



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO ACADÊMICO

FELIPE LIMA GOMES

O CONTROLE JURISDICIONAL DAS OMISSÕES DE PRESTAÇÕES
NORMATIVAS DO LEGISLADOR EM DIREITOS FUNDAMENTAIS:
ASPECTOS TEÓRICOS

FORTALEZA
AGOSTO DE 2012

FELIPE LIMA GOMES

O controle jurisdicional das omissões de prestações normativas do legislador em
direitos fundamentais: aspectos teóricos

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

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Lima
Guerra

FORTALEZA
AGOSTO DE 2012

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

-
- G633c Gomes, Felipe Lima.
O controle jurisdicional das omissões de prestações normativas do legislador em direitos fundamentais: aspectos teóricos / Felipe Lima Gomes. – 2012.
160 f.: enc.; 30 cm.
- Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curso de Mestrado em Direito, Fortaleza, 2012.
Área de Concentração: Ordem Jurídica Constitucional.
Orientação: Prof. Dr. Marcelo Lima Guerra.
1. Direitos Fundamentais - Brasil. 2. Controle da constitucionalidade - Brasil. I. Guerra, Marcelo Lima (orient.). II. Universidade Federal do Ceará - Mestrado em Direito. III. Título.

FELIPE LIMA GOMES

O controle jurisdicional das omissões de prestações normativas do legislador em direitos fundamentais: aspectos teóricos

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

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Marcelo Lima Guerra
Universidade Federal do Ceará – UFC

Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo
Universidade Federal do Ceará – UFC

Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda
Universidade Federal do Ceará – UFC

AGRADECIMENTOS

Pode parecer uma forma desoladora de iniciar alguns agradecimentos em um trabalho desta natureza, mas fazer esta confissão agora é um passo decisivo para não ser ingrato em grau maior que o ineliminável: estou firmemente convencido de não reunir condições bastantes para agradecer a todos os merecedores do reconhecimento de algo que tenham feito por/para mim, a fim de terminar este trabalho. Ainda que conseguisse isso, teria menos condições ainda de mensurar, com o mínimo de precisão, a real colaboração de cada um nesta empreitada. Por contraditório que seja, estou firmemente convencido de que as nossas convicções se formam, parcialmente, em processos absolutamente incontroláveis por nós; desta forma, também temos uma condição limitada de conhecer até mesmo a parte “controlável” da nossa formação de convicção sobre alguma coisa. São estas as razões pelas quais eu afirmo: *estes agradecimentos são, ineliminavelmente, ingratos*. Seja como for, não fazer qualquer agradecimento seria, ao fim e ao cabo, algo (ainda) mais ingrato que o mínimo inafastável a qualquer agradecimento que pudesse fazer. Como tenho, inclusive por imposições contratuais, de fazer menção às agências de fomento, resolvi superar minhas complicações para fazer agradecimentos desta natureza e escrever algo aqui.

Agradeço, em apartado, aos meus familiares, pelo apoio decidido, indispensável (também) para a minha formação escolar.

Agradeço a todos os colegas da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, cumprimentados todos na pessoa de Holanda Segundo, pela amizade sincera e constante. Vós tornastes a minha saga nesta casa, iniciada em 2005 – quiçá retomada no futuro, engrandecedora e inesquecível. Aos professores da casa, especialmente ao Prof. Marcelo Guerra, com quem busquei aprender, não sei se com sucesso, as noções mais importantes da teoria jurídica. Aos servidores técnico-administrativos, com especial menção à Sra. Marilene Arraes, pelo trato carinhoso e diligente dispensado a todos do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Este trabalho recebeu financiamento da Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FUNCAP) e do Conselho Nacional Científico e Tecnológico (CNPQ). À margem do reconhecimento pela bolsa a mim ofertada pelas instituições indicadas durante uma parte dos estudos, quero deixar consignados a minha solidariedade e o meu apoio a todas as pessoas que têm trabalhado pela melhora no ensino superior público brasileiro, sobretudo em estados mais carentes como o Ceará, cuja carência de recursos estruturais e bibliográficos torna as pesquisas mais difíceis (e caras) para nós, os

estudantes. Estes votos também se estendem, obviamente, a todos os professores que acreditam em suas carreiras e buscam melhores salários e condições de trabalho, com destaque, neste momento, para os professores das instituições federais de ensino superior do Brasil, os quais, em grande número – inclusive os da Universidade Federal do Ceará, encontram-se em estado de greve, sobretudo aos crentes na dedicação exclusiva ao magistério também (e por que não?!) na área do Direito.

“É por isso que os temas mais aliciantes para o juspublicista de hoje vêm a situar-se no campo do direito constitucional e aí precisamente no sector menos técnico, naquele em que as preocupações em torno do homem e da sua dignidade se tornam mais vivas. Estado de direito, separação de poderes, direitos fundamentais, voltam a assunto diário, mas agora não no sentido de meros processos de organização do Estado ou das suas limitações, internas ou externas; pelo contrário, o que aí sobreleva é o desejo de descobrir uma fórmula de situação do indivíduo no meio das tensões do ser colectivo” (SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. *Direito público e sociedade técnica*. Coimbra: Atlântida, 1969. p. 10-11)

“Si esto es activismo judicial, lo ponderamos. Si acaso es “gobierno de los jueces”, no vacilamos en repetir que los jueces también integran – a su modo – el gobierno, y comparten una función del poder estatal, que es la administración de justicia. Cada cual en lo suyo, los jueces se mantienen en su sitio cuando derivan desde la Constitución obligaciones (de abstención, de dar, o de hacer) que los órganos políticos han dejado incumplidas. Comprendemos muy bien que la doctrina de la supremacía suministra argumentos para sostener que la Constitución se vulnera no solamente cuando se hace lo que ella manda que se haga. No hay zona alguna de reserva que el ejecutivo, el Congreso, o la administración puedan invocar para eximirse de hacer lo que la Constitución manda que hagan” (CAMPOS, Germán J. Bidart. Algunas reflexiones sobre las omisiones inconstitucionales. In: BAZÁN, Víctor (coord.) *Inconstitucionalidad por omisión*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1997. p. 3)

