, como fluente passagem de uma direção a outra (ou a outras), preexista como único.*” *Ibidem*, pp. 54-55.

¹²⁹ Esclarece Verdú que tal enumeração não é exaustiva, ou seja, completa e fechada. *Ibidem*, pp. 61-62.

A espontaneidade do sentimento jurídico não deve ser compreendida como explicitação autônoma, desvinculada dos conteúdos emotivos, mas, precisamente, no impulso humano íntimo, externado com certo grau de primitividade, ou, nas palavras do autor, “impulso vital sentido que se manifesta mais ou menos intensamente”¹³⁰. Portanto, a espontaneidade revela-se no “agir” e no “pensar” humanos¹³¹.

Outra nota do sentimento constitucional é a fragilidade, ou seja, a possibilidade desse sentimento mudar diante do prazer e da dor, provocada ou estimulada pelo sistema jurídico vigente. Referida fragilidade do sentimento jurídico e constitucional ameaça a sua persistência. Essa é uma característica de certo modo relativa, adverte Verdú, na medida em que fica à mercê da evolução do ordenamento jurídico e das transformações das estruturas sociais subjacentes. Eis a razão pela qual afirma Verdú existirem “sentimentos jurídicos cambiantes, transformáveis, atitudes de identifica-

¹³⁰ VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 61.

¹³¹ A racionalidade não é a única forma de obtenção do conhecimento jurídico. Há, também, a *indução* como elemento apto a produzir *saber normativo*. A *indução* é uma forma de raciocínio que parte do particular para o geral, mediante observação controlada dos fatos, da *experiência*. Há, em paralelo, a *intuição*, que se revela na consciência de cada indivíduo, devendo ser considerada “fonte” do Direito. Sobre o tema, afirma Verdú:

“O sentimento jurídico brota da estimação, por intermédio da consciência, do bom e do justo, na medida em que nessa valoração descansa a ideia do Direito. Aquele é uma elaboração do espírito mediante a qual julgamos nosso próprio obrar e a conduta alheia. Em toda comunidade jurídica organizada – segue Esser – é preciso passar do correspondente conhecimento do Direito à sua análise por meio da consciência jurídica. Mediante o sentimento jurídico e a Ciência Jurídica conseguimos captar o Direito; formamos nosso conhecimento acerca dele.

O conhecimento do Direito pode obter-se mediante a indução, empiricamente, ainda que esta não a domine. Por outro lado, o conhecimento da ideia do Direito não reside na experiência, senão em pura intuição. Temos esta intuição em nossa consciência. Por isso, ela pode considerar-se ‘fonte’ do Direito. É claro que só se reconhece os valores quando estes existem para alguém e segundo sua manifestação particular, ou seja, na medida em que são próprios e se ajustam ao indivíduo. Assim, o saber e o conhecer são apenas a reflexão, a criação de um conteúdo anímico próprio, co-participado, e não um enriquecimento decorrente de processos alheios.

Não incorramos no sofisma lógico e material segundo o qual o Direito é o que o nosso *Rechtsgefühl* exige no caso concreto (erro que é desmentido pela contraposição trágica do sentimento jurídico da pessoa concreta com o da massa), o que evidencia a possibilidade do fracasso. Por isso, é preciso que o abismo entre as categorias objeto do conhecimento e meio de conhecimento seja evitado, para que o processo de captação da verdade espiritual, por meio da intuição interna, não se torne incompatível.

A ideia do Direito – acrescenta Esser – não é algo desconexo, situado sobre a flutuante realidade; tampouco é um simples fluxo, uma superestrutura de nossa existência material, mas algo vivido por nós, algo que vive como parte de nossa essência espiritual. Por isso, a vivência do Direito e seu conceito relacionam-se com outros conteúdos espirituais, presentes em cada homem e em cada povo, para formar um tipo cultural unitário; por isso, **o sentimento jurídico é uma expressão fiel de todo o sentimento vivo.**” (Destaque nosso.) In VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 57-58.

ção e repulsa, segundo a mudança daquele ordenamento, de sua base e da intersecção entre ambos”¹³².

A expansividade, por sua vez, revela a possibilidade de esse sentimento, por imitação, se estender a outros segmentos sociais. Por fim, afirma ser o sentimento jurídico representativo e público, em razão de ele evidenciar a posição anímica da sociedade no tocante ao ordenamento jurídico como um todo ou apenas relativamente a parte dele.

Ao se voltar para a Constituição, o referido sentimento – composto pelos quatro elementos que o tipificam – é denominado sentimento constitucional. Logo, conforme pontuado no início deste trabalho, tal sentimento, quando referido à Constituição, consiste “na adesão interna às normas e instituições fundamentais de um país, experimentada com intensidade mais ou menos consciente porque estima-se (sem que seja necessário um conhecimento exato de suas peculiaridades e funcionamento) que são boas e convenientes para a integração, manutenção e desenvolvimento de uma justa convivência”¹³³.

O sentimento constitucional se apresenta como um elemento de natureza positiva, na medida em que revela uma adesão interna, de caráter espontâneo por parte do indivíduo, às normas da Constituição sob a qual ele se encontra normativamente vinculado. Essa convicção interna de adesão espontânea à Constituição pode revelar também um lado negativo, denominado ressentimento constitucional, espécie de ressentimento jurídico. Trata-se, pois, de uma postura antagônica ao modelo de Direito implementado em uma determinada sociedade. Aqui, pois, inexistente adesão espontânea ao sistema normativo, na medida em que a convicção social prevalecente acerca da ideia de Direito é de cunho negativo, i.e., “versa sobre a injustiça, a falta de equidade e a inconveniência do ordenamento, de maneira que este deve ser rechaçado, modificado ou substituído”¹³⁴.

Todavia, se a comunidade não rechaça ou contesta esse modelo de Direito, motivada por questões relativas ao receio de sofrer sanções ou à esperança na eventual modificação do sistema normativo vigente em atenção

¹³² *Ibidem*, p. 62.

¹³³ VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 75.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 63.

ao que ela (comunidade) sente, surge, por consequência, o ressentimento jurídico, ou seja, uma “profunda frustração e indignação com respeito à ordem jurídica estabelecida que persiste e aos operadores do Direito”¹³⁵.

Conforme salientado, o ressentimento jurídico se constitui na versão negativa do sentimento jurídico, que se caracteriza pela ausência de adesão por parte da sociedade¹³⁶ ao ordenamento, ensejando, por sua vez, uma ideia de transformação ou substituição da ordem vigente.

¹³⁵ Salienta Verdú que “enquanto no sentimento jurídico positivo (ordinário e constitucional) observamos, por seu caráter de fruição, uma exaltação pelo prazer que proporciona a satisfação (felicidade ou hedonismo jurídico-constitucional), a insatisfação que causa o sentimento jurídico negativo ou ressentimento jurídico faz fronteira com o masoquismo e o inveja, o que implica, quando neles se incorre, o fechamento das possibilidades renovadoras deste sentimento jurídico negativo, possibilidades voltadas para reorganizar, substituir ou subverter o ordenamento. Dito de outro modo, o ressentimento jurídico é próprio de povos que se rendem, que ruminam sua própria insatisfação, esgotando sua sensibilidade. O desencanto, o derrotismo, o pessimismo são fases prévias desse tipo de ressentimento, seus aliados naturais. Estes fenômenos, como é bem sabido, ocorreram em algumas fases da nossa recente transição política.

Ante o anteriormente exposto, parece depreender-se a ideia de que a sensibilidade jurídico-constitucional é uma atividade constante, sempre manifesta e efetiva. Entretanto, é preciso matizar um pouco tal tradição. Não se deve deduzir que sempre, em todo momento, frente a normatividade jurídica, tal sensibilidade opera constantemente. Tampouco é certo que os sentimentos jurídico-constitucionais sempre sejam aprovativos em relação a valores e ideais contrapostos às imperfeições e frustrações que se dão no ordenamento positivo. Nem sempre há uma fruição íntima da satisfação pelo fato de este último consagrar e cumprir valores constitucionais. Semelhante tese parece consagrar uma visão idílica da sensibilidade jurídico-constitucional. Isto significa, também, que a dicotomia **algodônica** correspondente ao sentimento jurídico deve ser ponderada, pois, às vezes, entre a oposição prazer/desgosto ou ódio medeiam conteúdos emocionais medíocres.

Enquanto o ordenamento jurídico **está aí, sempre patente**, a sensibilidade jurídico-constitucional **está latente, podendo evidenciar-se**. Radica nos fundos abissais. Às vezes, durante períodos mais ou menos estendidos parece não se manifestar por desinteresse, rotina ou passividade.” (Destaque nosso.) In VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004., pp. 63-64.

¹³⁶ Nesse contexto, cabe trazer o entendimento de Maurice Hauriou sobre a *sociedade* e o *sentimento* a ela vinculado:

“Mas o que é a sociedade? Quais características distinguem esse modo de existência?

Abordá-lo simplesmente como um leigo, que é um bom método, o que implica alguma solidariedade e alguma cooperação; segundo, a individualidade em cada uma das pessoas assim agrupadas; e terceiro, uma certa conciliação entre o agrupamento e a individualidade.

Na reflexão, fica claro que a análise é incompleta, pois, na prática, o problema da conciliação entre indivíduo e grupo é apresentado na forma de conciliação entre o eu e o outro. Os elementos sociais não devem ser vistos apenas de fora, como acabamos de fazer, mas também a partir de dentro, na maneira como o sujeito humano os vê e os sente em sua própria pessoa, praticamente. Portanto, é melhor considerar: primeiro, um grupo de pessoas, sua solidariedade e cooperação, e seu sentimento por esse grupo, solidariedade e cooperação; segundo, a individualidade criada de cada pessoa na sociedade e seu senso de individualidade; e terceiro, uma conciliação entre grupo e indivíduo e seu sentimento por este acordo.

Dito isto, a sociedade pode ser definida como “um modo de existência em que o grupo humano e a individualidade humana são ajustados entre si e em que as pessoas reconhecem esse ajuste”. In *Tradition in Social Science*. Rodopi : Amsterdam, New York, 2011, p. 02. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=PEagx4mpu1kC&printsec=frontcover&dq=maurice+hauriou&hl=pt-PT&sa=X&ved=0ahUKEwia_pPEzoTiAhW0IrkGHTaaCxgQ6AEINDAB#v=onepage&q=maurice%20hauriou&f=false. Acesso em: 18/10/2019.

Portanto, a coexistência social faz disseminar, de forma natural, sentimentos sobre a realidade vivida e percebida.

O sentimento de justiça e equidade propiciado nesse cenário de convivência intersubjetiva, pertinente ao Direito em sua integralidade, caracteriza o sentimento jurídico constitucional. Tal sentimento cobra sentido, na medida em que se pondera axiologicamente o Direito como ordenação racional de convivência. Do contrário, virá à tona o ressentimento constitucional.

Por fim, não se pode prescindir do fato de as Constituições contemplarem os valores essenciais de cada comunidade política, institucionalizados e protegidos mediante a limitação do poder estatal e a consagração dos direitos fundamentais. Assinala Verdú que “a dignidade da pessoa humana e os direitos que lhe são inerentes descansam em convicções fundamentais que se ajustam, essencialmente, à consciência social e ao sentimento jurídico-constitucional.” Na sequência, colocando o ser humano em evidência, arremata exclamando o seguinte:

“A dignidade é, pois, uma manifestação axiológica da natureza humana. Supõe a referência ao homem como um valor capital, anterior e superior ao Estado quando se concebe o homem como pessoa. Implica, ademais, a volta ao homem. Voltemos ao homem enquanto racionalidade espiritual senciente!”¹³⁷

O sentimento constitucional, na forma exposta por Verdú, revela questões pertinentes à legitimidade e à eficácia dos textos constitucionais, vinculados a temas cruciais como a interpretação e concretização constitucionais. Em seu conjunto, o sentimento constitucional se constitui em elemento que impulsiona a máxima efetividade possível da Constituição, seja no sentido de sua densificação material, seja no tocante à sua proteção em face de eventuais lesões que podem ser perpetradas pelos Poderes Públicos. Sentir a Constituição, portanto, revela viver espontaneamente sob e por meio da Constituição, estar-em-Constituição e ter-Constituição. Com isso, é possível falar em integração política voltada para uma justa convivência.

¹³⁷ VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 214-215.

.

CAPÍTULO IV

DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL

SUMÁRIO: 1. Garantias da Constituição em face das omissões inconstitucionais. 2. Dever constitucional de legislar e omissões inconstitucionais. 3. Da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. 3.1 Do Procedimento. 4. Do Mandado de Injunção.

1. Garantias da Constituição em face das omissões inconstitucionais.

Conforme já registramos neste trabalho, a Constituição Federal exige não apenas que os atos normativos praticados no âmbito dos três poderes guardem com ela relação de harmonia e compatibilidade, mas ainda que os poderes públicos incumbidos de aplicar a Lei Fundamental também o façam no sentido de lhes conferir o maior grau de eficácia possível¹³⁸. A proteção ao Texto Constitucional se dá tanto com a expulsão, do ordenamento jurídico, dos atos normativos que lhe são antagônicos, como

¹³⁸ O princípio da máxima efetividade possível vem sendo utilizado pelo Supremo Tribunal Federal – STF em diversos de seus julgados. Na condição de guardião da Constituição, tem o STF o dever constitucional de conferir-lhe o máximo grau de eficácia possível, dentro dos limites que lhes são permitidos em sede de hermenêutica constitucional. A título de exemplo, cf. as seguintes decisões:

“I - Esta Suprema Corte, nas inúmeras oportunidades em que debatida a questão da hermenêutica constitucional aplicada ao tema das imunidades, adotou a interpretação teleológica do instituto, a emprestar-lhe abrangência maior, com escopo de assegurar à norma supralegal máxima efetividade.” (RE 627815/PR, Rel. Min. Rosa Weber, D. J. em 23.05.13, Pleno, STF)

“não se pode perder de vista que os dispositivos constitucionais, em especial os que se referem aos direitos fundamentais, de que é exemplo o art. 205 da CF/88, devem ser interpretados de modo que lhe seja dada a máxima efetividade possível.” (RE 602827/CE, Rel. Min. Eros Grau, D. J. em 26.10.10, Pleno, STF)

mediante a atuação estatal consistente em concretizar o conteúdo de suas normas mediante processo de densificação normativa¹³⁹e¹⁴⁰.

Com o propósito de tutelar a Constituição em decorrência da inércia dos poderes públicos em implementar, por meio de atos legislativos e/ou administrativos, os dispositivos legais que a compõem, o poder constituinte originário concebeu os instrumentos processuais da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e do Mandado de Injunção.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO é um instrumento processual que tem por finalidade conferir plena efetividade

¹³⁹ J. J. Gomes Canotilho, em **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, põe em evidência a distinção conceitual entre “concretização da constituição” e “densificação de normas.” Segundo o mestre lusitano, “concretizar a constituição traduz-se, fundamentalmente, no processo de densificação de regras e princípios constitucionais. A concretização das normas constitucionais implica um processo que vai do *texto da norma* (do seu enunciado) para uma norma concreta – *norma jurídica* – que, por sua vez, será apenas um resultado intermédio, pois só com a descoberta da *norma de decisão* para a solução dos casos jurídico-constitucionais teremos o resultado final da concretização. Esta ‘concretização normativa’ é, pois, um trabalho técnico-jurídico; é, no fundo, o *lado ‘técnico’ do procedimento* estruturante da normatividade. A concretização, como se vê, não é igual à interpretação do texto da norma; é, sim, a *construção de uma norma jurídica*. (...)

Densificar uma norma significa preencher, complementar e precisar o espaço normativo de um preceito constitucional, especialmente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos.

As tarefas de concretização e de densificação de normas andam, pois, associadas: densifica-se um espaço normativo (= preenche-se uma norma) para tornar possível a sua concretização e a consequente aplicação a um caso concreto.” (Destques nossos.) In CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Almedina: Lisboa, 2003, p. 1.201.

¹⁴⁰ Friedrich Müller, ao tratar da *metódica constitucional*, afirma que “no âmbito do processo efetivo de concretização prática do direito, ‘direito’ e ‘realidade’ não são grandezas que subsistem autonomamente por si. A ordem e o que por ela foi ordenado são momentos de concretização da norma (...)”

A concretização jurídica não é ‘reelaboração’ de valorações legislativas; não é ‘reelaboração de configurações espirituais objetivamente fornecidas como orientações prévias’. A norma jurídica deve regulamentar uma quintessência indeterminada de casos jurídicos práticos, nem concluída nem suscetível de ser concluída na direção do futuro. Tais casos jurídicos não podem nem devem ser pré-‘solucionados’ qualitativa e quantitativamente pelo legislador. A sua regulamentação com base na norma jurídica (e, entre outros fatores, com ajuda do seu teor literal), consiste em partes essenciais de algo diferente da ‘reelaboração’. De reelaboração de decisões legislativas só se pode falar em um sentido condicionado onde se trata de teores normativos ‘determinados’ (âmbito de normas definidos e gerados pelo direito, tais como prescrições puramente formais referentes a trâmites processuais, prazos e datas, normas sobre a composição de um tribunal, prescrições numericamente determinadas etc.). Mas a práxis sabe à saciedade que mesmo em tais casos-limite as dificuldades e a ‘falta de clareza’ são inevitáveis. As competências *strictiore sensu*, repartidas pelo ordenamento constitucional e jurídico entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário não são competências para a ‘explicação’, ‘recapitulação’ de textos de normas, mas competências para a concretização jurídica e a decisão do caso com caráter de obrigatoriedade, em cujo quadro a interpretação enquanto explicação do texto constitui um elemento certamente importante, mas apenas um elemento entre outros.” MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo : Max Limonad, 2000, pp. 58 e 66-67. Cf., também, do mesmo autor, **Direito, Linguagem, Violência – Elementos de uma teoria constitucional**, I. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1995, pp. 27 e ss.

ao Texto Constitucional mediante o reconhecimento, pelo órgão jurisdicional competente, da inércia legislativa, total ou parcial, no que respeita à integração de dispositivos constitucionais, para que estes possam produzir a plenitude de seus efeitos jurídicos. Trata-se, portanto, de uma garantia da Constituição para irradiação máxima de sua eficácia jurídica.

Ao lado da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI, da Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, a ADO se apresenta como instrumento de provocação da jurisdição constitucional concentrada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, tendo por parâmetro normativo a Constituição Federal. A inércia legislativa é, portanto, o objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Por sua vez, a garantia constitucional do **Mandado de Injunção**, instituída no artigo 5º, LXXI, tem por finalidade possibilitar o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania diante da falta de norma regulamentadora que os tornem viáveis.

Na medida em que a Lei Fundamental institui como garantias constitucionais a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção, ambos vinculados à inércia legislativa, ou seja, à ausência de regulamentação de normas constitucionais de eficácia limitada, é possível compreender que o Poder Legislativo possui o dever de legislar no sentido de integrar de forma plena a Constituição Federal.

Neste ponto, há que diferenciar duas hipóteses de atuação do Poder Legislativo em relação à sua função típica: (a) dever de legislar para integrar plenamente a Constituição Federal e (b) faculdade de legislar no que diz respeito a todas as demais hipóteses, à exceção daquelas as quais, por previsão constitucional, se impõe um ônus, uma obrigação, um fazer ao Poder Legislativo¹⁴¹.

¹⁴¹ Ao discorrer sobre o tema, o eminente Ministro Luís Roberto Barroso afirma o seguinte: “Como regra geral, o legislador tem a faculdade discricionária de legislar, e não um dever jurídico de fazê-lo. **Atualmente, há casos em que a Constituição impõe ao órgão legislativo uma atuação positiva, mediante a edição de norma necessária à efetivação de um mandamento constitucional.** Nessa hipótese, sua inércia será ilegítima e configurará caso de inconstitucionalidade por omissão.” (Destaque nosso.) In BARROSO,

Ora, se o constituinte originário tivesse facultado ao Poder Legislativo, no tocante à integração normativa de dispositivos constitucionais, o exercício de sua função típica, restaria concluir pela completa inutilidade dos instrumentos processuais do Mandado de Injunção e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Se o fato de legislar corresponde a uma mera faculdade legislativa, qual seria então a razão de existência do Mandado de Injunção e da Ação de Inconstitucionalidade por Omissão? Seriam ações inócuas, vazias e desprovidas de sentido.

A raiz da questão se encontra no próprio conceito de liberdade, pois, sendo o Legislativo dotado de autonomia para a edição de leis, com independência do momento e daquilo que há de ser legalmente disciplinado, não pode ele ser obrigado a editar leis disciplinando o Texto Constitucional, na medida em que os conceitos de liberdade/obrigatoriedade são antagônicos em tal contexto. Se se trata de um dever, de uma obrigação, não se tem autonomia para decidir o momento oportuno para suprir a omissão legislativa. Em tal hipótese, o que se deverá ter é um prazo razoável para edição da norma integradora, que não se confunde com ampla liberdade (discricionariedade) legislativa em relação ao tempo de edição da norma regulamentadora. Logo, o Mandado de Injunção e a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão apenas adquirem sentido na medida em que se compreende como dever – e não como faculdade – a função legislativa relativa à integração constitucional.

Portanto, se o Congresso Nacional é livre para editar ou não leis integrando dispositivos constitucionais, por qual razão o constituinte originário instituiria o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão?

2. Dever constitucional de legislar e omissões inconstitucionais.

Ao tratar das omissões no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e no mandado de injunção, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes evidencia que “as decisões proferidas nesses processos declaram

a mora do órgão legislferante em cumprir dever constitucional de legislar¹⁴²e¹⁴³, compelindo-o a editar a providência requerida. Desse modo, a diferença fundamental entre o mandado de injunção e a ação direta de controle da omissão residiria no fato de que, enquanto o primeiro se destina à proteção de direitos subjetivos e pressupõe, por isso, a configuração de um interesse jurídico, o processo de controle abstrato da omissão, enquanto processo objetivo, pode ser instaurado independentemente da existência de um interesse jurídico específico”¹⁴⁴.

As omissões inconstitucionais são omissões contrárias à Constituição, ou seja, antagônicas a ela no sentido de que a Lei Fundamental impôs um dever, e o órgão responsável por tal cumprimento não o satisfaz. Logo, não deve ser confundida com um simples silêncio legislativo, conforme ressalta Canotilho. A omissão, no entendimento do mestre lusitano, não deve ser reconduzível a um simples não fazer, pois há situações nas quais referida conduta ingressa na esfera de liberdade de conformação do Poder Legislativo, não devendo se confundir, portanto, com as hipóteses de dever de legislar. Para Canotilho, “omissão, em sentido jurídico-constitucional, significa fazer aquilo a que se estava constitucionalmente obrigado. A omissão legislativa, para ganhar significado autónomo e relevante, deve conxionarse com uma exigência constitucional de acção, não bastando o simples dever geral de legislar para dar fundamento a uma omissão inconstitucional.

¹⁴² A Lei nº 9868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, ao tratar em seu Capítulo II-A, art. 12-B, da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, estabelece que a petição inicial deverá indicar a “omissão inconstitucional total ou parcial **quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar** ou quanto à adoção de providência de índole administrativa;”.

¹⁴³ Na ADI 3.862/07, o Min. Gilmar Mendes fez consignar o dever constitucional de legislar do Congresso Nacional, ao afirmar que a inércia deliberativa pode se constituir em objeto de ADO:

“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. 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.” (ADI 3.682, rel. min. Gilmar Mendes, D. J. em 9.5.2007, Plenário, STF). (Destaque nosso.)

¹⁴⁴ **Jurisdição Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 376. Mais adiante, acrescenta o Ministro Gilmar Ferreira Mendes que a omissão legislativa resta configurada não “apenas quando o órgão legislativo **não cumpre o seu dever**, mas também quando o satisfaz de forma incompleta.” (Destaque nosso.)

As omissões legislativas inconstitucionais derivam desde logo do não cumprimento de imposições constitucionais legiferantes em sentido estrito, ou seja, do não cumprimento de normas que, de forma permanente e concreta, vinculam o legislador à adopção de medidas legislativas concretizadoras da constituição. Consequentemente, devemos separar omissões legislativas resultantes da violação de preceitos constitucionais concretamente impositivos, do não cumprimento da constituição derivado da não actuação de normas-fim ou normas-tarefa, abstractamente impositivas¹⁴⁵. Portanto, a omissão legislativa¹⁴⁶ existe quando o legislador deixa de cumprir ou cumpre apenas parcialmente o dever constitucional¹⁴⁷ de editar normas jurídicas destinadas a disciplinar os conteúdos normativos estabelecidos constitucionalmente. Na primeira hipótese, ter-se-á uma omissão inconstitucional total, ao passo que na segunda situação ter-se-á uma omissão inconstitucional parcial.

No julgamento do MI no 107-3/DE, o Ministro Moreira Alves, relator da ação, externou o seguinte entendimento acerca das omissões inconstitucionais e o momento de sua constatação¹⁴⁸:

“(...) a Corte Constitucional alemã distingue a omissão inconstitucional susceptível de suprimento daquela que não o é. A omissão só poderá ser suprida se, sem a atuação do legislador, for possível dar-se eficácia à norma constitucional, e, assim mesmo, se aquele estiver em mora inconstitucional, por não haver atendido ao prazo que a própria Constituição lhe dera, ou por não haver observado o prazo que a Corte Constitucional fixou como razoável para a elaboração legislativa da norma. Já a omissão insuprível é aquela que demanda

¹⁴⁵ **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7^a ed. Almedina: Lisboa, 2003, pp. 1033 e 1034.

¹⁴⁶ Para Canotilho, a omissão legislativa refere-se ao “não cumprimento da constituição em virtude de comportamentos omissivos dos órgãos legiferantes (*omissão legislativa*) que não editam as *medidas legislativas* necessárias para tornar *executíveis* as normas constitucionais.” In **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7^a ed. Almedina: Lisboa, 2003, pp. 1038.

¹⁴⁷ O dever de legislar supõe um direito à legislação. Neste sentido, afirmou o Min. Celso de Mello que “o **direito à legislação só pode ser invocado pelo interessado, quando também existir** – simultaneamente imposta pelo próprio texto constitucional – **a previsão do dever estatal de emanar normas legais.** Isso significa que o direito individual à atividade legislativa do Estado apenas se evidenciará naquelas estritas hipóteses em que o desempenho da função de legislar refletir, por efeito de exclusiva determinação constitucional, uma obrigação jurídica indeclinável imposta ao poder público.” MI 5.926 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJ. em 10.4.14.

¹⁴⁸ Páginas 18 a 20.

regulamentação legislativa, e é insuprível por causa, não só do princípio da separação de poderes, mas também para não retirar do legislador a liberdade de decisão política da solução regulamentadora que lhe parece melhor.

(...) Ora, tornar efetiva uma norma constitucional nada mais é do que viabilizar o exercício dos direitos, garantias e prerrogativas resultantes dessa efetivação.

(...) o mandado de injunção, assim entendido, não só (...) não deixa de fora de sua esfera de atuação nenhum dos direitos sociais, garantias ou prerrogativas a que se refere o artigo 5º, LXXI, mas também apresenta um outro efeito: o da caracterização de mora do Poder, órgão, entidade ou autoridade competente para editar a regulamentação, quando, para tanto, a Constituição não fixa prazo.” (destaque no nosso)

Desse modo, a partir do momento em que um mandado de injunção é impetrado, presume-se caracterizada a inércia do Legislativo. No entanto, resta saber se se trata, no caso concreto, de uma hipótese relacionada ao dever constitucional de legislar ou ao mero exercício de competência constitucional (faculdade) do Poder Legislativo.

Com esses esclarecimentos iniciais, há que analisar cada instrumento processual voltado a dar plena efetividade à Constituição nas hipóteses de omissão legislativa.

3. Da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

A Constituição Federal instituiu a ação direta de inconstitucionalidade por omissão em seu artigo 103, caput e § 2º¹⁴⁹. A Lei no 9.868/99,

¹⁴⁹ “Art. 103. 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 Assembleia 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;

por sua vez, dispôs sobre o processamento e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade (incluindo a “por omissão”) e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Trata-se, portanto, de uma ação de controle concentrado de constitucionalidade, isto é, a competência para processar e julgar a referida ação se concentra na esfera de competência de um único órgão, o STF. Portanto, para os fins de processar e julgar a ADO, tendo por norma-parâmetro a Constituição Federal, a competência do STF é exclusiva.

É importante salientar que, no tocante à sua finalidade, trata-se de uma ação voltada à proteção do direito objetivo, ou seja, o direito posto, positivado, a norma constitucional, inexistindo direito subjetivo a ser objeto de apreciação para eventual proteção pelo órgão jurisdicional. Logo, a finalidade precípua da ADO é suprir a inércia legislativa, permitindo, a partir de então, que a Constituição seja plenamente eficaz na medida em que seus dispositivos passem a ser integrados pelo poder em mora constitucional. Nesse sentido, o STF, no AgReg na ADO no 37, afirmou que “a ação direta de inconstitucionalidade por omissão só pode ser proposta para buscar a efetividade de norma constitucional que prescreva as medidas a cargo do Poder Público para viabilizá-la, nos termos do disposto no art. 103, § 2º, da Constituição Federal”¹⁵⁰. (destaque nosso)

Trata-se, portanto, de um processo objetivo de controle de constitucionalidade, pois voltado à tutela do direito objetivo constitucional. Assim, em razão da finalidade objetiva, a ADO não pode ser proposta pelo cidadão comum, mas apenas pelas instituições às quais a Constituição atribuiu a imediata missão de defendê-la. Portanto, em conformidade com o artigo 103 da Constituição Federal, têm legitimidade ativa para propor a ação direta de inconstitucionalidade por omissão perante o STF: a) o

VIII – partido político com representação no Congresso Nacional;

IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

§ 1º O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

§ 2º 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.” (Destaque nosso.)

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 18 out. 2019.

¹⁵⁰ Ag Reg na ADI por Omissão nº 37/DF, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Pleno, D.J. em 17.5.19.

Presidente da República; b) a Mesa do Senado Federal; c) a Mesa da Câmara dos Deputados; d) a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; e) o Governador de Estado ou do Distrito Federal; f) o Procurador-Geral da República; g) o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; h) partido político com representação no Congresso Nacional; i) confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. É importante deixar consignado que o STF, para aferir a legitimidade ativa de determinados órgãos em sede de controle concentrado de constitucionalidade, aplica o critério da pertinência temática. Para a Corte Constitucional, deve haver uma relação de pertinência entre os fins institucionais do ente proponente da demanda e o objeto da ação de controle concentrado de constitucionalidade. Trata-se, portanto, de um requisito implícito em sede de jurisdição constitucional concentrada. Na ADI 1.157, o Ministro Celso de Mello fez consignar que a pertinência temática “se traduz na relação de congruência que necessariamente deve existir entre os objetivos estatutários ou as finalidades institucionais da entidade autora e o conteúdo material da norma questionada em sede de controle abstrato”¹⁵¹. Logo, por tal razão, há no artigo 103 da Constituição

¹⁵¹ Na ADI 6.109 AgRg/DF, o Supremo Tribunal Federal – STF manteve o mesmo entendimento já perfilhado em decisões pretéritas:

“AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONFEDERAÇÃO SINDICAL. ART. 103, IX, DA CARTA MAGNA. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. AUSÊNCIA DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA. PRECEDENTES. AGRAVO NÃO PROVIDO. I – **Reconhecimento de ausência de legitimidade ativa, haja vista a inexistência de pertinência temática entre os objetivos precípuos da confederação sindical, relativos a defesa dos interesses da categoria de transportes, e a lei que trata sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.** II – Agravo regimental a que se nega provimento. (ADI 6.109 AgRg/DF - DISTRITO FEDERAL, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Pleno, D.J em 31.5.19). (Destaque nosso.)

Em sentido similar, na ADI 1.157 MC/DF, o Supremo Tribunal Federal – STF evidencia o seu entendimento acerca do requisito da *pertinência temática*:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONFEDERAÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO BRASIL (CSPB) - AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE ATIVA “AD CAUSAM” POR FALTA DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA - INSUFICIÊNCIA, PARA TAL EFEITO, DA MERA EXISTÊNCIA DE INTERESSE DE CARÁTER ECONÔMICO-FINANCEIRO - HIPÓTESE DE INCOGNOSCIBILIDADE - AÇÃO DIRETA NÃO CONHECIDA. – **O requisito da pertinência temática - que se traduz na relação de congruência que necessariamente deve existir entre os objetivos estatutários ou as finalidades institucionais da entidade autora e o conteúdo material da norma questionada em sede de controle abstrato - foi erigido à condição de pressuposto qualificador da própria legitimidade ativa *ad causam* para efeito de instauração do processo objetivo de fiscalização concentrada de constitucionalidade.** Precedentes.” ADI 1.157 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, D. J. em 1º.12.1994, Pleno. (Destaque nosso.)

Federal, instituições que detêm de legitimidade ativa universal¹⁵² e outras cuja legitimidade é apenas relativa¹⁵³.

A legitimidade ativa universal é conferida ao Presidente da República, à Mesa do Senado Federal, à Mesa da Câmara dos Deputados, ao Procurador-Geral da República, ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional. É universal a legitimidade ativa, na medida em que referidas instituições podem provocar a jurisdição constitucional concentrada independentemente do conteúdo veiculado pelo ato normativo objeto da ação. Disso resulta que em hipóteses tais não se faz necessário demonstrar a relação de pertinência entre os fins institucionais do proponente da ação e o seu respectivo objeto perante o STF.

Por sua vez, a legitimidade ativa é relativa quando determinadas instituições ou órgãos elencados no art. 103 da Constituição Federal não podem provocar a jurisdição constitucional concentrada sem que o objeto da ação guarde relação de pertinência temática com os seus respectivos fins institucionais. Logo, detêm legitimidade ativa relativa a Mesa da Assembleia Legislativa

¹⁵² “LEGITIMIDADE – PROCESSO OBJETIVO – ASSOCIAÇÃO – PERTINÊNCIA TEMÁTICA. As associações de classe não têm legitimidade universal, devendo haver pertinência temática, ou seja, elo entre o objeto social e o ato atacado. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ATOS CONCRETOS – INADEQUAÇÃO. A ação direta de inconstitucionalidade pressupõe impugnação de ato normativo abstrato e autônomo.”

(ADI 6077 AgR/GO, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, D.J. em 12.6.2019) (Destaque nosso.)