RESUMO

Analisa os aspectos teóricos mais importantes do controle jurisdicional das omissões de prestações normativas do legislador em matéria jusfundamental e os resultados desse esforço para a interpretação dos instrumentos disponibilizados pela Constituição brasileira para a debelação dessas omissões. Na primeira parte, duas noções básicas são estudadas mais detidamente, a fim de precisar o discurso utilizado ao longo do trabalho: competência jurídica e dever jurídico. A primeira é importante pelo fato de haver omissões legislativas quando uma competência atribuída ao legislador não é exercitada (ou o é apenas parcialmente); a segunda, porque as omissões legislativas podem ser consideradas inconstitucionais somente se descumprirem algum dever de legislar imposto por norma(s) constitucional(is) (ou, como preferem alguns autores, caso haja alguma situação jurídica inconstitucional). Passa a analisar a relação entre os direitos fundamentais e a liberdade de conformação do legislador, no que interessa para o controle jurisdicional das omissões legislativas. A teoria dos princípios de Robert Alexy é adotada como aparato teórico para representar as colisões entre os direitos fundamentais (consagrados por princípios materiais) e o princípio (formal) da liberdade de conformação do legislador, com o intuito de possibilitar a clara visualização do que (e de que forma) está envolvido no controle jurisdicional das omissões legislativas. Na seqüência, algumas soluções oferecidas para o problema são expostas e confrontadas com o principal entrave teórico à realização desse controle: a separação de poderes. Ao fim, os resultados obtidos no estudo são usados para investigar os limites do sistema brasileiro de debelação das omissões do legislador.

Palavras-chave: Constituição; controle de constitucionalidade; direitos fundamentais; omissões legislativas.

ABSTRACT

The work analyses the most important theoretical aspects about judicial review of legislative omissions in the field of fundamental rights, specifically the normative commitments aiming at the consecution of these rights, and the results of this analysis in the interpretation of some mechanisms given by Brazilian Constitution to overcome these omissions. Two basic notions are studied in more detail, to clarify the discourse used throughout the study: legal competence and legal duty. The first is important because there is a legislative omissions when a legislator's competence is not exercised (or it's partially exercised); the second is important because legislative omissions are unconstitutional only if they disobey any duty to legislate imposed by constitutional norms (or, like some scholars prefer, if rests one legal situation contrary to constitutional norms). After this, it analyses the relation between fundamental rights and legislative discretion, in what matters to judicial control of legislative omissions. Robert Alexy's theory of principles is adopted like the theoretical framework to represent the collisions between rights (material principles) and the (formal) principle of legislative discretion, with the purpose of clearing which (and how) is involved in the judicial review of legislative omissions. Thereafter, some solutions offered to the problem are exposed and confronted with the major argument against this control: the separation of powers. Finally, the results obtained along the study are applied to investigate the limits of Brazilian system of overcoming legislative omissions.

Key-words: Constitution; judicial review; fundamental rights; legislative omissions.

SIGLAS

ADC – Ação declaratória de constitucionalidade

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

ADI – Ação declaratória de inconstitucionalidade

ADO – Ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão

CF – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

MI – Mandado de injunção

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1. ALGUMAS NOÇÕES TEÓRICAS FUNDAMENTAIS PARA COMPREENSÃO DAS OMISSÕES LEGISLATIVAS (E PARA O ESTUDO DE SEU CONTROLE).....	16
1.1 Da competência jurídica.....	17
<i>1.1.1 Sobre as várias noções de competência.....</i>	<i>19</i>
<i>1.1.2 Competência jurídica na obra de Hans Kelsen.....</i>	<i>21</i>
<i>1.1.2.1 Regras de competência em Kelsen: da redução à forma ideal da norma jurídica à função específica de autorização no ordenamento jurídico.....</i>	<i>23</i>
<i>1.1.2.2 Funções normativas: comandar, permitir, revogar e autorizar. Acepções desta última.....</i>	<i>26</i>
<i>1.1.3 Competência jurídica na obra de Alf Ross.....</i>	<i>35</i>
<i>1.1.4 Repasse crítico. Noção de competência jurídica.....</i>	<i>42</i>
1.2 Do dever jurídico.....	50
2 OMISSÃO INCONSTITUCIONAL EM MATÉRIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	56
2.1 A supremacia das normas constitucionais como pressuposto do controle de constitucionalidade.....	57
2.2 Noção de omissão inconstitucional.....	60
<i>2.2.1 Da omissão legislativa.....</i>	<i>61</i>
<i>2.2.2 Do dever de legislar (ou: da situação normativa contrária à constituição).....</i>	<i>65</i>
<i>2.2.3 Período de tempo decorrido sem o exercício da competência.....</i>	<i>72</i>
<i>2.2.4 Normas constitucionais de eficácia limitada.....</i>	<i>75</i>
<i>2.2.5 Conclusões acerca da omissão inconstitucional do legislador.....</i>	<i>78</i>
2.3 Noções de direitos fundamentais e a liberdade de conformação do legislador.....	79
<i>2.3.1 Notas iniciais.....</i>	<i>79</i>
<i>2.3.2 O direito fundamental completo.....</i>	<i>82</i>
<i>2.3.3 Distinção entre regras e princípios.....</i>	<i>85</i>
<i>2.3.4 A liberdade de conformação do legislador.....</i>	<i>89</i>
<i>2.3.5 A relação entre os direitos fundamentais e a liberdade de conformação do legislador.....</i>	<i>93</i>
<i>2.3.5.1 As vinculações negativa e positiva do legislador aos direitos fundamentais.....</i>	<i>93</i>

2.3.5.2 <i>Os deveres de proteção do legislador em matéria jusfundamental</i>	99
2.4 Síntese conclusiva	106
3 AS SOLUÇÕES PARA O CONTROLE JURISDICIONAL DAS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS DO LEGISLADOR: INVENTÁRIO E CRÍTICA	107
3.1 Soluções bilaterais	108
3.1.1 <i>A notificação ao legislador omissor</i>	108
3.1.2 <i>As situações ainda constitucionais e a declaração de inconstitucionalidade sem nulidade das normas</i>	110
3.1.3 <i>Perda da competência como sanção pela omissão inconstitucional</i>	116
3.2 Solução unilateral (prestação normativa direta pelo judiciário)	122
3.3 Controle jurisdicional das omissões legislativas e a separação de poderes	125
3.3.1 <i>A separação de poderes: nota terminológica</i>	125
3.3.2 <i>A separação de poderes: seu sentido como princípio jurídico</i>	128
3.3.3 <i>A jurisdição constitucional: seu lugar nos poderes separados no controle de constitucionalidade das omissões legislativas em matéria jusfundamental</i>	134
3.3.4 <i>O caso brasileiro do combate às omissões: o alcance possível dos instrumentos consagrados pela CF</i>	142
REFERÊNCIAS	147