¹⁵³ “AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. SUPOSTA OMISSÃO LEGISLATIVA NA IMPLEMENTAÇÃO DE IMPOSTO DE COMPETÊNCIA DA UNIÃO. GOVERNADOR DO ESTADO DO MARANHÃO. ILEGITIMIDADE ATIVA. AUSÊNCIA DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA. PRECEDENTES. DESPROVIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL.

1. Alegação de omissão legislativa na implementação de imposto de competência da União – Imposto sobre Grandes Fortunas (IGF). Ausência de previsão constitucional de repartição de receitas desse tributo com os demais entes federados. 2. A jurisprudência desta CORTE é pacífica no sentido de que a legitimidade para a propositura das ações de controle concentrado de constitucionalidade, em face de ato normativo oriundo de ente federativo diverso, por governadores de Estado, exige a demonstração de pertinência temática, ou seja, a repercussão do ato, considerados os interesses do Estado. Precedentes. Ausência de pertinência temática. 3. Ilegitimidade ativa do Governador do Estado do Maranhão para propor Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão com o objetivo de instituir imposto de competência da União. 4. Agravo Regimental a que se nega provimento.”

(ADO 31 AgR/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, D.J. em 9.4.18, Pleno, STF)

“Os Governadores de Estado, embora constem do art. 103, V, da CF, não são legitimados universais para a propositura das ações de controle concentrado de constitucionalidade, incumbindo-lhes a demonstração da pertinência temática, conforme pacificado no Supremo Tribunal Federal: ADI 2.747, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, D.J. de 17/8/2007; (ADI-MC-AgR 1.507, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, D.J. de 22.9.1995).

ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, os Governadores de Estado e do Distrito Federal e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional. Todos eles necessitam, pois, demonstrar a relação de pertinência temática existente entre o objeto da ação e os seus fins institucionais.

No art. 12-B, I, da Lei 9.868/99, tem-se que a inconstitucionalidade por omissão pode ser total ou parcial em relação ao cumprimento do dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa.

É importante consignar que as omissões passíveis de fiscalização por meio da jurisdição constitucional são apenas aquelas que se reportam imediatamente à Constituição Federal, pois do contrário estaremos possivelmente diante de uma ilegalidade por omissão. Seria, pois, a hipótese de o dispositivo constitucional ser integrado por lei; todavia, tal lei, para produção plena de seus efeitos, requer integração normativa por parte de um Decreto do Poder Executivo. A ausência do Decreto, portanto, resulta em uma ilegalidade por omissão, na medida em que deixa de instrumentalizar a lei, o que propiciaria, desse modo, por meio da edição normativa de caráter infralegal (decreto) sua plena aplicação¹⁵⁴.

¹⁵⁴ Sobre o tema, André Ramos Tavares afirma o seguinte:

“Outra observação diz respeito ao sentido de inconstitucionalidade, que remete à discussão sobre os casos de violação direta e indireta da Constituição. A inconstitucionalidade por omissão segue, também aqui, o que se disse sobre a teoria da inconstitucionalidade. Só se deve falar propriamente em inconstitucionalidade nos casos em que essa violação omissiva é diretamente reportada à Constituição, sem ato ou omissão interposta (atribuível a outro ‘Poder’). Em outras palavras, não se pode transformar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão em ação direta de ilegalidade por omissão.

Assim, se a norma constitucional foi disciplinada por lei, mas ainda depende de integração normativa do Executivo para alcançar a plenitude dos efeitos, o caso é de omissão ilegal. Evidentemente que a omissão do Executivo impede que a norma constitucional alcance, como foi dito, a plenitude de seus efeitos. Mas não se pode ignorar que, no caso, a omissão do Executivo é, em primeiro lugar, contrária à própria Lei, que já se desincumbiu do ônus de disciplinar a norma constitucional. A lei atuou dentro de seus limites e a atuação do Executivo deve ser exigida na sequência, mas não por meio desta ação especialíssima, de inconstitucionalidade. Apenas quando a omissão normativa seja diretamente reportada à Constituição (caso dos decretos autônomos, por exemplo) é que se pode utilizar o instrumento especial aqui mencionado.

Idêntica é a solução para o caso de omissão não normativa da Administração Pública, ou seja, quando há lei disciplinando a norma constitucional e esta lei ainda depende de atos administrativos e de execução posteriores, a serem adotados pela Administração Pública. A falta destes atos configura, igualmente, uma omissão ilegal por parte da Administração Pública.” in TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. revista e atualizada, São Paulo: Editora Saraiva, 2011, pp. 341 e 342.

Logo, as omissões que resultam imediatamente da Constituição, em razão do descumprimento do dever constitucional de legislar, podem ser de duas espécies: a) omissão total e; b) omissão parcial¹⁵⁵.

Entende-se por omissão total aquela decorrente da inércia absoluta do Poder Legislativo, ao qual compete integrar a norma constitucional mediante edição de lei. Em tal hipótese, o Legislativo se queda inerte, não editando lei alguma que possa permitir a produção plena dos efeitos da norma constitucional.

Já a omissão parcial ocorre quando a norma integradora existe, ou seja, faz parte do ordenamento jurídico, todavia não satisfaz “plenamente o mandamento constitucional, por insuficiência ou deficiência do seu texto”¹⁵⁶. Um clássico exemplo da inconstitucionalidade por omissão parcial diz respeito à fixação legal do valor do salário mínimo. A Constituição Federal, ao enumerar os direitos sociais no Capítulo II do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), fez constar o salário mínimo. Trata-se, portanto, de um direito social assegurado a todo trabalhador, “fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender as suas necessidades vitais básicas e as de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim”¹⁵⁷. É do conhecimento de todos os cidadãos brasileiros que o salário-mínimo atual se encontra fixado em R\$ 998,00 (novecentos e noventa e oito reais), por determinação do Decreto no 9.661, de 1º de janeiro de 2019. Referido decreto regulamenta a Lei nº 13.152, de 29 de julho de 2015, que dispõe sobre o valor do salário mínimo e a sua política de valorização de longo prazo. É evidente que o valor normativamente fixado não se encontra apto a atender a todas as necessidades vitais básicas constantes do artigo 7º

¹⁵⁵ “Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. **Desse non facere ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.**” (Destaque nosso.) ADI 1.458-MC, rel. Min. Celso de Mello, D.J. em 23.5.96, Plenário, STF.

¹⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4ª ed., revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 251.

¹⁵⁷ Constituição Federal, art. 7º, IV.

da Constituição Federal. Apesar de não atender todas as necessidades essenciais do indivíduo, é certo que permite atender parcialmente o ideal de concretização da dignidade da pessoa humana. Em tal hipótese, ter-se-á uma omissão inconstitucional parcial¹⁵⁸, na medida em que o Estado editou o ato

¹⁵⁸ Tal entendimento já fora firmado pelo Supremo Tribunal Federal, na ADI nº 1.442/04, cujo teor da ementa trazemos à colação:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE ATIVA DE CENTRAL SINDICAL (CUT) – IMPUGNAÇÃO A MEDIDA PROVISÓRIA QUE FIXA O NOVO VALOR DO SALÁRIO MÍNIMO – ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM FACE DA INSUFICIÊNCIA DESSE VALOR SALARIAL – REALIZAÇÃO INCOMPLETA DA DETERMINAÇÃO CONSTANTE DO ART. 7º, IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – HIPÓTESE DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO PARCIAL – IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA ADIN EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – AÇÃO DIRETA DE QUE NÃO SE CONHECE, NO PONTO - MEDIDA PROVISÓRIA QUE SE CONVERTEU EM LEI – LEI DE CONVERSÃO POSTERIORMENTE REVOGADA POR OUTRO DIPLOMA LEGISLATIVO – PREJUDICIALIDADE DA AÇÃO DIRETA. FALTA DE LEGITIMIDADE ATIVA DAS CENTRAIS SINDICAIS PARA O AJUZAMENTO DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.

– No plano da organização sindical brasileira, somente as confederações sindicais dispõem de legitimidade ativa *ad causam* para o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103, IX), falecendo às centrais sindicais, em consequência, o poder para fazer instaurar, perante o Supremo Tribunal Federal, o concernente processo de fiscalização normativa abstrata. Precedentes. 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. Precedentes: RTJ 162/877-879, Rel. Min. CELSO DE MELLO - RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO. O DESPREZO ESTATAL POR UMA CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA REVELA-SE INCOMPATÍVEL COM O SENTIMENTO CONSTITUCIONAL RESULTANTE DA VOLUNTÁRIA ADESAO POPULAR À AUTORIDADE NORMATIVA DA LEI FUNDAMENTAL. – A violação negativa do texto constitucional, resultante da situação de inatividade do Poder Público – que deixa de cumprir ou se abstém de prestar o que lhe ordena a Lei Fundamental – representa, notadamente em tema de direitos e liberdades de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), um inaceitável processo de desrespeito à Constituição, o que deforma a vontade soberana do poder constituinte e que traduz conduta estatal incompatível com o valor ético-jurídico do sentimento constitucional, cuja prevalência, no âmbito da coletividade, revela-se fator capaz de atribuir, ao Estatuto Político, o necessário e indispensável coeficiente de legitimidade social. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE E REVOGAÇÃO SUPERVENIENTE DO ATO ESTATAL IMPUGNADO. – A revogação superveniente do ato estatal impugnado faz instaurar situação de prejudicialidade que provoca a extinção anômala do processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade, eis que a ab-rogação do diploma normativo questionado opera, quanto a este, a sua exclusão do sistema de direito positivo, causando, desse modo, a perda ulterior de objeto da própria ação direta, independentemente

normativo integrando o Texto Constitucional, mas ele não se revela apto a suprir integralmente a vontade do constituinte originário.

3.1 Do Procedimento.

Protocolada, distribuída e recebida a ação, o Ministro-relator requisitará informações dos órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão inconstitucional, que deverão se pronunciar no prazo de trinta dias contados do recebimento do pedido¹⁵⁹. Também intimará o Advogado-Geral da União e (nas ações em que ele não for autor) o Procurador-Geral da República, a fim de que cada qual se manifeste no prazo de quinze dias. De forma subsidiária, aplica-se ao procedimento da ADO, naquilo que couber, a normativa que disciplina o procedimento da ADI¹⁶⁰. Além das autoridades responsáveis pelo ato omissivo objeto da ADO, a Lei no 9.868/99 permite ainda aos órgãos, às instituições e às autoridades elencadas em seu art. 2º¹⁶¹ manifestar-se por escrito no prazo de trinta dias, além de possibilitar a apresentação de memoriais.

Na hipótese de existência de pedido cautelar, o prazo para as autoridades às quais compete a edição do ato impugnado prestarem informações será de cinco dias, consoante disposto no art. 12-F¹⁶². O Ministro relator poderá, ainda, caso entenda ser indispensável, com fundamento no §2º¹⁶³ do art. 12-F, ouvir o Procurador-Geral da República no prazo de três dias.

da ocorrência, ou não, de efeitos residuais concretos. Precedentes.” (ADI 1442/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, D.J. em 3.11.2004)

¹⁵⁹ “Art. 6º O relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado.

Parágrafo único. As informações serão prestadas no prazo de trinta dias contado do recebimento do pedido.”

¹⁶⁰ “Art. 12-E. Aplicam-se ao procedimento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, no que couber, as disposições constantes da Seção I do Capítulo II desta Lei.”

¹⁶¹ “Art. 2º (...) I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou o Governador 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.”

¹⁶² “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.”

¹⁶³ “§ 2º O relator, julgando indispensável, ouvirá o Procurador-Geral da República, no prazo de 3 (três) dias.”

Acolhida a pretensão cautelar, o Ministro relator poderá determinar a suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial, bem como a suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, ou ainda estabelecer uma outra providência a ser fixada pelo Tribunal¹⁶⁴. Portanto, na hipótese de omissão parcial, a decisão do Supremo Tribunal Federal poderá consistir (a) na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, (b) na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos ou, ainda, (c) no estabelecimento de outra providência a ser fixada pelo Tribunal.

A medida cautelar poderá ser proferida nas hipóteses de excepcional urgência e relevância da matéria, observado o quórum, para decisão, de maioria absoluta de seus membros, nos termos do art. 12-F da Lei no 9.868/99. A decisão cautelar será objeto de apreciação pelo STF desde que se façam presentes na sessão de julgamento ao menos oito ministros¹⁶⁵. No parágrafo único do artigo 23, fica estabelecido que, caso não seja alcançada a maioria necessária à declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, estando ausentes ministros em número que possa influir no julgamento, restará este suspenso a fim de se aguardar o comparecimento dos ministros ausentes até que se atinja o quórum necessário para a prolação da decisão num ou noutro sentido. Logo, a análise da medida cautelar (e também do mérito da ADO) apenas se ultimarás quando se obtiver o quórum para o seu acolhimento ou indeferimento, independentemente do número de sessões de julgamento. A título de exemplo, observamos que, para a instalação da sessão de julgamento, o quórum necessário será de oito ministros e que, para a apreciação e a prolação da decisão de mérito da ação, será de maioria absoluta dos membros do Tribunal. Logo, como o STF é composto de onze ministros¹⁶⁶, o julgamento só se concluirá quan-

¹⁶⁴ “§ 1º A medida cautelar porá 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.”

¹⁶⁵ “Art. 22. A decisão sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo somente será tomada se presentes na sessão pelo menos oito Ministros.”

¹⁶⁶ Assim dispõe o artigo 101 da Constituição Federal:

“Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.”

do da obtenção do quórum necessário¹⁶⁷ para decidir pela procedência ou improcedência da ação de controle de constitucionalidade¹⁶⁸, independentemente do número de sessões de julgamento.

Em relação às decisões de mérito, o quórum para instalação da sessão continua sendo de oito ministros, consoante disposto no art. 22 da Lei no 9.868/99, aplicando-se a mesma normativa já explicitada em relação ao julgamento da medida cautelar.

Julgada procedente a ADO, ter-se-á por declarada inconstitucional a omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional. Ademais, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias¹⁶⁹.

Na ADO no 24 – MC, o relator, Min. Dias Toffoli, proferiu uma decisão bastante peculiar: na espécie, a EC no 19/98, em seu art. 27, estabeleceu o prazo de 120 (cento e vinte dias) para que o Congresso Nacional editasse a Lei de Defesa do Usuário de Serviço Público. Tendo em vista a inércia legislativa, foi protocolada a ADO no 24, com o propósito de que fosse regulamentado referido dispositivo constitucional. Em decisão monocrática, o Ministro Dias Toffoli, reconhecendo a omissão legislativa, fez aplicar o mesmo prazo previsto na emenda constitucional (120 dias) para que o

¹⁶⁷ O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal – STF, em seu artigo 173, parágrafo único, dispõe o seguinte:

“Art. 173. Se não for alcançada a maioria necessária à declaração de Inconstitucionalidade, estando licenciados ou ausentes Ministros em número que possa influir no julgamento, este será suspenso a fim de aguardar o comparecimento dos Ministros ausentes, até que atinja o *quórum*”.

¹⁶⁸ “Art. 24. Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória.”

¹⁶⁹ “Art. 103. (...)

(...)

§ 2º 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.”

O artigo 12-H, da Lei 9.868/99, dispõe o seguinte acerca da decisão judicial em sede da ADO:

“Art. 12-H. Declarada a inconstitucionalidade por omissão, com observância do disposto no art. 22, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias.

§ 1º Em caso de omissão imputável a órgão administrativo, as providências deverão ser adotadas no prazo de 30 (trinta) dias, ou em prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo Tribunal, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido.

§ 2º Aplica-se à decisão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, no que couber, o disposto no Capítulo IV desta Lei.”

Congresso Nacional suprisse a omissão legislativa. A rigor, não houve qualquer ingerência do Poder Judiciário no âmbito do Poder Legislativo, por uma razão bastante simples: o referido prazo foi estabelecido pela Emenda Constitucional no 19/98, ou seja, um ato normativo resultante da atuação legislativa do Congresso Nacional no exercício de sua competência reformadora. Logo, trata-se de um prazo assinalado pelo Congresso Nacional a si mesmo, na medida em que a lei requerida pela emenda constitucional é ato de competência exclusiva do Congresso Nacional. Em síntese: o Congresso Nacional descumpriu prazo que ele assinalou a si mesmo. Portanto, a decisão¹⁷⁰ do Min. Dias Toffoli, a nosso ver, foi inquestionável, na medida em que se utilizou da própria decisão legislativa (Emenda Constitucional) para assinalar prazo ao Parlamento para que cumprisse seu dever constitucional.

Por fim, as decisões de mérito em sede de ADO são irrecorríveis, salvo a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória¹⁷¹.