INTRODUÇÃO

Este trabalho representa a seqüência de uma linha de pesquisa iniciada ainda no curso de Graduação em Direito, quando o autor iniciou alguns estudos sobre a lei complementar no direito brasileiro, com a exploração de alguns temas relativos à qualificação desse ato legislativo e à sua relação com outros atos normativos do ordenamento jurídico nacional¹. A linha poderia ter seguido na mesma temática, logo porque o sistema jurídico brasileiro é pródigo em casos de atos normativos com distintos papéis e forças (emendas constitucionais; lei complementares; leis ordinárias; tratados com valor supralegal etc.), sendo fonte de inumeráveis casos controversos em conflitos de normas oriundas dos mais variados atos normativos – com intermináveis discussões doutrinárias e jurisprudenciais a respeito. Entretanto, o curso da linha levou a um certo “desvio” no percurso; se é verdade que os problemas dos conflitos de normas geram discussões e precisam de muito mais atenção dos juristas, eles pressupõem o exercício dos poderes constituídos para edição dos atos, cujas normas conflitam, também é certo que a falta de exercício desses poderes pode trazer resultados nefastos para o sistema normativo – e, por conseguinte, a todos os atingidos por suas normas.

Um grande número de constituições do mundo ocidental promulgadas no século XX, com uma série de disposições de caráter aberto, necessitadas de um desenvolvimento normativo ulterior, tiveram de estatuir um grande número de normas para lançar deveres diversos aos poderes constituídos. Esta abertura constitucional, aliada à necessidade do exercício das competências para o cumprimento do plano traçado por constituições dessa vertente, cujo incumprimento é capaz de frustrar substancialmente as expectativas deitadas sobre o produto dos trabalhos constituintes, gerou uma realidade desconcertante para o constitucionalismo: a missão de resguardar a supremacia da constituição, não somente na repulsa às normas oriundas de atos comissivos do legislador – algo já conhecido desde o século XIX, – mas também no controle das situações jurídicas inconstitucionais que se põem em virtude da omissão legislativa, sob pena de erosão fragorosa da força normativa das normas constitucionais. A Constituição brasileira é um exemplo bem caracterizado desse tipo de diploma constitucional, e basta uma rápida consulta ao seu texto para perceber as diversas ocasiões nas quais a atividade normativa do legislador constituído é requisitada; com um

¹ Alguns dos resultados dessa pesquisa foram reunidos em GOMES, Felipe Lima. *Dois estudos sobre a lei complementar no direito brasileiro*. Fortaleza: Felipe Lima Gomes, 2012. Disponível em www.bibliografiadedireito.blogspot.com.

pouco mais de curiosidade, é fácil perceber que muitas das demandas constitucionais por normas posteriores continuam sem solução.

Talvez, fosse de se imaginar que, com a contínua concretização da Constituição pelo legislador, a importância do controle da omissão legislativa diminuiria, pois as demandas constitucionais por atos legislativos seriam progressivamente satisfeitas com a atuação legislativa ao longo do tempo. Entretanto, pelo menos no caso brasileiro, tal previsão se há mostrado errada, pois, mesmo decorridos quase vinte e quatro anos da promulgação da Constituição, muitos desafios impostos inicialmente pelo constituinte ainda não foram decididamente enfrentados pelo legislador. Não fosse o bastante, as razões para o estudo das omissões legislativas inconstitucionais se avolumam cada vez mais, sendo de se destacar a contínua reforma constitucional empreendida pelo “operoso” Congresso Nacional, que requer novas concretizações do legislativo. A inclusão do § 3º ao artigo 5º da Constituição, o qual trouxe a possibilidade de aprovação de tratados internacionais sobre direitos humanos com força de emenda à Constituição, poderá levar à necessidade de atuações legislativas ulteriores à aprovação desses tratados, porque, se compõem o ordenamento como se emendas à Constituição fossem, podem obrigar o legislador da mesma forma que as normas oriundas de textos constantes da própria Constituição². Além disso, a alteração da jurisprudência constitucional sobre o mandado de injunção (MI), em 2007 (quando o Supremo Tribunal Federal (STF) concedeu efeitos concretos ao MI, por ocasião do julgamento de alguns casos de greve dos servidores públicos), incita novos estudos sobre as suas possibilidades no direito brasileiro, assim como reaviva a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão (ADO) e lhe lança uma expectativa de mais efetivo aproveitamento pelo STF; em outro importante julgado (ADO 3682, julgada em maior de 2007), o STF indicou um prazo para o legislador deliberar sobre a matéria deduzida naquela ação, o que pode representar o início de outra importante alteração na jurisprudência do tribunal. Não fosse o bastante, a promulgação da lei nº 12069/09 demonstra que pelo menos o próprio legislador não descarta de sua relevância³. Não será demais lembrar, finalmente, que a maior e mais relevante parte da

² É conveniente a lembrança de que já foi aprovado um tratado na forma do parágrafo citado. É a Convenção Internacional Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 2007, objeto do decreto-legislativo de nº 6949/09. Já em seu artigo primeiro, lê-se o seguinte: “O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente”. Como se percebe, a admissão de tal tratado como emenda à Constituição abre a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade das situações jurídicas contrárias às suas normas, decorrentes das omissões do legislador.

³ Também é de se lembrar a legislação projetada para o MI (cf. projeto de lei 6.128/2009, da Câmara dos Deputados). Sobre o projeto, vale conferir ROTHENBURG, Walter Claudius. O mandado de injunção finalmente terá sua lei. *Observatório da jurisprudência constitucional*, a. 3, 2009/2010. Disponível em <http://ojs.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/370/253>. Acesso em 21/08/2011.

produção científica sobre o tema no Brasil é anterior às alterações legislativas e jurisprudenciais elencadas⁴.

Apesar do generalizado reconhecimento da necessidade de atuação legislativa para o desenvolvimento normativo satisfatório da constituição, a chegada à admissão do controle jurisdicional das omissões do legislador foi lenta e cheia de percalços. Mas os problemas não se resolveram com a (simples) admissão do controle jurisdicional: as soluções admitidas, muitas vezes, mostraram-se ineficazes para restaurar a supremacia constitucional; mesmo em casos nos quais a constituição resta indiscutível e gravemente violada, a tendência à recusa de soluções jurisdicionais capazes de, efetivamente, reverter a inconstitucionalidade é dominante nos setores doutrinários e jurisprudenciais (inclusive no Brasil). Como se pode notar pelo discurso desses setores, o apego a fundamentos teóricos típicos do constitucionalismo revolucionário do século XVIII, sobretudo a separação de poderes com a supremacia do legislativo (aparecida, sem grandes alterações, como ampla liberdade de conformação do legislador), atua como implacável contraforte à crescente força normativa das normas constitucionais que, incidentalmente, entrem em “rota de colisão” com esses fundamentos. O problema poderia tomar menor dimensão, caso se restringisse a âmbitos constitucionais menos importantes para a realização da constituição como um todo. Todavia, muitos dos problemas de inconstitucionalidade por omissão envolvem a sua parte mais sensível: o catálogo de direitos fundamentais. Estes direitos, pela própria maneira pela qual são, geralmente, consagrados (em cláusulas extremamente genéricas), demandam uma atuação legislativa posterior que lhes determinem e atualizem, de sorte a permitir a sua plena realização – atuação necessária até mesmo nos sistemas que contam com uma cláusula de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, pois ela não tem o condão de transformar todos os direitos consagrados constitucionalmente em imediatamente exequíveis. Mesmo em alguns casos de normas jusfundamentais cuja aplicabilidade direta é possível pelo judiciário, a atuação legislativa ainda se deve efetuar, para tornar mais claros os limites de certos direitos nos conflitos com outros – um reclamo de segurança jurídica. Também nesta seara, o aparato teórico comumente esgrimido pelos setores mais conservadores acerca do papel do judiciário no controle das omissões legislativas toma os direitos fundamentais como consagrados por normas incapazes de superar a liberdade de conformação do legislador e de se impor, mesmo diante de inquestionável inconstitucionalidade da situação jurídica, por meio jurisdicional. A

⁴ Como exemplo, Vanice Valle observou que, quando já estava a se fazer a revisão dos originais de sua obra, foi decidida a ADO 3682, decisão, segundo ela, indicadora da utilidade potencial do instituto, o qual fica “à espera tão-somente de um labor teórico criativo que lhe emancipe as possibilidades criativas” (cf. *Sindicar a omissão legislativa: real desafio à harmonia entre os poderes*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 35-36, nota 3).

partir dessas observações preliminares, não dá para deixar de concordar com a afirmação segundo a qual é possível que a problemática da omissão inconstitucional constitua um dos mais tormentosos e, ao mesmo tempo, um dos mais fascinantes temas do direito constitucional moderno, por envolver não apenas o problema concernente à efetividade das normas constitucionais e à concretização da constituição pelo legislador, como também “a argúcia do jurista na solução do problema sob uma perspectiva estrita do processo constitucional”⁵. Essas complicações no trato da matéria permitem (melhor, impõem!) outra afirmação: as soluções existentes ainda estão longe de esgotar as possibilidades da temática, e não será temeroso prever a falta de soluções cabais para parcela significativa das grandes questões atinentes ao controle jurisdicional das omissões inconstitucionais por bastante tempo.

A falta de respostas terminantes para os problemas do tema, uma conclusão aparentemente pessimista, jamais poderá ser um empecilho ao desenvolvimento de novos estudos. Afinal, o avanço desse conhecimento será mais facilmente possibilitado por novos esforços doutrinários. Nessa seara, o trabalho pretende analisar os aspectos teóricos mais importantes do controle jurisdicional das omissões do legislador em matéria jusfundamental. O recorte em seus aspectos teóricos mais relevantes se justifica pelo fato de grande parte das discussões (e decisões judiciais) serem efetuadas sem um aparato teórico bem definido – ou razoável, embora definido. Tal deficiência na abordagem da matéria leva a graves confusões, quando não chega a atuar como um grande empecilho no desenvolvimento do controle jurisdicional das omissões do legislador, por reproduzir antigas concepções limitadoras da atuação dos órgãos controladores da constitucionalidade. A oferta de um modelo teórico capaz de representar, de maneira clara, o que (e de que forma) entra em jogo nas decisões sobre a constitucionalidade de situações jurídicas decorrentes dessas omissões é de fundamental importância para a transparência dessas decisões e, conseqüentemente, para sua avaliação crítica, apesar não levar, necessariamente, à certeza dos resultados que serão alcançados em cada caso.

Para atingir esse objetivo, o primeiro capítulo é dedicado a duas noções da teoria jurídica imprescindíveis ao desenrolar do tema. A primeira delas é a competência jurídica; sua noção será formulada a partir da crítica à formulação que ganhou na obra de dois dos maiores juristas do século XX: Hans Kelsen e Alf Ross. A atenção, talvez demasiada, dedicada à competência jurídica neste trabalho se deve ao pouco cuidado com que é manejada pela

⁵ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. O controle da omissão inconstitucional. In: SCHÄFER, Jairo (org.) *Temas polêmicos do constitucionalismo contemporâneo*. Florianópolis: Conceito, 2007. p. 138.

doutrina, além, é claro, da relevância assumida no restante da pesquisa. Se as considerações mais detidas sobre a obra dos dois juristas podem, em boa medida, ser excessivas, as conclusões extraídas a partir das leituras de suas obras são fundamentais para compreender a função da competência jurídica para a própria noção de dever. As duas estão relacionadas muito proximamente neste trabalho, pois a omissão do legislador diz respeito ao não-exercício de competências jurídicas a si acometidas pela constituição; o dever jurídico se torna relevante porque a idéia de que existem deveres de legislar impostos pela constituição é adotada quase unanimemente (e merecerá um reparo no capítulo segundo).

No nível teórico menos elementar e já mais próximo ao controle de constitucionalidade das omissões, a própria noção de omissão inconstitucional deve ser repassada, pois as divergências acerca das condições para o reconhecimento dessa inconstitucionalidade são relevantes, uma vez que podem levar à dificuldade desse reconhecimento (e do controle). Como a solução jurisdicional das omissões sobre direitos fundamentais demanda o sopesamento entre os direitos em jogo e a liberdade de conformação do legislador, a colocação mais precisa de todas essas noções se mostra de fundamental importância para o enfrentamento do controle de constitucionalidade das omissões. Por fim, a retomada da literatura jurídica sobre as soluções jurisdicionais do problema já é capaz de ofertar um rico manancial no estudo da matéria. Desde soluções menos ousadas, como as chamadas decisões bilaterais, as quais dependem da ação posterior do legislador à decisão jurisdicional, até às mais progressistas, notadamente a dação de prestação normativa direta pelo judiciário, sem prejuízo da competência posterior do legislador na matéria (presente na Constituição da província do Rio Negro, na Argentina, e na Constituição equatoriana), dão o tom do que é possível encontrar nas experiências nacionais e internacionais sobre a temática. O confronto dessas soluções com o principal entrave teórico ao controle jurisdicional das omissões do legislador, a saber, a separação de poderes, permitirá o balanço final sobre as bases teóricas mais adequadas para se (re)interpretar os instrumentos de controle de omissões do legislador trazidos pela Constituição brasileira, com o intuito de apontar quais efeitos podem, justificadamente, com a tomada em consideração dos pontos de vista constitucionalmente relevantes, ser atribuídos às decisões exaradas nesses meios processuais de controle.