4. Do Mandado de Injunção.

O mandado de injunção é uma garantia constitucional instituída no art. 5º, LXXI, da nossa Lei Fundamental, que dispõe:

“LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício

¹⁷⁰ “Conforme relatado e claramente exposto pelo autor da presente ação, a quem louvo pela iniciativa cidadã de ajuizar a presente ação, estamos diante de caso de inatividade legislativa referente a regulamentação de norma constitucional, na espécie, do art. 27 da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, o qual determinou a elaboração, pelo Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias, da lei de defesa do usuário de serviços públicos. (...) Nesse caso, o legislador tem o dever jurídico de legislar, por força de expreso mandamento constitucional e, no caso de inércia, configurada está a omissão inconstitucional. (...) A não edição da referida disciplina legal, dentro do prazo estabelecido constitucionalmente, ou mesmo de um prazo razoável, consubstancia autêntica violação da ordem constitucional. (...) Nesses termos, acolho a sugestão do autor da demanda e fixo o prazo razoável de 120 (cento e vinte) dias para a edição da lei em questão, tendo em vista ter sido esse o prazo definido no próprio art. 27 da EC nº 19/98. (...) Por certo, o prazo aqui indicado não tem por objetivo resultar em interferência desta Corte na esfera de atribuições dos demais Poderes da República. Antes, há de expressar como que um apelo ao Legislador para que supra a omissão inconstitucional concernente a matéria tão relevante para a cidadania brasileira – a defesa dos usuários de serviços públicos no País.” **ADO 24-MC**, rel. Min. **Dias Toffoli**, decisão monocrática, D. J. em 1.7.13.

¹⁷¹ “Art. 26. A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória.”

dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;”

Trata-se de ação mandamental¹⁷² vinculada à uma omissão ou inércia estatal. A finalidade do instituto não consiste em fazer com que o ente público em mora edite a norma regulamentadora, viabilizando o exercício do direito fundamental por parte do seu respectivo titular, tal como se dá na ADO. O propósito do mandado de injunção é precisamente permitir que o titular de um direito constitucional possa exercê-lo em conformidade com o que lhe foi assegurado pela Constituição Federal.

Conceitualmente, o MI pode ser definido como o “instrumento processual-constitucional oportuno ao exercício do direito de ação, em razão da falta de edição da norma regulamentadora de preceito constitucional, na hipótese de inviabilidade no exercício de qualquer das liberdades asseguradas constitucionalmente, inclusive aquelas relativas à nacionalidade, soberania popular e cidadania”. Logo, a finalidade do instituto consiste na “obtenção de provimento jurisdicional que possibilite ao impetrante o pleno exercício da liberdade garantida constitucionalmente”¹⁷³.

¹⁷² Sobre a natureza do Mandado de Injunção, o Supremo Tribunal Federal – STF, no MI 721-7/DF, deixou consignado tratar-se de ação mandamental, e não ação declaratória de omissão.

“Mandado de injunção. Natureza. Conforme disposto no inciso LXXI do art. 5º da CF, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. **Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão.** A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada. Mandado de injunção. Decisão. Balizas. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. Aposentadoria. Trabalho em condições especiais. Prejuízo à saúde do servidor. Inexistência de lei complementar. Art. 40, § 4º, da CF. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral – art. 57, § 1º, da Lei 8.213/1991.”

Em seu voto, o eminente Min. Marco Aurélio afirmou ter chegado o “tempo de se refletir sobre a timidez inicial do Supremo quanto ao alcance do mandado de injunção, ao excesso de zelo, tendo em vista a separação e harmonia entre os Poderes. É tempo de se perceber a frustração gerada pela postura inicial, transformando o mandado de injunção em ação simplesmente declaratória do ato omissivo, resultando em algo que não interessa, em si, no tocante à prestação jurisdicional, tal como consta no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, ao cidadão. Impetra-se este mandado de injunção não para lograr-se simples certidão da omissão do Poder incumbido de regulamentar o direito a liberdades constitucionais, a prerrogativas inerentes a nacionalidade, à soberania e à cidadania. Busca-se o Judiciário na crença de lograr a supremacia da Lei Fundamental, a prestação jurisdicional que afaste as nefastas conseqüências da inércia do legislador.” MI 721, rel. Min. Marco Aurélio, pp. 7 e 8, D. J. em 30.8.07, STF.

¹⁷³ Luiz Rodrigues Wambier e Rita de Cássia Corrêa Vasconcelos. “A Propósito da Proposta Legislativa de Nova Disciplina para o Mandado de Injunção.” in Gilmar Ferreira Mendes, André Rufino do Vale e Fábio Lima Quintas. *Mandado de Injunção – Estudos sobre sua Regulamentação*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 462.

Em 24 de junho de 2016, passou a vigorar no ordenamento jurídico brasileiro a Lei no 13.300, que disciplinou o processamento e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo perante o Judiciário.

O art. 2º do referido diploma legal dispõe que “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta total ou parcial de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.”

De início, e realizando um juízo comparativo em face do art. 5º, LXXI, percebe-se que o dispositivo em análise especificou os tipos de omissões que ensejam a impetração do mandado de injunção, ou seja, elas podem ser dos tipos total ou parcial. A Constituição fala apenas em “falta de norma regulamentadora”, ao passo que a Lei no 13.300/16 faz menção à “falta total ou parcial de norma regulamentadora”. O que a lei fez foi apenas especificar o que já restara consignado de forma genérica na Constituição Federal, indicando que a omissão estatal pode ser total ou parcial.

Todavia, devemos salientar que nem toda omissão estatal enseja a impetração do mandado de injunção; tão somente aquelas que inviabilizam o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Para o fim de cabimento do Mandado de Injunção, o STF consagrou o entendimento de que não basta a existência de eventual obstáculo ao exercício do direito ou liberdade constitucional decorrente de omissão legislativa; faz-se necessário, por parte do titular e para tal fim, atestar a concreta inviabilidade do seu exercício¹⁷⁴.

Por se tratar de uma garantia constitucional, são legitimadas a impetrar o mandado de injunção todas as pessoas físicas ou jurídicas que se apresentem como titulares dos direitos e liberdades constitucionais. No lado oposto da ação mandamental, na condição de impetrado, podem figurar o Poder, órgão ou autoridade com atribuição para editar a norma

¹⁷⁴ “Para ser cabível o mandado de injunção, não basta que haja eventual obstáculo ao exercício de direito ou liberdade constitucional em razão de omissão legislativa, mas concreta inviabilidade de sua plena fruição pelo seu titular. Daí por que há de ser comprovada, de plano, a titularidade do direito (...) e a sua inviabilidade decorrente da ausência de norma regulamentadora do direito constitucional.” MI 2.195 AgR, voto da rel. min. Cármen Lúcia, D.J. em 23.2.2011. Neste mesmo sentido, cf. MI 2.757, rel. min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, D.J. em 5.3.12; MI 624, rel. min. Menezes Direito, D. J. em 21.11.07.

regulamentadora, conforme disposto no art. 3º do referido diploma legal. Em outras palavras, no polo passivo do mandado de injunção deve se fazer presente a instituição, órgão ou autoridade competente para edição da norma regulamentadora do preceito constitucional instituidor do direito fundamental que não está sendo exercido pelo respectivo titular.

Assim, o mandado de injunção se apresentaria como uma ponte para que o titular de um direito fundamental, cujo exercício está sendo obstaculizado em razão da inércia legislativa, possa exercê-lo legitimamente e nas condições previstas no sistema normativo.

Uma vez recebida a inicial do mandado de injunção, o relator da ação determinará a notificação do impetrado para prestar informações em dez dias, findos os quais o Ministério Público será notificado para emitir parecer em igual prazo. Exaurido o prazo do Ministério Público, o processo será concluso para prolação da decisão judicial.

Reconhecida a mora legislativa, o mandado de injunção será julgado procedente. Em tal hipótese, o órgão julgador determinará prazo razoável para que o impetrado edite a norma regulamentadora, suprimindo, a partir da edição da norma integradora, a omissão inconstitucional e, também, estabelecerá as condições nas quais se dará o exercício dos direitos, liberdades ou prerrogativas reclamados ou, “se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado”.

A decisão judicial¹⁷⁵ que põe término ao processamento do mandado de injunção tem eficácia subjetiva limitada às partes do processo (inter

¹⁷⁵ Ao analisar a decisão judicial e seus efeitos em sede de mandado de injunção, o eminente Min. Luís Roberto Barroso expõe o seguinte:

“A controvérsia acerca do objeto do mandado de injunção reflete, naturalmente, no conteúdo da decisão a ser proferida. Duas linhas antagônicas de entendimento têm sido seguidas na matéria.

Coerente com a posição doutrinária aqui sustentada, afigura-se melhor a orientação que identifica no provimento judicial na espécie uma natureza *constitutiva*, devendo o juiz criar a norma regulamentadora para o caso concreto, com eficácia *inter partes*, e aplicá-la, atendendo, quando seja o caso, à pretensão veiculada. Esse caráter constitutivo, porém, só se verifica no plano da criação da normatividade ausente, pois o mandado de injunção tem nítido caráter *instrumental*. Uma vez suprida a ausência de norma, caberá ao órgão julgador fazê-la incidir, sem solução de continuidade, com vistas à resolução da situação concreta que lhe foi submetida. Aqui, então, poderá *declarar* nulo um ato, *constituir* uma nova relação jurídica, *condenar* a alguma prestação (v. g., pecuniária) ou mesmo emitir uma ordem, um *mandamento* para que se faça ou não alguma coisa.

De outro lado, há os partidários da tese segundo a qual a decisão proferida no mandado de injunção tem caráter *mandamental*. Por tal orientação, caberia ao Poder Judiciário dar ciência ao órgão omissor da mora na

partes) e produzirá efeitos até o momento em que seja editada a norma regulamentadora. Todavia, dispõe o §1º do art. 9º que “poderá ser conferida eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração”. Dizem-se *ultra partes* os efeitos da decisão que transcendem os partícipes da relação processual, ampliando a eficácia para além das fronteiras da causa concretamente em julgamento. As decisões judiciais proferidas em sede de mandado de injunção “têm a função de preencher, ainda que provisoriamente, a omissão do legislador, razão pela qual se revestem naturalmente de características reguladoras e prospectivas semelhantes às dos preceitos normativos. Nessa condição, seria inimaginável admitir que, no âmbito da jurisdição injuntiva, fossem produzidas soluções casuísticas e anti-isonômicas para situações semelhantes. É, pois, da essência do mandado de injunção a edição de provimentos jurisdicionais com força material e subjetiva de caráter expansivo”¹⁷⁶. (destaque nosso)

André Rufino do Vale, ao analisar os efeitos da decisão judicial em sede de mandado de injunção, expõe o seguinte:

“Não obstante, em alguns casos, a decisão que, *prima facie*, deveria ter efeitos apenas *inter partes* será igualmente (e naturalmente) dotada de efeitos *ultra partes* ou *erga omnes*. Assim ocorrerá, por exemplo:

(1) Na decisão tomada em mandado de injunção coletivo cujo objeto é a regulamentação de direito de caráter difuso. Nestes casos, aquele que ocupa o polo ativo da demanda, na qualidade de substituto processual (legitimação extraordinária), é facilmente identificável – o Ministério Público, por exemplo, quando atua na defesa de direitos e interesses difusos -, mas os efetivos titulares do direito, que serão atingidos diretamente pelo provimento judicial, são indetermináveis,

regulamentação, para que este adote as providências necessárias e, se se tratar de direito oponível ao Estado, suspender os processos judiciais e administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse a omissão inconstitucional. Esse o entendimento que teve a adesão da maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (...).” In **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4ª ed., revista e atualizada. São Paulo : Editora Saraiva, 2009, pp. 143-145.

¹⁷⁶ RCL 4335 /AC, Ministro Teori Zavascki, voto-vista, p. 07.

não se podendo cogitar, portanto, de eficácia limitada às partes. A decisão nesses casos terá naturais efeitos *erga omnes*, pois isso decorre da própria natureza do direito reivindicado.

(2) Na decisão tomada em mandado de injunção coletivo cujo pedido é a regulamentação do direito coletivo. Nestes casos, apesar de serem determinados e identificáveis tanto o substituto processual (a entidade sindical ou associativa impetrante, por exemplo) como os substituídos (os membros do grupo, classe ou categoria), a decisão nessas ações coletivas terá uma intrínseca vocação para desencadear efeitos *ultra partes*, atingindo todos os casos análogos que igualmente possam ser subsumidos na norma formulada para o caso concreto versado nos autos do mandado de injunção. O exemplo mais eloquente ocorreu no conhecido caso do direito de greve dos servidores públicos, cuja decisão do STF, tomada em mandado de injunção coletivo, teve o condão de produzir, naturalmente, efeitos *erga omnes*. Como corretamente afirmado pelo Ministro Gilmar Mendes na Medida Cautelar na Reclamação nº 6.200 (decisão proferida em 23-9-2008), 'o que se evidencia é a possibilidade das decisões nos referidos mandados de injunção surtirem efeitos não somente em razão dos interesses jurídicos de seus impetrantes, mas também estenderem os seus efeitos normativos para os demais casos que guardem similitude e demandem a aplicação daquele esquema provisório de regulação do exercício do direito de greve pelos servidores públicos estatutários (...)'

(3) Na decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal em mandado de injunção, individual ou coletivo, cuja norma formulada para o caso concreto seja generalizável o suficiente para atingir, de modo indistinto e indeterminado, todos os casos análogos. O exemplo está no conhecido caso decidido pelo STF quanto ao direito de aposentadoria especial dos servidores públicos, um mandado de injunção individual que, ao produzir naturais efeitos *inter partes*, também acabou resultando numa norma de conteúdo geral e abstrato – a qual determina a aplicação analógica aos servidores públicos (assim, de forma indeterminada e indistinta) da disciplina legal

da aposentadoria especial dos trabalhadores em geral (art. 57, §1º, Lei nº 8.213/91) – que, dessa forma, é aplicável a todos os casos que nela possam ser subsumidos.¹⁷⁷

No § 2º do art. 9º tem-se estabelecido que “transitada em julgado a decisão, seus efeitos poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator.” Objetivando maior celeridade e eficiência jurisdicional, o dispositivo legal ora referido torna possível a aplicação da decisão proferida em um determinado caso concreto a todos os casos análogos ainda pendentes de julgamento no Tribunal. O dispositivo busca não apenas conferir igualdade decisória em processos similares, mas também maior racionalidade e eficiência do sistema jurisdicional, na medida em que o objeto da demanda é praticamente o mesmo das demais ações em tramitação e pendentes de julgamento de mérito.

Por fim, cabe aludir ao fato de que a omissão legislativa poderá resultar em dano aos cidadãos, seja de natureza patrimonial, seja de natureza moral. Em tal hipótese, é possível imputar ao Estado, em decorrência de sua inércia, a reparação por danos ocasionados aos particulares¹⁷⁸.

¹⁷⁷ “Mandado de Injunção: comentários ao projeto de regulamentação”, p. 225, in **Mandado de Injunção – Estudos sobre sua Regulamentação**. Gilmar Ferreira Mendes, André Rufino do Vale, Fábio Lima Quintas. São Paulo: Saraiva, 2013.

¹⁷⁸ No MI 283-5/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, o Supremo Tribunal Federal – STF externou entendimento segundo o qual, não suprida a omissão legislativa por parte do Estado, deverá este reparar as perdas e danos ocasionadas ao indivíduo, decorrentes de sua inércia legislativa, conforme podemos verificar através do seguinte trecho da decisão judicial:

“3. Se o sujeito passivo do direito constitucional obstado é a entidade estatal à qual igualmente se deva imputar a mora legislativa que obsta ao seu exercício, é dado ao Judiciário, ao deferir a injunção, somar, aos seus efeitos mandamentais típicos, o provimento necessário a acautelar o interessado contra a eventualidade de não se ultimar o processo legislativo, no prazo razoável que fixar, de modo a facultar-lhe, quanto possível, a satisfação provisória do seu direito.

4. Premissas, de que resultam, na espécie, o deferimento do Mandado de Injunção para:

a) declarar em mora o legislador em relação à ordem de legislar contida no art. 8º, §3º, ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e à Presidência da República;
 b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada;
 c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem;
 d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável.” pp. 1 e 2.

.....

CAPÍTULO V

ATIVISMO, INTERPRETAÇÃO E EFETIVIDADE CONSTITUCIONAL

SUMÁRIO: 1. Sobre o Ativismo Judicial. 2. Ativismo Judicial e Interpretação Constitucional 3. A Judicialização da Política. 4. Limites do Ativismo Judicial.

1. Sobre o Ativismo Judicial.

São diversas as concepções doutrinárias acerca do ativismo judicial. De saída, devemos ressaltar que ativismo se opõe a interpretativismo ou passivismo judicial. Ao tratar do tema, Elival da Silva Ramos aponta que, para os defensores do literalismo e do originalismo, as decisões judiciais desvinculadas do interpretativismo são ativistas, atribuindo-se a elas valor negativo, contraposto à Democracia, ao Estado Democrático de Direito e à Segurança Jurídica¹⁷⁹.

Os opositores do interpretativismo compreendem o ativismo como equivalente ao protagonismo judicial, com a inevitável interpretação jurisdicional, que democratiza o sistema político mediante a concretização da supremacia constitucional e a instituição do controle de constitucionalidade. Para os não interpretativistas, o passivismo judicial deve ser repellido com o propósito de assegurar a permanência do Texto Constitucional e dos seus institutos por meio de uma interpretação evolutiva, que viabilize a adaptação às transformações sociais¹⁸⁰.

O ativismo está intrinsicamente associado ao compromisso do Poder Judiciário com a efetividade dos direitos fundamentais e pode ser igual-

¹⁷⁹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 132.

¹⁸⁰ Ibidem, RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 133.

mente detectado no âmbito da fiscalização da constitucionalidade dos atos estatais, seja no modelo abstrato, seja no modelo concreto.

No entendimento de Elival da Silva Ramos, o ativismo judicial pode ser compreendido como o desvio ou o excesso decorrente do exercício da prestação jurisdicional por parte do Estado em detrimento da função legislativa atribuída primordialmente ao Poder Legislativo, postura essa a ser repelida dogmáticamente¹⁸¹. Na linha preconizada pelo autor, entende-se por ativismo judicial “o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento, que incumbe institucionalmente ao Poder Judiciário atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez, contudo, que o fenômeno golpeia mais fortemente o Poder Legislativo, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de Constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas”¹⁸².

Apesar das diversas formas de compreensão do ativismo judicial, somos adeptos de uma postura ativista exercida no âmbito do sistema constitucional, sobretudo em razão de sua textura aberta, que favorece a postura judicial à qual estamos nos referindo. Não se pode admitir uma forma de proceder judicial que transcenda os limites do ordenamento jurídico positivo, de modo que os magistrados deverão circunscrever suas respectivas participações nos processos judiciais, no âmbito interno do ordenamento jurídico-positivo, não lhes sendo permitido ultrapassar tais barreiras. Portanto, deve-se afastar qualquer postura ativista que possa configurar atuação arbitrária ou fora dos limites impostos pelo sistema normativo.

Não há dúvida de que, comparativamente a uma postura mais contida, uma postura judicial de cunho ativista tem a possibilidade de conferir uma maior efetividade ao Texto Constitucional.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 129.

¹⁸² *Ibidem*.

É certo, no entanto, que há situações limítrofes, nas quais se pode discutir, à luz do princípio da separação de poderes, a legitimidade da interferência do Judiciário no âmbito de competência dos poderes Executivo e Legislativo. Da mesma forma, cabe analisar o comportamento de magistrados que não raro inovam o sistema normativo com decisões judiciais consubstanciadoras de interpretação jurídica à margem do direito positivo.

Não se pode prescindir, nesse contexto, da metódica adotada por diversos magistrados baseada no “decido conforme minha consciência”, em que juízos preconcebidos fazem prevalecer a visão particular do julgador em detrimento do que comporta o sistema normativo. Não raro, tais decisões buscam se legitimar sob o argumento de favorecerem políticas públicas ou combaterem a corrupção, prescindindo de toda sorte de limites normativos que se impõem ao órgão julgador. Tal postura, consubstanciada num comportamento judicial proativo na resolução de casos concretos, dá margem à construção de raciocínios inegavelmente criativos e até mesmo à inovação do sistema normativo.

Um comportamento judicial ativista que busca legitimação no cenário político-social deve ter amparo nos enunciados normativos que compõem o sistema positivo de normas e estar sempre guiado pela Constituição e pelas leis, de forma a permitir a construção de uma norma de decisão no âmbito interno da moldura jurídica.

2. Ativismo Judicial e Interpretação Constitucional.

A Constituição, na medida em que se constitui no fundamento de validade de um ordenamento jurídico positivo, há de ser compreendida como um sistema aberto de princípios e regras jurídicas. Logo, muitas das normas constitucionais se caracterizam por revestir uma textura aberta e um elevado grau de indeterminabilidade em relação à matéria que dispõem. Em razão disso, confere ao intérprete uma elevada margem de discricionariedade no âmbito do processo hermenêutico. Tais particularidades do sistema constitucional não permitem, no entanto, que o intérprete da Constituição vá além do que seu texto permite. Sua margem criativa é, pois, limitada.

Os princípios constitucionais informam o modelo de Constituição adotado por um país, conformando todo o sistema jurídico e promovendo sua unidade (não apenas dela própria, mas de todo o ordenamento jurídico). Logo, além de legitimar uma ordem político-constitucional, conformam não apenas a atividade do legislador, porquanto agente de produção legislativa, mas também a atuação dos magistrados, que têm o poder-dever de aplicá-los aos casos concretos. Assim, os princípios constitucionais adquirem concretização normativa na medida em que são aplicados pelos magistrados na solução de conflitos de interesse submetidos à sua apreciação, além de serem objeto de desenvolvimento por meio da atuação legislativa, densificando o seu conteúdo através das leis. Nesse contexto, não se prescinde, também, da atuação do Poder Executivo, na medida em que uma das suas principais atribuições consiste em aplicar o Texto Constitucional. Com isso, resta inequívoco que a Constituição é uma norma jurídica passível de densificação normativa¹⁸³ por parte dos três poderes estatais.

Ademais, os princípios jurídicos guiam o intérprete a um ideal normativo e evolutivo, otimizando as possibilidades morais no âmbito do sistema jurídico, e permitem expandir o campo de incidência da norma sobre todo o ordenamento jurídico, demarcando a onipresença da Constituição.

Enquanto elementos normativos do sistema, os princípios constitucionais – inclusive os implícitos – devem ser manejados pelo Judiciário tendo em vista as peculiaridades hermenêuticas decorrentes do seu sentido mais abrangente. O intérprete deve considerar que os institutos e os conceitos jurídicos não estão simplesmente justapostos no ordenamento: há vínculos funcionais entre eles. A interpretação jurídica não se reduz a usar adequadamente os critérios de hermenêutica; implica necessariamente o cuidado metodológico de estabelecer em que termos se dá a harmonização entre os institutos e os conceitos jurídicos¹⁸⁴. As regras constitucionais, por sua vez, apesar de abstratas, possuem um grau de indeterminabilidade no

¹⁸³ Densificar uma norma, afirma Canotilho, “significa preencher, complementar e precisar o espaço normativo de um preceito constitucional, especialmente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos.

As tarefas de concretização e de densificação de normas andam, pois, associadas: densifica-se um espaço normativo (= preenche-se uma norma) para tornar possível a sua concretização e a consequente aplicação a um caso concreto.” In *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, p. 1.201.

¹⁸⁴ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 178.

tocante às suas prescrições mais reduzidas, em comparação com as normas principiológicas. Por consequência, restringem a margem de discricionariedade hermenêutica do intérprete constitucional. Na dinâmica do jogo de aplicação da Constituição, há uma enorme dificuldade em estabelecer os limites da atividade interpretativa, na medida em que as instituições às quais se atribuem, em última instância, referida tarefa, são passíveis de transcender os limites hermenêuticos.

Em tal cenário, os métodos e técnicas de interpretação desenvolvidas pela Hermenêutica Constitucional são de extrema relevância, pois buscam nortear o intérprete a agir no âmbito interno do sistema constitucional positivo, permitindo-lhe precisar o conteúdo e alcance das normas constitucionais. Por intermédio da interpretação constitucional, o operador do direito (magistrado) construirá a norma que poderá pôr fim às controvérsias submetidas à sua apreciação. Nessa tarefa, utilizar-se-á de vários tipos decisórios, a exemplo da interpretação conforme à Constituição¹⁸⁵,

¹⁸⁵ O *princípio da interpretação conforme à Constituição* busca preservar não apenas o resultado da atuação legislativa, mas também o respeito à atuação de um outro Poder, na medida em que se preserva no ordenamento jurídico o ato normativo pelo mesmo emanado, afastando, no entanto, interpretações que dele podem resultar incompatíveis com a Constituição. Na *interpretação conforme*, o Poder Judiciário estabelece o único sentido que pode ser construído a partir do enunciado normativo em conformidade à Constituição, afastando, portanto, as demais interpretações por não corresponderem ao estabelecido na Lei Maior. Portanto, através desta técnica, *enaltece* o significado *positivo* obtido através da interpretação constitucional, excluindo os demais sentidos atribuíveis ao texto por resultarem inconstitucionais. J. J. Gomes Canotilho, afirma tratar-se fundamentalmente de um “princípio de controlo (tem como função assegurar a constitucionalidade da interpretação) e ganha relevância autónoma quando a utilização dos vários elementos interpretativos não permite a obtenção de um sentido inequívoco dentre os vários significados da norma. Daí a sua formulação básica: no caso de normas polissémicas ou plurissignificativas deve dar-se preferência à interpretação que lhe dê um sentido em conformidade à constituição. Esta formulação comporta várias dimensões: (1) o *princípio da prevalência da constituição* impõe que, dentre as várias possibilidades de interpretação, só deve escolher-se uma interpretação não contrária ao texto e programa da norma ou normas constitucionais; (2) o *princípio da conservação de normas* afirma que uma norma não deve ser declarada inconstitucional quando, observados os fins da norma, ela pode ser interpretada em conformidade com a constituição; (3) o *princípio da exclusão da interpretação conforme a constituição mas ‘contra legem’* impõe que o aplicador de uma norma não pode contrariar a letra e o sentido dessa norma através de uma interpretação conforme à constituição, mesmo que através desta interpretação consiga uma concordância entre a norma infraconstitucional e as normas constitucionais. Quando estiverem em causa duas ou mais interpretações – todas em conformidade com a Constituição – deverá procurar-se a interpretação considerada como a *melhor orientada* para a Constituição.” CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7^ª ed. Coimbra: Almedina, p. 1.226 e 1.227.

da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto¹⁸⁶ e do apelo ao legislador¹⁸⁷.

O magistrado, em sua tomada de decisão, está condicionado por seu viés ideológico e consciente de que este interfere no processo decisório. Sua forma de compreender o mundo é balizada pelos valores individuais e sociais decorrentes do seu tempo e do seu espaço. Não se pode prescindir, também, dos elementos temporal e geográfico, que possibilitam uma mudança de significado em relação aos enunciados normativos. A interpretação evolutiva é prova disso. Logo, em razão do evoluir histórico, a interpretação jurídica ganha novos contornos, sem que haja a necessidade de implementar modificações na estrutura normativa da Constituição. Muda-se o significado atribuído ao texto legal, embora sua base empírica permaneça a mesma. Trata-se de um fenômeno não muito complexo de se compreender, na medida em que fatores históricos, axiológicos, sociais, culturais e políticos têm a possibilidade de interferir no processo hermenêutico, permitindo ao intérprete analisar o problema sob outra perspec-

¹⁸⁶ De forma distinta da *interpretação conforme*, através da *declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto*, o Poder Judiciário *estabelece* o significado que *não deve* ser atribuído ao enunciado normativo, por ser incompatível com a Constituição, permitindo ao intérprete a construção de diversos outros significados, desde que não aquele tido por inconstitucional pelo Poder Judiciário. Fazendo um paralelo com a *interpretação conforme*, nesta, o intérprete determina o único significado compatível com a Constituição, excluindo os demais por não se harmonizarem com a Lei Maior; na *declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto*, o intérprete especifica o sentido que **não deve** ser atribuído ao texto, por incompatível à Constituição, permitindo-lhe desenvolver outros significados que se harmonizam à Lei Fundamental.

Ao discorrer sobre as *decisões interpretativas* em sede de jurisdição constitucional, Georges Abboud expõe o seguinte entendimento:

“Em seu sentido lato, as *sentenças interpretativas* englobariam *decisões interpretativas em sentido estrito e decisões manipuladoras* (ou manipulativas). As *decisões interpretativas em sentido estrito*, por sua vez, comportam a *interpretação conforme à Constituição* (denominadas *sentenças interpretativas de rechaço* – Riccardo Guastini – tendo em vista que essa técnica *exclui* outras possibilidades interpretativas que não sejam aquelas adotadas pela Corte) e a *declaração de nulidade parcial sem redução de texto* (*sentença interpretativa de aceitação, ou de anulação*, uma vez que, nesse caso, o Tribunal *exclui/anula* o sentido apresentado pelo texto de maneira inconstitucional, aceitando, no entanto, outras possibilidades interpretativas).” ABOUD, Georges. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 166.

¹⁸⁷ O *apelo ao legislador* se afigura como uma técnica decisória em sede de controle de constitucionalidade, na qual a Corte Constitucional reputa a norma *ainda constitucional*, ou seja, *em trânsito para a inconstitucionalidade*. Em tal hipótese, o Tribunal *afasta* a inconstitucionalidade, todavia, *adverte* o legislador que possivelmente ela se tornará inconstitucional, permitindo a este atuar de forma célere e preventiva para que a situação fática até então disciplinada não fique sem um tratamento jurídico.

tiva, à luz desses novos horizontes¹⁸⁸. Conforme visto acima, a liberdade de conformação do intérprete do Direito é ampliada na medida em que ele esteja diante de uma norma principiológica, de ampla textura aberta e elevado grau de indeterminabilidade.

A Constituição, por sua própria natureza e finalidade, utiliza-se no mais das vezes de conceitos vagos, indeterminados e com elevada carga de imprecisão, conferindo ao aplicador do Direito uma maior liberdade de conformação quanto à densificação do seu conteúdo. Tais elementos permitem ao magistrado uma leitura e reformulação construtiva do seu texto, de modo a propiciar uma decisão à luz dos atuais problemas com os quais as sociedades contemporâneas se deparam. Trata-se, portanto, de uma postura expansiva do Poder Judiciário. Por ser a Constituição o estatuto jurídico do político, que compreende os princípios de legitimação do poder, conflitos dessa natureza passam a ser dirimidos em última instância pelo Poder Judiciário¹⁸⁹, mediante aplicação das normas constitucionais.

¹⁸⁸ Neste contexto, são pertinentes as palavras de Gustavo Zagrebelsky:

“Si valoramos en su conjunto la reflexión científica sobre el derecho público llevada a cabo en estas décadas, no podemos dejar de notar que los términos y los conceptos empleados son básicamente los mismos de otro tiempo, que han sido heredados de la tradición. Ahora bien, ya no producen significados unívocos y estables. Al haberse erosionado progresivamente el principio unitario de organización política, representado por la soberanía y por el orden que de ella derivaba, los significados resultantes pueden variar en función de las constelaciones que se van formando entre los elementos que componen el derecho público. El rasgo más notorio del derecho público actual no es la sustitución radical de las categorías tradicionales, sino su ‘pérdida de la posición central’. Y ello constituye realmente una novedad de absoluta importancia, porque comporta una consecuencia capital: al faltar un punto unificador tomado como axioma, la ciencia del derecho público puede formular, proponer y perfeccionar sus propias categorías, pero éstas no pueden encerrar y reflejar en sí un significado concreto definible *a priori*, como sucedía cuando la orientación venía dada desde la soberanía del Estado. Hoy en día el significado debe ser construido.

Éste es el rasgo característico de la situación actual. Las categorías del derecho constitucional, para poder servir como criterio de acción o de juicio para la praxis, deben encontrar una combinación que ya no deriva del dato indiscutible de un ‘centro’ de ordenación. Por usar una imagen, el derecho constitucional es un conjunto de materiales de construcción, pero el edificio concreto no es obra de la Constitución en cuanto tal, sino de una política constitucional que versa sobre las posibles combinaciones de esos materiales.

Las sociedades pluralistas actuales – es decir, las sociedades marcadas por la presencia de una diversidad de grupos sociales con intereses, ideologías y proyectos diferentes, pero sin que ninguno tenga fuerza suficiente para hacerse exclusivo o dominante y, por tanto, establecer la base material de la soberanía estatal en el sentido del pasado –, esto es, las sociedades dotadas en su conjunto de un cierto grado de relativismo, asignan a la Constitución no la tarea de establecer directamente un proyecto predeterminado de vida en común, sino la de realizar las condiciones de posibilidad de la misma. Desde la Constitución, como plataforma de partida que representa la garantía de legitimidad para cada uno de los sectores sociales, puede comenzar la competición para imprimir al Estado una orientación de uno u otro signo, en el ámbito de las posibilidades ofrecidas por el compromiso constitucional.” ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 12.

¹⁸⁹ Ao tratar do processo de *judicialização da política*, Canotilho expõe os seguintes fatores que conduziram a este modelo de *política judicial*:

3. A Judicialização da Política.

“Vivemos sob uma constituição, mas a constituição é o que os juízes dizem que é.”

(We are under a constitution but the constitution is what the judges say it is.)

Justice Holmes

A judicialização da política não deve ser confundida com o ativismo judicial, embora se possa estabelecer pontos de contato entre eles. O primeiro diz respeito à atuação do Judiciário em questões políticas, ao passo que o segundo versa sobre viés ideológico que norteia a forma de proceder dos magistrados em matéria de decidibilidade.

“Em primeiro lugar, descobriu-se a dimensão objectiva dos direitos que não só abriu caminho para a transformação dos direitos em ordem objectiva da comunidade como forneceu o substracto dogmático para a irradiação dos direitos em direcção a toda a ordem jurídica civil. Mas não só isso: a objectivização dos direitos conduz à ressubjectivização de posições prestacionais, configurando-se os próprios direitos, liberdades e garantias como esquemas de garantia dos direitos sociais. A radicalização objectivante dos direitos fundamentais acaba logicamente na redescoberta da constituição como “ordem de valores e de princípios” legitimadora da ultrapassagem dos tradicionais limites metodológicos e metódicos do poder judicial. Concretizamos um pouco esta última afirmação. Dentro do arsenal metódico-metodológico várias categorias dogmáticas servem hoje para abrirem aos juízes os interstícios da política dos direitos e dos valores. Uma dessas categorias é, desde logo, a concretização dos direitos. A concretização exprime uma tendência incontornável para o alargamento do espaço de discricionariedade das magistraturas no dizer do direito em nome da necessidade de assegurar a justa realização da constituição. Outra categoria é a da ponderação ou balanceamento de bens e direitos. Não é por acaso que alguns autores vêm no chamado Estado ponderador (assim W. Leisner, *Der Abwiegungsstaat*, Berlin, 1997) um dos cavalos de Tróia da erosão da juridicidade estatal. As relações funcionais e competenciais entre o poder legislador e o poder judiciário deslocam-se estreitando a margem de conformação política de quem ao fazer política deve fazer o balanceamento justo em caso de conflito de bens, e alargando o espaço discricionário de quem, não fazendo política, é agora o ponderador, em termos definitivos, da solução de conflitos de direitos e bens. A terceira categoria politicamente suspeita de converter os juízes em legisladores políticos é a que diz respeito à concretização do princípio da competência orçamental em sede de realização de direitos. Este último tópico conduz-nos a outro dos aspectos da liminar que nos foi endereçada: a das relações entre o poder político e o poder judiciário no campo das políticas públicas de direitos. Sejam-nos, porém, permitidas algumas considerações sobre a pretensa deriva do ativismo judiciário. É indiscutível que as relações entre a magistratura e o sistema político não são os mesmos sistemas em que existe controlo da constitucionalidade da lei (sobretudo fiscalização abstracta concentrada) e nos sistemas em que continua a valer a insindicalidade judicial das leis.” Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Um Olhar Jurídico-Constitucional sobre a Judicialização da Política**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 245, pp. 87-95, mai. 2007. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42122>>. Acesso em: 14/08/2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v245.2007.42122>. p. 90.