1. ALGUMAS NOÇÕES TEÓRICAS FUNDAMENTAIS PARA COMPREENSÃO DAS OMISSÕES LEGISLATIVAS (E PARA O ESTUDO DE SEU CONTROLO)

Como primeiro passo na pesquisa, é de fundamental importância o esclarecimento de algumas noções teóricas insistentemente manejadas, mas que não são tratadas com o devido cuidado pela doutrina. Como se verá, o descuido dos escritores que tratam da matéria na utilização de certos vocábulos leva a graves mal-entendidos, difíceis de serem resolvidos sem um estudo detalhado das variações no léxico de cada um, quando um estudo que tal não leva mesmo à conclusão de que são feitos usos muito distintos das mesmas palavras nos escritos de um autor, a ponto de tais usos serem algumas vezes incompatíveis uns com os outros. Além disso, muitas são as discussões no tema principal deste trabalho dadas como de direito constitucional que, na verdade, têm subjacentes a si apenas discrepâncias na manipulação de noções de teoria jurídica – o que se dá em todas as disciplinas jurídicas com grande frequência, deve-se dizer.

Dentre tais noções cuja análise será feita desde logo, ocupa um lugar central a de competência jurídica. As omissões legislativas se dão no contexto de um ordenamento jurídico que demanda uma atividade pela qual se vaze a competência acometida, o mais das vezes, pela Constituição aos entes que atuam como legislador em uma dada ordem. O reconhecimento paulatino de que foi objeto o dever de o legislador atuar por força dessas imposições jurídicas (ainda não totalmente admitido, adiante-se) leva necessariamente a um estudo do dever jurídico e de como este se relaciona com a competência jurídica, pois setores da doutrina reservam o uso de competência para os casos em que o seu exercício é obrigatório, pelo menos em certas circunstâncias. Não é difícil imaginar como isto pode ocasionar graves mal-entendidos quando se comparam o pensamento de dois (ou mais) autores, ou mesmo duas (ou mais) passagens de um mesmo autor. Outras noções importantes serão utilizadas ao longo do estudo; entretanto, elas poderão ser elucidadas à medida que forem mais utilizadas, até porque estarão relacionadas com as duas tratadas desde já.

Um esclarecimento sobre o esforço empreendido neste capítulo deve ser efetuado: que não se deve esperar por uma tentativa de se estabelecer *a* terminologia correta em sede de teoria jurídica; tentar-se-á apenas estabelecer *uma* terminologia suficientemente adequada ao manejo dos pontos fundamentais do trabalho, a fim de prover a segurança conceitual suficiente ao trato da matéria, segurança que proveja, a um só tempo, um aparato condizente com os pontos de vista defendidos e a possibilidade de se promover uma comparação com o

vocabulário adotado por outros autores, sempre que diferente do aqui considerado¹. As outras balizas seguirão o plano de tomar em linha de conta a maneira como se apresenta a questão na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, – descartadas as Constituições e Leis Orgânicas dos demais entes federados, – além de considerar a possibilidade da realização do controle das omissões legislativas, uma vez que a própria Constituição prevê as ações que instrumentalizam tal controle (ainda que suas extensões e mesmo a necessidade/conveniência de suas instituições não tenham ainda sido discutidas). Assim é que as modalidades jurídicas serão consideradas como meros veículos lingüísticos, conforme à lição de Alf Ross, para quem o que está em consideração nesse tipo de assunto é apenas a linguagem do direito, a maneira pela qual o conteúdo das normas é explicitado². Idealmente, bastaria o estabelecimento da relação entre certos fatos e os efeitos jurídicos que lhe são imputados. Entretanto, uma exposição de assuntos jurídicos, por razões várias, como uma grande economia no discurso, dificilmente poderá prescindir de instrumentos de apresentação como as noções abordadas adiante.

1.1 Da competência jurídica

Poucos temas ganharam tanta atenção – e geraram mais discussões – na literatura da teoria jurídica quanto a competência e as regras que a confere. Muitos dos mais representativos filósofos e teóricos do direito que tenham concentrado sua produção no século próximo passado, especialmente em sua segunda metade³, entraram no debate sobre a matéria.

¹ A inexistência de um vocabulário comum não é, necessariamente, um problema incontornável. Esse tipo de questão pode ser equacionado sempre que se puder estabelecer uma “casa de câmbio lexical”, em que o sentido emprestado a um termo por uma pessoa seja comparado ao sentido que se dá a este mesmo termo por outra, ou pela mesma, em momentos distintos – noutros termos: sempre que se buscar estabelecer uma “taxa de câmbio” entre os dois significados. Nem sempre essa é uma tarefa fácil para um jurista, pois muita vez não há grandes preocupações com a exatidão nos usos de certos termos, razão que faz da busca pelo estabelecimento de uma “casa de câmbio lexical” uma tarefa penosa, quando não mesmo infrutífera.

² Cf. *Sobre el derecho y la justicia*. 4. ed. Tradução de Genaro Carrió. Buenos Ayres: Eudeba, 1977. p. 162.