A Constituição é, essencialmente, o “estatuto jurídico do político”¹⁹⁰, de modo que disciplinar o poder se constitui na própria razão de ser das constituições. Ressalte-se, por oportuno, que os textos constitucionais, no que toca à sua materialidade, possuem uma força irradiante na medida em que os seus conteúdos se espriam por todo o sistema normativo, conferindo-lhe legitimidade material.

Sob tal perspectiva, ter-se-á uma constitucionalização de todo o sistema jurídico na medida em que o DNA constitucional, de cunho predominantemente político, é transmitido às normas que nela (Constituição) se fundamentam. Portanto, afigurando-se a Constituição como documento jurídico de conteúdo político, inexistente possibilidade em dissociar a política da práxis constitucional desenvolvida pelo Judiciário, operando-se dessa maneira o que se denomina judicialização da política. O poder é judicializado em razão de ser ele próprio objeto de normas da maior envergadura jurídica. A título de exemplo, podemos citar as normas que dispõem sobre a Organização do Estado; as relativas à organização dos poderes; as relacionadas às limitações ao poder de tributar, entre várias outras.

Com isso, percebe-se que o Direito não se restringe a disciplinar comportamentos intersubjetivos, vai além. É importante salientar que as questões políticas, por sua própria natureza, não se revelam como fenômenos simples. São políticas as situações que envolvem critérios de oportunidade e conveniência, desvinculadas, nesse contexto, de questões de índole constitucional¹⁹¹. No Mandado de Segurança no 34.327/DF, restou decidido

¹⁹⁰ Cf. J. J. Gomes Canotilho. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed., p. 1.173.

¹⁹¹ O Supremo Tribunal Federal – STF já assentou a doutrina de que os atos de natureza política são imunes à intervenção judicial, desde que não transcendam os limites estabelecidos constitucionalmente ou que causem violação a direitos públicos subjetivos, conforme disposto no Ementa do MS 24.849/DF, Rel. Min. Celso de Mello:

“O CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS PARLAMENTARES: POSSIBILIDADE, DESDE QUE HAJA ALEGAÇÃO DE DESRESPEITO A DIREITOS E/OU GARANTIAS DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL. - O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República, ainda que essa atuação institucional se projete na esfera orgânica do Poder Legislativo. - Não obstante o caráter político dos atos parlamentares, revela-se legítima a intervenção jurisdicional, sempre que os corpos legislativos ultrapassem os limites delineados pela Constituição ou exerçam as suas atribuições institucionais com ofensa a direitos públicos subjetivos impregnados de qualificação constitucional e titularizados, ou não, por membros do Congresso Nacional. Questões políticas. Doutrina. Precedentes.”

que o “Supremo Tribunal Federal somente deve interferir em procedimentos legislativos para assegurar o cumprimento da Constituição, proteger direitos fundamentais e resguardar os pressupostos de funcionamento da democracia e das instituições republicanas. Exemplo típico na jurisprudência é a preservação dos direitos das minorias. Nenhuma das hipóteses ocorre no presente caso.”¹⁹² (Destaque nosso.)

Portanto, em conformidade com a jurisprudência do STF, não possuindo natureza constitucional as questões políticas, nem estando elas relacionadas aos direitos de minorias parlamentares ou às condições de funcionamento do regime democrático, a Corte Constitucional não está autorizada a intervir na dinâmica do Poder Legislativo, por se tratar de questão interna corporis. Nesse contexto, em princípio, devem elas ser resolvidas pela própria instância parlamentar, sem intervenção do Judiciário.

No Mandado de Segurança no 24.831/DF, considerando precedentes da Corte e o princípio da separação dos poderes, o STF decidiu ser possível o controle jurisdicional dos atos parlamentares desde que (a) o Poder Legislativo transcenda os limites que lhe foram traçados pela Constituição e (b) em caso de desrespeito a direitos e/ou garantias fundamentais, titularizados ou não, por membros do Congresso Nacional, mediante ofensa decorrente do exercício de suas atribuições institucionais¹⁹³.

¹⁹² Rel. Min. Roberto Barroso, Pleno, D. J. 8.9.16.

¹⁹³ O Supremo Tribunal Federal – STF, em diversos julgados, vem delineando sua jurisprudência acerca da intervenção do Poder Judiciário na esfera de atuação parlamentar do Congresso Nacional, conforme se pode verificar das suas decisões trazidas a colação:

“O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República, ainda que essa atuação institucional se projete na esfera orgânica do Poder Legislativo.

– Não obstante o caráter político dos atos parlamentares, revela-se legítima a intervenção jurisdicional, sempre que os corpos legislativos ultrapassem os limites delineados pela Constituição ou exerçam as suas atribuições institucionais com ofensa a direitos públicos subjetivos impregnados de qualificação constitucional e titularizados, ou não, por membros do Congresso Nacional. Questões políticas. Doutrina. Precedentes.

– A ocorrência de desvios jurídico-constitucionais nos quais incida uma Comissão Parlamentar de Inquérito justifica, plenamente, o exercício, pelo Judiciário, da atividade de controle jurisdicional sobre eventuais abusos legislativos (RTJ 173/805-810, 806), sem que isso caracterize situação de ilegítima interferência na esfera orgânica de outro Poder da República.” (MS 24.831/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno, D.J 22.6.05) “Agravamento Regimento em Mandado de Segurança. 2. Oferecimento de denúncia por qualquer cidadão imputando crime de responsabilidade ao Presidente da República (artigo 218 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados). 3. Impossibilidade de interposição de recurso contra decisão que negou seguimento à denúncia. Ausência de previsão legal (Lei 1.079/50). 4. **A interpretação e a aplicação do Regimento Interno da Câmara**

No julgamento do MS 34.327-DF, o Min. Celso de Mello, relator, entendeu ser legítima a competência do STF no âmbito da atuação congressual, mesmo nas hipóteses relativas a procedimentos e deliberações parlamentares, “toda vez que se imputar às Casas do Congresso Nacional a prática de atos ofensivos à Constituição, notadamente a direitos e garantias fundamentais”. A questão perde sua natureza política na medida em que existe um direito subjetivo ou um princípio constitucional a ser tutelado judicialmente. Por essa razão, a existência de controvérsia jurídica com reflexos imediatos na Constituição legitima o exercício da competência do Supremo Tribunal Federal em sede de controle, conforme atribuições que lhe foram assinaladas pela própria Constituição Federal. Logo, a prática do judicial review “não pode ser considerada um gesto de indevida interferência jurisdicional na esfera orgânica do Poder Legislativo”. Salientou o Ministro, ainda, que a discricionariedade da Câmara dos Deputados e do Senado Federal não se legitima quando exercida em desarmonia com o estabelecido pela Constituição, na medida em que as atividades desenvolvidas pelos Poderes da República se submetem a rigorosos condicionamentos constitucionais, em particular nas hipóteses de restrição de direitos, ainda que de natureza política, a exemplo da suspensão do exercício do mandato parlamentar. Assinalou, ainda, o magistrado que, em razão da elevada missão de que se acha investido o STF, os desvios jurídico-constitucionais eventualmente praticados por uma das Casas Legislativas – mesmo quando surgidos no contexto de processos políticos – não se encontram imunes à

ra dos Deputados constituem matéria interna corporis, insuscetível de apreciação pelo Poder Judiciário.

5. Agravo regimental improvido.” (MS 26.026 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes)

“CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ATOS DO PODER LEGISLATIVO: CONTROLE JUDICIAL. ATO INTERNA CORPORIS: MATÉRIA REGIMENTAL.

I. - Se a controvérsia é puramente regimental, resultante de interpretação de normas regimentais, trata-se de ato interna corporis, imune ao controle judicial, mesmo porque não há alegação de ofensa a direito subjetivo.

II. - Mandado de Segurança não conhecido.” (MS 24.356, Rel. Min. Carlos Velloso)

“MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA ATO DO PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, RELATIVO À TRAMITAÇÃO DE EMENDA CONSTITUCIONAL. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DE DIVERSAS NORMAS DO REGIMENTO INTERNO E DO ART. 60, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRELIMINAR: **IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA QUANTO AOS FUNDAMENTOS REGIMENTAIS, POR SE TRATAR DE MATÉRIA INTERNA CORPORIS QUE SÓ PODE ENCONTRAR SOLUÇÃO NO ÂMBITO DO PODER LEGISLATIVO, NÃO SUJEITA À APRECIÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO**; CONHECIMENTO QUANTO AO FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL (...)” (MS 22.503, Rel. Min. Marco Aurélio, D.J. 8.5.96).

fiscalização judicial da Corte Constitucional, “como se a autoridade e a força normativa da Constituição e das leis da República pudessem, absurdamente, ser neutralizadas por estatutos meramente regimentais ou pelo suposto caráter ‘interna corporis’ do ato transgressor de direitos e garantias assegurados pela própria Lei Fundamental do Estado”¹⁹⁴. Não se pode recusar, advertiu o Ministro Celso de Mello, que a natureza política dos atos parlamentares não é o suficiente para subtraí-los à esfera da jurisdição constitucional, na medida em que sempre caberá ao Supremo Tribunal Federal atuar, mediante provocação da parte lesada, nos casos em que sejam alegadas ofensas, atuais ou iminentes, a direito individual, “pois nenhum Poder da República tem legitimidade para desrespeitar a Constituição ou para ferir direitos públicos e privados de seus cidadãos.”¹⁹⁵

Com esse raciocínio, entendeu o Ministro Celso de Mello incumbir ao Supremo Tribunal Federal o desempenho de legítima função arbitral nas delicadas relações institucionais entre os Poderes da República, de modo a fazer prevalecer, no plano político-jurídico, “o convívio harmonioso entre os órgãos do Estado, prestigiando-se, desse modo, o dogma da separação de poderes, que traduz elemento nuclear e central no contexto das funções governamentais.”¹⁹⁶

A produção legislativa levada a cabo nos últimos anos pelo Congresso Nacional¹⁹⁷ e pelo Presidente da República é tal modo expressiva, que vem gradativamente aumentando a possibilidade de apreciação, pelo Judiciário, de demandas decorrentes de um renovado arcabouço legislativo. Isso cer-

¹⁹⁴ Mandado de Segurança nº 34.327/DF, p. 30.

¹⁹⁵ Mandado de Segurança nº 34.327/DF, p. 30.

¹⁹⁶ Após traçar uma linha argumentativa acerca da competência do Supremo Tribunal Federal para processo e julgar causas cujo objeto verse sobre “questões políticas”, o Min. Celso de Mello afirmou o seguinte:

“É por esse motivo que assume indiscutível relevo o significado da jurisdição desta Corte Suprema na prática institucional viabilizada pelo modelo que consagra a democracia constitucional em nosso País, notadamente quando o Supremo Tribunal Federal exerce a função contramajoritária, que lhe é ínsita, no contexto de suas atividades jurisdicionais, a significar que este Tribunal acha-se legitimamente investido da função de promover o equilíbrio entre os Poderes do Estado e de atuar como garante dos direitos fundamentais. Daí a plena legitimidade jurídico-constitucional da decisão que o Supremo Tribunal Federal está a proferir neste julgamento.”

¹⁹⁷ Em 2018, foram aprovados pelo Congresso Nacional 206 Projetos de Lei Ordinária, 04 Projetos de Lei Complementar e 187 Decretos Legislativos. Neste ano, já foram aprovados 77 Projetos de Lei Ordinária, 04 Projetos de Lei Complementar e 60 Decretos Legislativos. Por sua vez, em 2018 foram editadas 53 Medidas Provisórias, ao passo que no ano em curso já contamos com outras 23 já expedidas pelo Presidente da República. Consoante informa o sítio da Câmara dos Deputados, em <https://www2.camara.leg.br>.

tamente fará ampliar a produção normativa do Judiciário, chamado que será a dirimir conflitos intersubjetivos decorrentes da atividade legiferante. Ademais, não se pode perder de vista que o Judiciário pode ser provocado a atuar em sede de jurisdição constitucional em decorrência do questionamento (por quem detém legitimidade para tanto) acerca da constitucionalidade dessas medidas legislativas.

Portanto, urge cautela em dissociar o que deve ser considerado questão interna corporis, imune a fiscalização jurisdicional por se situar no campo exclusivamente político, de outros temas que escapam ao âmbito interno e que, assim, podem se constituir em objeto de controle (de constitucionalidade ou de legalidade) pelo Judiciário. Ademais, não se pode desconsiderar que a Corte Constitucional, no exercício do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, atua como legislador negativo ao estabelecer uma norma geral com sinal negativo¹⁹⁸.

¹⁹⁸ Kelsen, em atenção às críticas formuladas pertinentes à função atribuída ao Tribunal Constitucional, argumenta o seguinte:

“Costumam-se fazer certas objeções a esse sistema. A primeira, naturalmente, é que tal instituição seria incompatível com a soberania do Parlamento. Mas, à parte o fato de que não se pode falar de soberania de um órgão estatal particular, pois a soberania pertence no máximo à própria ordem estatal, esse argumento cai por terra pelo simples fato de que é forçoso reconhecer que a Constituição regula no fim das contas o processo legislativo, exatamente da mesma maneira como as leis regulam o procedimento dos tribunais e das autoridades administrativas, que a legislação é subordinada à Constituição exatamente como a jurisdição e a administração o são à legislação, e que, por conseguinte, o postulado da constitucionalidade das leis é, teórica e tecnicamente, absolutamente idêntico ao postulado da legalidade da jurisdição e da administração. Se, ao contrário dessas concepções, se continua a afirmar a incompatibilidade da jurisdição constitucional com a soberania do legislador, é simplesmente para dissimular o desejo do poder político, que se exprime no órgão legislativo, de não se deixar limitar pelas normas da Constituição, em patente contradição, pois, com o direito positivo. No entanto, mesmo se tal tendência for aprovada por motivos de oportunidade, não há argumento jurídico em que ela possa se embasar.

Não é muito diferente o que ocorre com a segunda objeção, decorrente do princípio da separação dos poderes. Claro, a anulação de um ato legislativo por um órgão que não o órgão legislativo mesmo, constitui uma intromissão no ‘poder legislativo’, como se costuma dizer. Mas o caráter problemático dessa argumentação logo salta aos olhos, ao se considerar que o órgão a que é confiada a anulação das leis inconstitucionais não exerce uma função verdadeiramente jurisdicional, mesmo se, com a independência de seus membros, é organizado em forma de tribunal. Tanto quanto se possa distingui-las, a diferença entre a função jurisdicional e a função legislativa consiste antes de mais nada em que esta cria normas gerais, enquanto aquela cria unicamente normas individuais. Ora, anular uma lei é estabelecer uma norma geral, porque a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração, nada mais sendo, por assim dizer, que a elaboração com sinal negativo e portanto ela própria uma função legislativa. E um tribunal que tenha o poder de anular as leis é, por conseguinte, um órgão do poder legislativo.

(...) a instituição da jurisdição constitucional não se acha de forma alguma em contradição com o princípio da separação dos poderes; ao contrário, é uma afirmação dele.

(...)

Também é oportuno ressaltar que os Poderes Legislativo e Executivo, ao agirem de forma discricionária, mediante observância de juízos de conveniência e oportunidade, devem fazê-lo em estrita consonância com o que dispõe a Constituição e o sistema normativo ao qual estão todos vinculados. Uma vez ultrapassadas tais barreiras normativas, possivelmente suas atuações incorrerão em violações a direitos subjetivos, que não podem deixar de ser tutelados pelo Poder Judiciário, caso provocado.

Portanto, a atuação política do Poder Judiciário se justificará sempre quando do seu agir resultar uma medida protetiva dos direitos fundamentais. Ora, na medida em que a Constituição é compreendida como instrumento jurídico do agente político, razoável entender que o exercício do poder por parte do órgão legitimado para tanto tende a extrapolar os limites que ordinariamente lhe foram impostos. Nesse sentido, bastante atuais as lições de Montesquieu acerca da relação entre liberdade política e governo:

“A liberdade política só se encontra nos Governos moderados. Mas ela não existe sempre nos Estados moderados. Ela só existe neles quando não se abusa do poder.

Mas é uma experiência eterna que todo homem que tem poder é levado a abusar dele. Vai até encontrar os limites. Quem diria! A própria virtude precisa de limites.

Sua independência diante do Parlamento como diante do governo é um postulado evidente. Porque precisamente o Parlamento e o governo é que devem ser, como órgãos participantes do processo legislativo, controlados pela jurisdição constitucional. Caberia ao máximo examinar se o fato de a anulação das leis ser, ela própria, uma função legislativa, não acarretaria certas consequências particulares no que concerne à composição e à nomeação dessa instância. Mas na realidade não é assim. Porque todas as considerações políticas que dominam a questão da formação do órgão legislativo não entram em linha de conta quando se trata de anulação das leis. É aqui que aparece a distinção entre a elaboração e a simples anulação das leis. A anulação de uma lei se produz essencialmente como aplicação das normas da Constituição. A livre criação que caracteriza a legislação está aqui quase completamente ausente. Enquanto o legislador só está preso pela Constituição no que concerne a seu procedimento - e, de forma totalmente excepcional, no que concerne ao conteúdo das leis que deve editar, e mesmo assim, apenas por princípios ou diretivas gerais -, a atividade do legislador negativo, da jurisdição constitucional, é absolutamente determinada pela Constituição.” Kelsen, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 153.

Para que não possam abusar do poder, precisa que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder.”¹⁹⁹

Conforme demonstrado, o Judiciário não está impedido de aferir a regularidade da atuação política dos demais poderes, estabelecida normativamente pela Constituição. Não é sem propósito que eles são denominados poderes constituídos. Constituídos por quem? Pela Constituição, que estabelece juridicamente as regras do jogo político. Desse modo, reiterar-se, os atos praticados pelos Poderes da República que impliquem desvio funcional e reflitam negativamente no plano dos direitos fundamentais são suscetíveis de fiscalização pelo Judiciário. Se assim não fosse, tornar-se-ia letra morta a regra constante no art. 102 da Constituição Federal²⁰⁰, que dispõe:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...).

Estendendo um pouco o raciocínio, quando o STF profere uma decisão que reflete na dinâmica dos poderes republicanos, o que está a fazer é conferir proteção à Constituição, zelando pela regularidade funcional dos diversos órgãos constitucionais e por designação da própria Constituição. Em casos tais, inexistente, a rigor, uma intervenção indevida, mas sim a aplicação da Constituição para que os poderes constituídos passem a atuar em atenção ao que ela lhes reservou a título de competências constitucionais.

Em setembro de 1978, em data comemorativa aos 150 anos do Supremo Tribunal Federal, o então Ministro Seabra Fagundes proferiu uma palestra na Universidade de Brasília (UnB) sob o título “A função política do Supremo Tribunal Federal”. Ali afirmou o Ministro que “da presença afirmativa e enérgica do mais alto tribunal da República dependerá, nos

¹⁹⁹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1688-1755. **O Espírito das Leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes**, 8^a ed. Revista. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 167.

²⁰⁰ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 18 out. 2019.

regimes presidencialistas, em parte substancial, o êxito prático das instituições políticas”²⁰¹.

Portanto, não é de hoje que se discute a legitimidade do Supremo Tribunal Federal em proferir decisões de conteúdo político. No entanto, devemos frisar mais uma vez: as decisões são políticas em razão do seu próprio objeto, resultando em interferência na dinâmica dos poderes republicanos, mas não por decorrerem de motivações políticas. Pelo contrário, são decisões revestidas de juridicidade e legitimação provenientes da Constituição Federal.

Desse modo, não se pode prescindir do avanço e da relevância da jurisdição constitucional não apenas no Brasil, mas em diversos países do mundo. Uma vez juridicizada a política, politiza-se o Poder Judiciário²⁰². Além disso, o Estado é a máxima expressão do poder político, cuja titularidade reside no povo. A Constituição, por sua vez, é o documento que institucionaliza o Estado, dando-lhe forma jurídica. Disso resulta que os textos constitucionais estão impregnados de Política, que constitui a sua própria essência.

²⁰¹ Na sequência, trecho do discurso proferido pelo Min. Seabra Fagundes:

“No presidencialismo, não se solucionando os conflitos oriundos de atuações do Poder Executivo e do Congresso ou Parlamento, mediante critérios políticos e pela ação deste último (como sucede, em geral, nos estados sob regime parlamentar, inclusive com apelo ao bill of indemnity), senão por meio de critérios jurídicos (exegese da lei e asseguuração da supremacia da Constituição sobre aquela), o Poder Judiciário assume um papel magno na dinâmica do governo, visto que, pela sua natureza mesma, é o órgão das soluções jurídicas. **E no contexto deste órgão dirimidor de todas as situações contenciosas, em que são partes os Poderes Legislativo e Executivo entre si, ou o indivíduo e qualquer deles (mediante lei ou ato administrativo), um ente de cúpula há de situar-se, necessariamente, com jurisdição para dizer a palavra inapelável e final, sempre que arguida ilegalidade ou inconstitucionalidade do comportamento dos outros dois poderes. Daí dizer-se que da presença afirmativa e enérgica do mais alto tribunal da República dependerá, nos regimes presidencialistas, em parte substancial, o êxito prático das instituições políticas. Elas vicejarão em sua pureza ou se amofinarão inexpressivas, em razão das manifestações dessa corte, seja nos momentos cruciais de crise, seja no dia-a-dia da vida política, social e econômica. Porque a ela, e somente a ela, cabe, com autoridade magna, dizer não às demasias e abusos dos outros dois poderes, reduzindo-lhes as ações, pela força convincente das razões dos seus arestos e pelo peso moral da sua autoridade, às dimensões próprias, segundo o contexto da Constituição. Foi com a noção exata de que assim é e há de ser, no regime presidencial, que os fundadores da República, entre nós, instituíram o Supremo Tribunal Federal.”** (Destaque nosso.)

Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42824/41547>. Acesso em: 18/10/2019.

²⁰² Cf. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 25.

Raúl Canosa Usera, ao analisar o processo de interpretação constitucional, formula as seguintes colocações acerca da função desempenhada pelos tribunais constitucionais:

“El problema básico de la interpretación es el carácter político o no de la jurisdicción constitucional. Por tanto, debemos decidirnros por una de las dos posturas expuestas o, al menos, por una toma de posición personal. Si el eclecticismo oculta, a veces, la forzada combinación de elementos antitéticos, en el asunto que nos ocupa resulta ser la única postura, a nuestro juicio razonable, ya que esas antinomias se producen de hecho y no pueden privilegiarse algunas a costa de relegar al ostracismo, teórico se entiende, a las otras.

Se ha dicho de estos tribunales que son órganos políticos que ejercen una función jurisdiccional, con lo que se confunden, según nos parece, dos planos distintos. En todo caso, el sincretismo debería afectar tanto la naturaleza del órgano como a la respectiva de su actividad. Si convenimos en reconocer una preponderante juridicidad en sus atribuciones, concluiríamos por estimar como preferentemente o jurisdiccional la naturaleza de los tribunales en cuestión- sin embargo, parece evidente al mismo tiempo que su actividad y objeto, en algunas ocasiones, revisten evidente carácter político, politicidad, que como se tratara de demostrar personaliza la interpretación constitucional.

Quienes califican de jurisdiccional, o no, la actividad de los órganos de control constitucional dependiendo de los casos aciertan, en parte, a causa de la demostrada ambivalencia y extrema versatilidad de combinar principios y factores interpretativos convierte o puede convertirlos en verdaderas piezas como del esquema constitucional. Esta situación como organismo intermedio entre otros dos: el Parlamento y el poder judicial, parece dotarle de las características que aquéllos poseen en estado puro: politicidad y jurisdiccionalidad.²⁰³

²⁰³ USERA, Raúl Canosa. **Interpretación Constitucional y Formula Política**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 38.

A judicialização da política, conforme já ilustrado acima, é um fenômeno que atesta a expansão jurisdicional no âmbito do processo decisório dos países democráticos, por meio de uma metódica própria que a torna distinta daquela praticada nos poderes Legislativo e Executivo. Nesse contexto, a judicialização da política ocorre por meio dos processos judiciais, seja no exercício da jurisdição constitucional concentrada, seja no da difusa.

Nos últimos anos – sobretudo nos processos objetivos da jurisdição concentrada – tem-se observado um constante diálogo entre o STF e a sociedade nas audiências públicas destinadas a melhor formar a convicção dos Ministros, nas quais se transmitem conhecimentos técnicos da área objeto da ação. Trata-se de legitimar uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, permitindo aos julgadores enxergar novos horizontes para, eventualmente, proceder a uma mudança informal da Lei Maior.

Cabe afirmar novamente que a atuação do Judiciário deve se dar nos estreitos limites impostos pela Constituição. Procedendo desta maneira, conferirá proteção a um dos postulados essenciais do Estado Democrático de Direito: a separação dos poderes.

4. Limites do Ativismo Judicial.

No tocante aos efeitos decorrentes da prática judicial ativista, há, na doutrina, uma preocupação relacionada aos limites hermenêuticos dos magistrados frente ao princípio da separação dos poderes e, também, relativamente à segurança jurídica. Afinal, ao Judiciário cabe atuar dentro do quadrante constitucionalmente fixado, não podendo haver margem à extrapolação dos limites estabelecidos pelo sistema normativo constitucional.

A ausência de vinculação do juiz à norma jurídica emanada do legislador – consubstanciada na ausência de coerência em decisões judiciais – gera insegurança jurídica. A depender da complexidade da causa, pode ocasionar, de maneira reflexa, até mesmo instabilidade social.

A independência e a harmonia entre os Poderes constitui princípio universal nas democracias contemporâneas, havendo distinção entre os países apenas quanto à sua efetiva configuração constitucional.

Embora cada Poder tenha uma função típica constitucionalmente assinalada – e conquanto a Constituição proclame o princípio da separação dos poderes (art. 2º) – é certo que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário se condicionam reciprocamente, devendo conviver de forma harmônica e dialógica, evitando conflitos interinstitucionais. Isso pode ser ilustrado pelo mecanismo de freios e contrapesos²⁰⁴, mediante o qual um poder tem a prerrogativa de interferir legitimamente na esfera de outro, estabelecendo um balanceamento tendente a evitar abusos e arbitrariedades. Essa interferência recíproca de um poder em relação aos demais busca promover o necessário equilíbrio entre eles, além da realização do bem comum da sociedade. Atuar de forma harmônica significa agir em conformidade com o Texto Constitucional, pois, havendo um eventual conflito de competências entre os poderes estatais, de certo houve uma invasão de competência de um poder na esfera reservada a um outro. Esta é a razão pela qual uma das atribuições do Tribunal Constitucional consiste em aferir a regularidade da atuação dos poderes estatais, pois, uma vez extrapoladas as competências que lhes foram traçadas constitucionalmente, sem dúvida teremos uma situação de inconstitucionalidade.

Estabelecer limites à atuação jurisdicional do Estado não é tarefa fácil, na medida em que inexiste um critério ou padrão universal que possa efetuar rigoroso controle. Por maior que seja a preocupação do Direito em estabelecer procedimentos e parâmetros decisórios, sempre restará ao intérprete judicial uma margem de discricionariedade quando da apreciação de casos concretos.

²⁰⁴ No entendimento de José Afonso da Silva, “se ao Legislativo cabe a edição de normas gerais e impessoais, estabelece-se um processo para sua formação em que o Executivo tem participação importante, quer pela iniciativa das leis, quer pela sanção e pelo veto. Mas a iniciativa legislativa do Executivo é contrabalanceada pela possibilidade que o Congresso tem de modificar-lhe o projeto por via de emendas, e até de rejeitá-lo. O Presidente da República tem o poder de veto, que pode exercer em relação a projetos de iniciativa dos congressistas como em relação às emendas aprovadas a projetos de sua iniciativa. Em compensação, o Congresso, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, poderá rejeitar o veto e, pelo presidente do Senado, promulgar a lei, se o Presidente da República não o fizer no prazo previsto (art. 66, §7º).

Se o Presidente da República não pode interferir nos trabalhos legislativos, para obter aprovação rápida de seus projetos, é-lhe, porém, facultado marcar prazo para sua apreciação, nos termos dos §§ do art. 64.

Se os Tribunais não podem influir no Legislativo, são autorizados a declarar a inconstitucionalidade das leis, não as aplicando, neste caso.

O Presidente da República não interfere na função jurisdicional; em compensação, os ministros dos Tribunais Superiores são por ele nomeados (art. 84, XIV-XVI), sob controle do Senado Federal, a que cabe aprovar o nome escolhido (art. 52, III, “a”).” SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, pp. 44-45.

A própria dinâmica forense o atesta, haja vista a maior ou menor intensidade de subjetividade verificada na atuação deste ou daquele magistrado.

Portanto, a prestação jurisdicional dispensada pelo juiz não consiste em ato mecânico, estritamente objetivo, mas em um comportamento de caráter eminentemente subjetivo, que, para ganhar foros de legitimidade, necessita estar fundamentado em uma norma do direito positivo. O que se afigura discutível, no entanto, é a discricionariedade (liberdade de conformação) do magistrado quando do momento de proferir uma decisão judicial, sendo aquela mais ampla ou mais reduzida, a depender da situação concreta e dos instrumentos normativos que lhe são postos à frente.

Atualmente, a atividade do magistrado não se reduz a declarar ou reproduzir um Direito preexistente, mas a criá-lo. No entanto, essa missão deve ter como parâmetro a Constituição e as demais normas jurídicas que nela se fundamentam, não lhe sendo permitido decidir à margem do sistema normativo. Portanto, no atual modelo de magistratura constitucionalmente delineado e, também, de acordo com as normas processuais em vigor, o juiz tem o dever de motivar sua decisão, enfrentando todas as questões suscitadas pelas partes. Logo, não há mais espaço para o livre convencimento, sobretudo porque o CPC em vigor extinguiu essa figura processual. Novos padrões decisórios foram instituídos, a exemplo do dever de coerência e integridade das decisões judiciais. Apesar disso, a margem de discricionariedade do julgador sempre existirá, na medida em que tratamos de elementos de cunho subjetivo. Por mais que se tente objetivar a subjetividade, esta nunca desaparecerá por completo, restando sempre uma margem de livre conformação do intérprete. A subjetividade, todavia, deve estar pautada pela objetividade normativa, reduzindo, desse modo, o seu alcance, mas não a eliminando por completo.

Logo, o norte do intérprete há de ser o direito positivo; este será o seu material de construção. Utilizando esse material, o intérprete terá como resultado o edifício normativo por ele concebido. Ultrapassado o quantitativo do material que lhe é posto à disposição para construir o edifício normativo, terá o intérprete transcendido dos limites de sua “propriedade”, devendo, por isso, ser o edifício normativo novamente construído em estrita observância do material que lhe é posto à disposição para se trabalhar.

No entendimento de Elival da Silva Ramos, a liberdade decisória do magistrado encontra-se na atuação dentro dos parâmetros estabelecidos pela lei, mas não perante a lei. Não se trata de pensar o novo, mas de pensar até o que já começou a ser pensado. Trata-se cadeia.^{205,206 e 207.}

205 RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 137.

206 Na interpretação jurídica, o intérprete busca interpretar algo criado pelas pessoas, mas como uma entidade distinta a elas. Trata-se de uma forma de interpretação “criativa”. (p. 61) A “interpretação criativa pretende decifrar os propósitos ou intenções do autor ao escrever determinado romance ou conservar uma tradição social específica, do mesmo modo que, na conversação, pretendemos perceber as intenções de um amigo ao falar como fala. Defenderei aqui uma solução diferente: a de que a interpretação criativa não é conversacional, mas *construtiva*.” (62 e 63) Dworkin, na medida em que se opõe ao *convencionalismo* e ao *pragmatismo jurídico*, propõe a compreensão do direito como *integridade*.

O princípio jurídico da integridade instrui os juízes a identificar os direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada –, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade. Elaboramos nossa terceira concepção do direito, nossa terceira perspectiva sobre quais são os direitos e os deveres que decorrem de decisões políticas anteriores, ao reafirmarmos essa orientação como uma tese sobre os fundamentos do direito. Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade. O direito como integridade é, portanto, mais inflexivelmente interpretativo do que o convencionalismo ou o pragmatismo.

A história é importante no direito como integridade: muito, mas apenas em certo sentido. **A integridade não exige coerência de princípio em todas as etapas históricas do direito de uma comunidade; não exige que os juízes tentem entender as leis que aplicam como uma continuidade de princípio com o direito de um século antes, já em desuso, ou mesmo de uma geração anterior. Exige uma coerência de princípio mais horizontal do que vertical ao longo de toda a gama de normas jurídicas que a comunidade agora faz vigorar.** Insiste em que o direito – os direitos e os deveres que decorrem de decisões coletivas tomadas no passado e que, por esse motivo, permitem ou exigem a coerção – contém não apenas o limitado conteúdo explícito dessas decisões, mas também, num sentido mais vasto, o sistema de princípios necessários a sua justificativa. A história é importante porque esse sistema de princípios deve justificar tanto o status quanto o conteúdo dessas decisões anteriores. O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram (às vezes incluindo, como veremos, o que disseram) em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado. O direito como integridade deplora o mecanismo do antigo ponto de vista de que ‘lei é lei’, bem como o cinismo do novo ‘realismo’.” (Destaque nosso.) In DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo : Martins Fontes, 1999, pp. 272 a 274.