³ Duas notáveis antecipações no estudo da competência jurídica são dignas de nota. Jeremy Bentham, em obra surpreendentemente pioneira, terminada a fins do século XVIII, mas publicada somente no século XX, adiantou em dois séculos uma série de pontos sobre a temática (cf. *Of laws in general*. Editado por H. L. A. Hart. London: Athlone, 1970. esp. p. 251 ss.). A bibliografia sobre o pensamento de Bentham no trato do poder jurídico é vasta, e sua análise tomaria dimensões proibitivas para o trabalho. Vale conferir, por todos, HART, Herbert Lionel Adolphus. Bentham on legal powers. *Yale law journal*, vol. 81, n. 5, abr., 1972. p. 799-822; HALPIN, Andrew. The concept of legal power. *Oxford journal of legal studies*, vol. 16, n. 1, 1996. p. 131-140; e TUSSEAU, Guillaume. Jeremy Bentham on power-conferring laws. *Revue d`etudes benthamiennes*, n. 3, 2007. p. 48-77. Disponível em <http://spire.sciences-po.fr/hdl:/2441/3cr7jj61bs68cvg99gksjatb6/resources/article-tusseau.pdf>. Acesso em 21/08/2011. Além de Bentham, um dos mais influentes teóricos do século passado, especialmente no direito anglo-saxão, dedicou-se ao estudo dos poderes jurídicos: Wesley Hohfeld. Para este autor, que desenvolveu uma célebre classificação dos conceitos jurídicos fundamentais em quatro pares de opostos e correlativos, quem tem um poder jurídico tem, sob a sua vontade, o controlo de um fato ou de um

Embora muitas questões que a envolvem ainda permaneçam em aberto, uma opinião se disseminou e angariou a adesão de diversos juristas ao redor do mundo: o ordenamento jurídico seria composto não somente por normas que impõem deveres, como estava sedimentado pela tradição das teorias imperativas do direito, marcadas fundamentalmente pelas obras de John Austin e Jeremy Bentham, mas também conteria normas que conferem poderes, as quais regulariam o exercício dos atos jurídicos em geral, sejam privados, sejam públicos. Uma passagem emblemática de Herbert Hart dá a nota da relevância da inclusão das normas de competência na análise jurídica, a fim de dar conta da introdução das regras de competência no seio das sociedades:

For the introduction into society of rules enabling legislators to change and add to the rules of duty, and judges to determine when the rules of duty have been broken, is a step forward as important to society as the invention of the wheel. Not only was it an important step; but is one which, as we shall argue in Chapter IV, may fairly be considered as the step from the pre-legal into the legal world.⁴

Mesmo quem não concorda com Hart, a respeito da distinção que ele defende entre normas que conferem poder e normas que atribuem deveres, dificilmente pode negar o valor da passagem acima transcrita, pois ela representa de maneira bastante significativa a importância do regramento na distribuição da competência jurídica e, por conseguinte, do cuidado que o jurista deve ter no estudo de sua operatividade no ordenamento. O interesse nesse estudo se concentrará no exame da posição dos sujeitos competentes para o cometimento de certos atos legislativos e nos desdobramentos que se podem observar quando não são realizados os atos para os quais se concedem competências, tais como a possibilidade de extinção ou mesmo de transferência dessa posição jurídica etc.

É curioso observar que o termo competência não tem apenas um significado e que isso não se dá apenas na linguagem cotidiana. Aliás, é na linguagem científica que o termo ganha maior número de usos distintos, os quais, geralmente, estão calcados em conhecimentos específicos complicados demais para quem não domina as searas em que ele é utilizado. É

grupo de fatos que pode ocasionar uma mudança específica em uma relação jurídica. O conceito oposto ao de poder seria o de impotência (*disability*), enquanto o seu correlativo seria o de sujeição (cf. HOHFELD, Wesley Newcomb. Some fundamental legal concepts as applied in judicial reasoning. *The Yale law journal*, vol. 23, n. 1, nov., 1913. p. 44 ss.). Sobre a obra de Hohfeld, que faleceu prematuramente sem estender o seu trabalho sobre os conceitos jurídicos fundamentais como planejara, vale conferir, na literatura nacional, FERREIRA, Daniel Brantes. Wesley Newcomb Hohfeld e os conceitos fundamentais do direito. *Direito, sociedade e estado*, n. 31, jul./dez., 2007. p. 33-57. Disponível em http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Ferreira_n31.pdf. Acesso em 21/08/2011. Ressalte-se que, à página 34 deste estudo, há algumas incorreções nas referências dos oito artigos de Hohfeld; dentre elas, credita-se erroneamente a publicação do artigo de Hohfeld citado nesta nota ao *Californian Law Review*, nº 1.

⁴ *The concept of law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1994. p. 41-42. A passagem transcrita fecha a crítica que Hart dirige às teorias que procuram reduzir as regras que conferem competência àquelas que impõem deveres. Segundo ele, o preço dessa redução é o de distorcer as diferentes funções sociais que cumprem esses dois tipos de regras.

também notável o fato de que a polissemia desse termo não é uma exclusividade da língua portuguesa e se dá em vários idiomas. Uma breve exposição dos usos distintos que se podem catalogar nas várias ciências em que o termo é utilizado serve como um interessante ponto de apoio para a introdução da competência especificamente jurídica, da maneira como será encarada neste trabalho.

1.1.1 Sobre as várias noções de competência

Em disciplinas tão diversas como a filosofia moral, a psiquiatria, a pedagogia e a teoria jurídica, dentre outras⁵, usa-se “competência” com grande frequência. Tais usos dão mostra de que se trata de um conceito com credenciais multidisciplinares. Cada disciplina trabalha com diferentes discursos e lança mão de um conjunto de conhecimentos impenetrável para os não-iniciados; além disso, as conclusões a que se chegam em áreas distintas partem de premissas teóricas e empíricas diferentes, quando não chegam a diferir no âmbito da mesma disciplina. É muito provável que uma investigação mais abrangente, com a realização de um amplo catálogo dos vários usos do termo “competência” em diversas disciplinas, pode oferecer subsídios muito interessantes para uma análise mais profunda da competência jurídica. Entretanto, essa é uma empresa absolutamente incompatível com os limites deste trabalho.

Certos setores da doutrina utilizam a noção de competência para fazer referência a uma medida com a qual se possa aferir a posse de outras habilidades que atestem certo grau de êxito no cumprimento de tarefas ordinariamente desenvolvidas por profissionais das áreas jurídicas, mais especificamente tarefas advocatícias. Neste significado, um julgamento de competência jurídica é capaz de dar conta do domínio de um plexo de habilidades necessárias e suficientes para o atingimento de certos objetivos tipicamente perseguidos por um profissional da área jurídica. Esta é uma abordagem ainda carecedora de estudos sistemáticos no Brasil, pois, o exame que confere a autorização para o exercício da advocacia mais controla a incompetência que gradua a competência dos quadros pessoais das associações de advogados. Paira grave dúvida sobre que critérios devem ser tomados em consideração (além

⁵ Nessa lista, ocupa ainda um lugar de destaque a lingüística, com a distinção bastante difundida de Noam Chomsky entre competência e performance: a primeira diz respeito à habilidade de um utente idealizado (*idealized speaker-hearer*) de uma língua para associar sons e significados, nos moldes do seu conjunto de regras; a performance é um uso da mesma língua, uso que não reflete somente conexões intrínsecas entre sons e significados especificados pelo sistema de regras, mas é governado também por princípios cognitivos os quais não são, propriamente, aspectos da linguagem – como os limites mnemônicos (cf. *Language and mind*. 3. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 102-103).

disso, sobre o peso de cada um deles) para mensurar a competência jurídica nesse sentido, se o domínio de conhecimentos técnicos, se a disponibilidade de meios materiais para a prática dos atos inerentes à função, se o histórico dos resultados obtidos em outras ocasiões, se o valor cobrado pelos honorários (no âmbito de uma relação custo-benefício – e como calcular o benefício trazido pela contratação de um advogado específico?), se a fluência social do advogado em seu meio etc⁶.