207 Dworkin faz uma analogia do “romance em cadeia” com o processo de interpretação do direito, revelando uma exigência de *coerência* por parte dos aplicadores do direito, em relação a casos que necessitam julgar, à luz de situações similares já decididas. Para Dworkin, “a interpretação criativa vai buscar sua estrutura formal na ideia de intenção, não (pelo menos não necessariamente) porque pretenda descobrir os propósitos de qualquer pessoa ou grupo histórico específico, mas porque pretende impor um propósito ao texto, aos dados ou às tradições que está interpretando. Uma vez que toda interpretação criativa compartilha essa característica, e tem, portanto, um aspecto ou componente normativo, podemos tirar proveito de uma comparação entre o direito e outras formas ou circunstâncias de interpretação. Podemos comparar o juiz que decide sobre o que é o direito em alguma questão judicial, não apenas com os cidadãos da comunidade hipotética que analisa a cortesia que decidem o que essa tradição exige, mas como o crítico literário que destrincha as várias dimensões de valor em uma peça ou um poema complexo.

O exemplo do “romance em cadeia” utilizado por Dworkin para ilustrar a exigência de coerência e integridade do Direito pode ser substituído por uma tradicional brincadeira popular, conhecida como telefone sem fio.

Os juízes, porém, são igualmente autores e críticos. Um juiz que decide o caso *McLoughlin* ou *Brown* introduz acréscimo na tradição que interpreta; os futuros juízes deparam com uma nova tradição que inclui o que foi feito por aquele. É claro que a crítica literária contribui com as tradições artísticas em que trabalham os autores; a natureza e a importância dessa contribuição configuram, em si mesmas, problemas de teoria crítica. Mas a contribuição dos juízes é mais direta, e a distinção entre autor e intérprete é mais uma questão de diferentes aspectos do mesmo processo. Portanto, podemos encontrar uma comparação ainda mais fértil entre literatura e direito ao criarmos um gênero literário artificial que podemos chamar de ‘romance em cadeia’.

Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe ao romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil do direito como integridade. O projeto literário fictício é fantástico, mas não irreconhecível. Na verdade, alguns romances foram escritos dessa maneira, ainda que com uma finalidade espúria, e certos jogos de salão para os fins de semana chuvosos nas casas de campo inglesa têm estrutura semelhante. As séries de televisão repetem por décadas os mesmos personagens e um mínimo de relação entre personagens e enredo, ainda que sejam escritas por diferentes grupos de autores e, inclusive, em semanas diferentes. Em nosso exemplo, contudo, espera-se que os romancistas levem mais a sério suas responsabilidades de continuidade; devem criar em conjunto, até onde for possível, um só romance unificado que seja da melhor qualidade possível.

Cada romancista pretende criar um só romance a partir do material que recebeu, daquilo que ele próprio lhe acrescentou e (até onde lhe seja possível controlar esse aspecto do projeto) daquilo que seus sucessores vão querer ou ser capazes de acrescentar. Deve tentar criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor, e não, como na verdade é o caso, como produto de muitas mãos diferentes. Isso exige uma avaliação geral de sua parte, ou uma série de avaliações gerais à medida que ele escreve e reescreve. Deve anotar um ponto de vista sobre o romance que vai se formando aos poucos, alguma teoria que lhe permita trabalhar elementos como personagens, trama, gênero, tema e objetivo, para decidir o que considerar como continuidade e não como um novo começo. Se for um bom crítico, seu modo de lidar com essas questões será complicado e multifacetado, pois o valor de um bom romance não pode ser apreendido a partir de uma única perspectiva. Vai tentar encontrar níveis e correntes de sentido, em vez de um único e exaustivo tema. Contudo, segundo a maneira que agora nos é peculiar, podemos dar uma estrutura a qualquer interpretação que ele venha a adotar, distinguindo duas dimensões a partir das quais será necessário submetê-la à prova. A primeira é a que até aqui chamamos de dimensão da adequação. Ele não pode adotar nenhuma interpretação, por mais complexa que seja, se acredita que nenhum autor que se põe a escrever um romance com as diferentes leituras de personagem, trama, tema e objetivo que essa interpretação descreve, poderia ter escrito, de maneira substancial, o texto que lhe foi entregue. Isso não significa que sua interpretação deva se ajustar a cada segmento do texto. Este não será desqualificado simplesmente porque ele afirma que algumas linhas ou alguns tropos são acidentais, ou mesmo que alguns elementos da trama são erros, pois atuam contra as ambições literárias que são afirmadas pela interpretação. Ainda assim, a interpretação que adotar deve fluir ao longo de todo o texto; deve possuir um poder explicativo geral, e será mal sucedida se deixar sem explicação algum importante aspecto estrutural do texto, uma trama secundária tratada como se tivesse grande importância dramática, ou uma metáfora dominante ou recorrente. Se não se encontrar nenhuma interpretação que não possua tais falhas, o romancista em cadeia não será capaz de cumprir plenamente sua tarefa; terá de encontrar uma interpretação que apreenda a maior parte do texto, admitindo que este não é plenamente bem-sucedido. Talvez até mesmo esse sucesso parcial seja impossível; talvez cada interpretação que considere não seja compatível com o material que lhe foi entregue. Nesse caso, deve abandonar o projeto, pois a consequência de adotar a atitude interpretativa com relação ao texto em questão será, então, uma peça de ceticismo interno; nada pode ser considerado como continuação do romance: é sempre um novo começo.” In DWORKING, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pp. 275 a 278

Nesta, uma pessoa fala uma frase ao ouvido (segredo) de uma outra que está ao seu lado, sem permitir que os demais integrantes da brincadeira escutem. Referida pessoa que recebeu (ouviu) o segredo, por sua vez, procede de igual maneira em relação a um terceiro participante da brincadeira, que está ao seu lado, e assim sucessivamente, até chegar ao último, que deverá revelar em voz alta o segredo a todos os partícipes do jogo. A coerência será concretizada na medida em que o segredo revelado pelo último participante corresponda, de forma íntegra, à informação (princípio) transmitida pelo primeiro partícipe ao segundo, e por este comunicada aos demais componentes da brincadeira.

Esse exemplo facilita compreender a relação entre a vontade do legislador e o sentido que deve ser atribuído a um enunciado normativo que está sendo objeto de interpretação²⁰⁸. A coerência serve, entre outras finalidades, para impedir abusos hermenêuticos por parte dos operadores jurídicos aos quais incumbe a tarefa de aplicação do Direito.

A exigência de coerência e integridade do Direito não restringe a liberdade hermenêutica do intérprete; apenas deixa claro que, ao interpretar o direito positivo, deverá ele pautar-se em decisões judiciais pretéritas proferidas em situação semelhantes, de modo a propiciar certeza e estabilidade às relações sociais e jurídicas em face da previsibilidade de conteúdo dessas decisões. É, também, um mecanismo de racionalidade da própria dinâmica judicial e um instrumento propiciador da igualdade de tratamento por parte dos órgãos jurisdicionais.

Sob tal perspectiva, e levando em consideração entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal, não compete ao magistrado adentrar o mérito dos atos legislativos e administrativos, na medida em que se trata de questões interna corporis. Permite-se-lhe, tão somente, proceder à análise acerca da constitucionalidade ou da legalidade desses atos. A questão meritória, conforme já assinalado, circunscreve-se à conveniência e à oportunidade quanto à produção do ato, configurando-se assunto de natureza política, insuscetível de controle por parte do Poder Judiciário. O juízo meritório é ínsito aos Poderes Legislativo e Executivo, salvo, conforme já

²⁰⁸ Esse mesmo raciocínio pode ser aplicado em relação aos *precedentes* no âmbito jurisdicional, na medida em que se constitui no *ponto de partida* para ulterior desenvolvimento jurisprudencial de forma coerente e íntegra.

salientado, se a prática de tais atos resultarem em lesões ao Texto Constitucional e leis²⁰⁹ que compõem o ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, a vinculação do magistrado à Constituição (inicialmente) e à legislação (em seguida) é pressuposto para conter os abusos decorrentes de sua livre atuação, não lhe sendo permitido transcender os limites da literalidade, que podem ser projetados pelo texto da norma mediante livre construção hermenêutica. Desse modo, a interpretação constitucional deve partir do texto da norma e nele próprio encontrar seus limites, falecendo competência ao magistrado para atribuir, arbitrariamente, significado aos signos linguísticos que compõem o enunciado normativo objeto de interpretação constitucional. Dito de outra maneira, falta competência ao Poder Judiciário para, no exercício da jurisdição constitucional, inovar o ordenamento jurídico mediante criação de normas jurídicas individuais e concretas, de maneira desvinculada dos parâmetros hermenêuticos traçados pela Constituição e pelo órgão soberano que a concebeu.

Atualizar o Texto Constitucional por meio da interpretação constitucional faz parte da dinâmica e da função jurisdicionais. Todavia, a atualização jurisdicional da Constituição viola a literalidade do texto e a vontade constituinte. O intérprete constitucional deve estar atento a esses dois parâmetros, sob pena de extrapolar os limites hermenêuticos que lhe são permitidos.

Ater-se aos limites impostos pela literalidade do Texto Constitucional não significa destituir o intérprete de sua capacidade interpretativa. Isto seria impossível! O intérprete judicial deve aferir as limitações inerentes ao poder de julgar, decorrentes do exercício controlável da razão e do manejo de métodos e técnicas hermenêuticas que lhe são postas à disposição, realizando uma atividade interpretativa de forma prudente e segura²¹⁰.

É importante salientar que a interpretação constitucional realizada pelo Judiciário pode sofrer restrição mediante uso da interpretação autêntica emanada do Poder Legislativo. Em tal hipótese, sendo competência do Legislativo desenvolver o conteúdo constitucional, a interpretação judicial

²⁰⁹ Na hipótese de se tratar de atos infralegais ou de natureza administrativa.

²¹⁰ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo : Saraiva, 2010. pp. 173-174.

deverá se circunscrever a esta que foi inicialmente concretizada pelo Poder Legislativo, salvo se o ato legislativo consubstanciador da interpretação constitucional for, ele próprio, inconstitucional.

Desse modo, é dever do Judiciário, por meio da interpretação constitucional, atualizar informalmente a Constituição, desde que referido labor hermenêutico não adentre a esfera de competência própria dos demais poderes e muito menos busque inovar nas entrelinhas o ordenamento jurídico. O Poder Judiciário, conforme já ressaltado, tem plena liberdade de conformação dos dispositivos constitucionais; no entanto, deverá nortear-se pela literalidade do enunciado normativo objeto de interpretação e por meio da análise da vontade do legislador, permitindo, dessa forma, conferir ao Texto Constitucional a máxima efetividade possível, tarefa que, em última instância, lhe foi atribuída pela própria Constituição.

.....

BIBLIOGRAFIA

ABBOUD, Georges. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. 526 p. ISBN 978-85-203-4218-3.

AZZARITI, Gaetano. *Problemi attuali di diritto costituzionale*. Milão: Giuffrè Editore, 1951.

BARBOSA, Ruy. *Commentarios á Constituição Federal Brasileira*. Tomo II. São Paulo: Saraiva & Cia., 1933.

BARROSO, Luís Roberto. *Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 4a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. 388 p. ISBN 978-85-02-08233-5.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito constitucional, 1997.

_____; BRITTO; Carlos Ayres. *Interpretação e Aplicação das Normas Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 9a ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Revisão técnica de Claudio De Cicco. Apresentação de Tercio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Polis/Universidade de Brasília, 1989. 184 p. ISBN 85-230-0276-6.

BONAVIDES, Paulo. *Do País Constitucional ao País Neocolonial – A derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. 189 p. ISBN 85-7420-142-1.

BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito Publico Brasileiro e Analyse da Constituição do Imperio*. Rio de Janeiro: Typografia Imp. e Const. de J. Villeneuve E C., 1857. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/185600>. Acesso em: 18 out. 2019.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7a ed. 2a reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003. 1.522 p. Depósito Legal: 203651/03.

_____. Um olhar jurídico-constitucional sobre a judicialização da política. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 245.

CASANOVA, J. A. Gonzalez. “La idea de Constitución en Karl Loewenstein”, Revista de Estudios Políticos, no 139, 1965.

COOLEY, Thomas. A Treatise on the Constitutional limitations which rest upon the legislative power of the States of the American Union. Second Edition. Boston: Little, Brown and Company, 1871, pg. 119 e 120. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1009&context=books>. Acesso em: 18 out. 2019.

CRISAFULLI, Vezio. La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio. Milão: Giuffrè Editore, 1952.

_____. Efficacia delle norme costituzional ‘programmatiche’”, pg. 360, in Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, no 1, Milao, Giuffrè, jan/mar, 1951.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. 676 p. ISBN 85-02-04528-8.

DINIZ, Maria Helena. Norma Constitucional e seus Efeitos. 5a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001. 178 p. ISBN 85-02-03536-3.

DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 513 p. ISBN 85-33-61012-2.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. São Paulo: Editora Max Limonad Ltda., 1986. 269 p. ISBN

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Teoria da Norma Jurídica. Ensaio de Pragmática da Comunicação Normativa. 5a ed. São Paulo : Gen/Atlas, 2016. 162 p. ISBN 978-85-97-00814-2.

HAURIOU, Maurice. Tradition in Social Science. Rodopi: Amsterdam, New York, 2011, pg. 02. Disponível em: <https://books.google.com>.

[br/books?id=PEagx4mpu1kC&printsec=frontcover&dq=maurice+hauriou&hl=pt-PT&sa=X&ved=0ahUKEwia_pPEzoTiAhW0IrkGHTaaCxcQ6AEINDAB#v=onepage&q=maurice%20hauriou&f=false](https://books.google.com.br/books?id=PEagx4mpu1kC&printsec=frontcover&dq=maurice+hauriou&hl=pt-PT&sa=X&ved=0ahUKEwia_pPEzoTiAhW0IrkGHTaaCxcQ6AEINDAB#v=onepage&q=maurice%20hauriou&f=false). Acesso em: 18 out. 2019.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

_____. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

_____. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

_____. *Temas Fundamentais de Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. 171 p. ISBN 978-85-02-08147-5.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *Teoria Pura do Direito*. 6a ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 3a ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Editorial Ariel, 2ª ed., 1979.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. 785 p. ISBN 85-218-0056-8.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

_____. MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. *Mandado de Injunção – Estudos sobre sua Regulamentação*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. 575 p. ISBN 978-85-02-19646-9.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1688-1755. *O Espírito das Leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes*. 8a ed. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. 227 p. ISBN 85-02-04669-1.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 2a ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. *Direito, Linguagem, Violência – Elementos de uma teoria constitucional*, I. Tradução: Peter Naumann. Revisão: Paulo Bonavides e Willis Guerra A. Santiago Filho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. 48 p.

OTTO, Ignacio de. *Derecho Constitucional – Sistema de Fuentes*. 2a ed., Barcelona: Editorial Ariel, 1995. ISBN 84-344-1530-5.

PANSIERI, Flávio. *Eficácia e Vinculação dos Direitos Sociais – reflexões a partir do direito à moradia*. 2a tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. 196 p. ISBN 978-85-02-17290-6.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. 333 p. ISBN 978-85-02-08580-0.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

RODRIGUES, José Carlos. *Constituição Política do Imperio do Brasil seguida do Acto Adicional, da Lei da sua Interpretação e de outras*. Analysada por um Jurisconsulto. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert. Rua da Quitanda, 77, 1863. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/OR/51261/PDF/51261.pdf#search='rodrigues%20jos%C3%A9%20carlos%20Jos%C3%A9%20Carlos%20Rodrigues'>. Acesso em: 18 out. 2019.

SANT'ANA PEDRA, Adriano. *Mutação Constitucional: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional*. São Paulo: Lumen Juris, 2017.

SICHES, Luis Recasens. *Introducción al Estudio del Derecho*. 1a ed. México: Editorial Porrúa, 1970.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 3a ed., revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. 270 p. ISBN 85-7420-045-X.

_____. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. 1.023 p. ISBN 85-7420-512-5.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 9a ed. revista e atualizada, São Paulo: Editora Saraiva, 2011. 1.426 p. ISBN 978-85-02-11011-3.

USERA, Raúl Canosa, *Interpretación Constitucional y Formula Política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Tradução e Prefácio: Agassiz Almeida Filho. 1a ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; CORRÊA VASCONCELOS, Rita de Cássia. *A Propósito da Proposta Legislativa de Nova Disciplina para o Mandado de Injunção*. In Gilmar Ferreira Mendes, André Rufino do Vale e Fábio Lima Quintas. *Mandado de Injunção – Estudos sobre sua Regulação*. São Paulo: Saraiva, 2013.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

“Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais dialoga intensamente com a atividade parlamentar. Tanto em razão da atualidade do conteúdo que veicula quanto do resgate que faz de uma preocupação que há muito ambienta a arena legislativa.”

Leonardo Souza de Oliveira
Analista Legislativo

“Ao conceituar didaticamente integração normativa, validade, vigência e eficácia das normas jurídicas, o autor traz subsídios doutrinários nacionais e estrangeiros acerca de propostas classificatórias das normas constitucionais e explicita as concepções clássicas sobre efetividade constitucional.”

Randolfe Rodrigues
Senador da República



Baixe gratuitamente
este livro em seu celular