Competência jurídica, no sentido referido logo acima, é um caso especial de um significado bastante comum de competência na linguagem corrente. Tal acepção se liga, de modo bastante genérico, a *proficiência*: diz-se competente para a atividade X o indivíduo que pode realizá-la com boa desenvoltura. Neste sentido, à guisa de exemplo, ouve-se com frequência as pessoas falarem em “autoridade incompetente” quando querem se referir a responsáveis por serviços públicos mal prestados e/ou a obras atrasadas. Em outra frente, é usado o mesmo termo para se fazer menção a uma pessoa (ou a outro ente) detentor de um poder especial para produzir certos efeitos: neste caso, o sentido estaria mais vinculado ao de uma autorização especial⁷. Esta é a razão pela qual também é comum ouvir-se “autoridade incompetente” quando se quer fazer referência a alguém que não detém o poder para alterar certa situação jurídica, como ao prefeito de um município relativamente a uma questão afeita ao governador do estado, ou ao juiz de uma comarca que não tem o condão jurígeno de julgar causas que devam ser distribuídas para outra, por conta das regras processuais vigentes. Uma investigação filológica talvez possa demonstrar como tais usos do termo evoluíram, se foram derivados um do outros, ou se tiveram origens independentes. Entretanto, o que importa aqui é apenas a observação de que é nesta segunda tendência que a análise prosseguirá, pois é exatamente a afinada à pesquisa.

Para que se evolua no delineamento da noção de competência jurídica, mostra-se conveniente o estudo de certos aspectos dessa matéria em dois autores, a saber: Hans Kelsen e

⁶ Em trabalho dedicado a esse tipo de competência jurídica, Jeremy Cooper concluiu que os dois esforços analisados por ele para mensurar essa competência nos Estados Unidos e no Reino Unido eram isolados e não guardavam referência a uma teoria geral da competência (cf. *What is legal competence? The Modern Law Review*, v. 54, t. 1, jan., 1991. p. 121).

⁷ Vale a nota de que esses usos não são exclusividade da língua portuguesa. Para uma exposição semelhante, em língua inglesa, cf. SPAAK, Torben. Explicating the concept of legal competence. In: HAGE, Jaap C.; e VON DER PFORDTEN, Dietmar (ed.) *Concepts in law*. Springer: Springer, 2009. p. 67. Antonio Manuel Peña Freire aproveitou a polissemia do termo e fez um trocadilho espirituoso. Após tecer algumas observações a um trabalho de Jordi Ferrer sobre normas de competência, encerrou o seu escrito com as seguintes palavras: “Finalmente, sólo decir que mantengo viva la amarga sensación de haber abusado de la paciencia y generosidad de mi interlocutor. Me alivia, no obstante, tener la certeza de que el modo en que resuelve las cuestiones abordadas en su obra, acreditan sobradamente su *competencia* para encerrar con facilidad y soltura las consideraciones que he comentado, aliviando de ese modo la intensidad del sabor de la sensación a la que me refería” (Sobre las normas de competencia: algunas observaciones a las tesis de Jordi Ferrer. *Anuario de filosofía del derecho*, t. 18, 2001. p. 412).

Alf Ross. Tal opção se justifica pela necessidade de limitação da amplitude da pesquisa, pela relevância da doutrina desses dois teóricos, pela pertinência temática e pelo valor heurístico de suas lições para o intento perseguido.

1.1.2 Competência jurídica na obra de Hans Kelsen

O estudo mais próximo do tema na obra kelseniana se justifica por diversas razões. Não só pela necessidade de delimitação do estudo; a relevância da obra de Kelsen no século XX o torna referência obrigatória em quase todos os temas recentemente tratados na teoria jurídica. Além disso, o que é fundamental, a competência jurídica ocupa um papel crucial na teoria do Direito de Kelsen, com uma dedicação crescente de espaço dedicado ao tema em seus vários escritos de sua vasta produção jurídico-científica. É de se concordar, com Jordi Ferrer, que não houve grandes viragens na obra de Kelsen sobre este tema, mas apenas um trato mais sistemático ao longo de suas principais obras de teoria jurídica, com um pequeno capítulo na *Teoria geral do direito e do estado*, um número maior de páginas na segunda edição da *Teoria pura do direito*, e um capítulo mais estendido na sua *Teoria geral das normas*, de publicação póstuma⁸.

Para os propósitos perseguidos, é necessário que se repassem as duas fases na obra kelseniana pelas quais passou a reconstrução das regras de competência, para que se compreenda como, depois de terem sido reduzidas à função ideal da norma jurídica, estas passaram a cumprir uma função normativa específica (a de autorizar (*ermächtigen*)) no âmbito das funções que Kelsen distinguiu para as normas. Na seqüência, serão analisadas tais funções, especialmente considerada a de autorização (*Ermächtigung*), com ênfase nas obras que ele publicou a partir de 1960.

1.1.2.1 Regras de competência em Kelsen: da redução à forma ideal da norma jurídica à função específica de autorização no ordenamento jurídico

Pelo menos desde a sua tese de habilitação, *Problemas fundamentais da teoria do*

⁸ Cf. *Sobre el carácter de las normas de competencia*. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito – Universidade Pompeu Fabra. Barcelona, 1997. p. 41. Disponível em <http://www.tdx.cat/handle/10803/7312;jsessionid=F19CE4A55A5F6BE6ADCB90D5F40D7989.tdx1#document.s>. Acesso em .

direito público, publicada pela primeira vez em 1911⁹, Kelsen promoveu um grande esforço no sentido de demonstrar que todos os fenômenos jurídicos se poderiam reconduzir a uma forma típica de norma jurídica. Em sua primeira formulação, as normas jurídicas seriam juízos hipotéticos, que representariam a ligação de certos fatos condicionantes a conseqüências jurídicas condicionadas. A compreensão desta conexão específica é um ponto crucial para o esclarecimento da primeira abordagem de Kelsen sobre a competência jurídica, uma vez que também ela se deve reconduzir a tal forma da norma jurídica¹⁰.

Na sua *Teoria geral do estado*, Kelsen observa que a condição a cuja observância se acha enlaçado o ato coativo pode ser dividida e escalonada, de modo que seja possível a existência de casos em que, para que se dê uma conseqüência específica, várias condições devam-se dar previamente: o mais importante é que todas essas possíveis sérias de condições desemboquem no ato coativo, como última conseqüência. Este ato seria algo como o último compasso no ritmo da dinâmica normativa. Como exemplo, quem entabula um contrato, deve comportar-se de acordo com as suas cláusulas, sob pena de ver dirigida contra si uma execução civil; em virtude desta conseqüência especificamente jurídica, a norma segundo a qual é imposto o comportamento conforme ao estabelecido em sede de contrato é também uma norma jurídica, porém relativamente autônoma, uma norma *secundária*, que somente se

⁹ Neste trabalho, será utilizada uma tradução da segunda edição alemã, publicada em 1923 (*Problemas capitales de la teoría jurídica del estado: desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica*. Tradução de Wenceslao Roces. Ciudad de México: Porrúa, 1987).

¹⁰ Embora a exposição seguinte se baseie no trabalho de Carlos Bernal Pulido sobre o tema, aqui não se utiliza, como o faz o autor referido, a expressão “forma ideal”, que Stanley Paulson cunhou em trabalho bastante divulgado acerca das teorias de Kelsen sobre norma jurídica. Pulido faz menção à reviravolta na doutrina kelseniana sobre a norma como juízo hipotético e como imperativo hipotético, mas reenvia o seu leitor para o trabalho de Paulson acerca do conceito de forma ideal da norma (cf. PULIDO, Carlos Bernal. Las normas de competencia en la teoría pura del derecho de Kelsen. In: BORDA, Luis Villar. *Hans Kelsen: 1881-1973*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. p. 92, nota 7). É admissível que Pulido tenha tomado apenas a noção de forma ideal como estrutura utilizada para apreciar a forma específica da norma jurídica, em contraste com a da norma moral e a dos imperativos, nos termos postos por Paulson (cf. PAULSON, Stanley L. An empowerment theory of legal norms. *Ratio juris*, vol. 1, n. 1, 1988. p. 62). Entretanto, a abordagem de Paulson não tem por objetivo a mudança de Kelsen que Pulido registra; na verdade, o intuito era demonstrar que há três noções para a forma ideal na teoria kelseniana, a saber: (1) uma teoria que uniria um imperativo a uma norma hipotética, que apontaria como devida a aplicação de uma sanção, caso não se desse a conduta comandada no imperativo (*coupling theory*); (2) outra em que a norma hipotética formulada, dirigida aos funcionários públicos, suplantaria o imperativo da primeira (*eliminative theory*); (3) uma teoria em que a modalidade da norma já não é mais interpretada como deontica ou como um comando, mas em termos de uma modalidade não-deontica ou autorizadora (*empowering theory*). Estas três teorias difeririam entre si sobre a modalidade (*deontic/empowering*), a forma (*categorical/hypothetical*) e a identidade do seu destinatário (*moral subject/legal officials*). Na primeira teoria, a norma jurídica leva uma modalidade deontica, é endereçada ao sujeito moral e se reveste de uma forma categórica; na segunda, permanece a modalidade deontica, mas a forma categórica dá lugar à forma hipotética, além de o sujeito moral ceder vez ao funcionário público como destinatário; na terceira, altera-se, com relação à segunda, a modalidade – que passa a ser não-deontica (cf. o trabalho citado por último, às páginas 63 e seguintes).

torna conteúdo de um dever jurídico por constituir a condição para um ato coercitivo¹¹. As normas primária e secundária seriam exatamente expressões da conexão legal de fato condicionante e consequência; tal conexão se vaza, gramaticalmente, em proposições e, logicamente, em juízos que podem ser considerados juízos de valor, conquanto constituam juízos normativos. Por tal, não é admissível que as normas jurídicas componham um imperativo; a norma jurídica somente exprime um enlace jurídico entre certos fatos, sem expressar uma vontade dirigida a provocar determinadas condutas. Os imperativos até podem ser alguns desses fatos conectados pelas normas, mas o direito, como lei jurídica, é uma proposição jurídica, um juízo hipotético¹².

Em outra obra, Kelsen ressalta a importância da classificação da norma jurídica como um juízo hipotético para cumprir um grande desiderato da sua teoria jurídica: separar completamente o conceito de norma jurídica do de norma moral. Isto não ocorre ao se considerar norma jurídica como um imperativo, como o faz a doutrina tradicional, mas

¹¹ A consideração de Kelsen sobre as normas primárias e secundárias contrariava a tendência majoritária da doutrina de considerar a norma primária como aquela que impõe uma conduta como devida e secundária a que liga uma sanção à conduta diversa da comandada na primária. Em sua *Teoria geral das normas*, Kelsen acena com uma mudança neste assunto: “Se se admite que a distinção de uma norma que prescreve uma conduta determinada e de uma norma que prescreve uma sanção para o fato da violação da primeira seja essencial para o Direito, então precisa-se qualificar a primeira como norma primária e a segunda como secundária – e não o contrário, como o foi por mim anteriormente formulado.” (*Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris Editor, 1986. p. 181). A passagem transcrita, embora fundamente uma alteração na nomenclatura utilizada por Kelsen, não fundamenta qualquer alteração na doutrina a ela subjacente, mais precisamente com relação à noção de que uma conduta somente constitui um dever jurídico quando à sua violação é imputado um ato coercitivo. Nesse sentido, vale conferir o seguinte trecho da mesma obra: “A expressa formulação da norma que proíbe o furto e da norma que impõe o pagamento de um empréstimo recebido, i. e., a norma que prescreve a conduta que evita a sanção é efetivamente *supérflua*, pois está (...) implicada na norma que estatui a sanção. Pois a norma que estatui um ato de coação como sanção aparece como primária e a nela implicada que, de modo algum é expressamente formulada, e não precisa ser expressamente formulada, aparece como norma secundária.” (*Op. cit.* p. 182). Pelo exposto, Kelsen parece pretender que a classificação das normas entre primária e secundária possa variar de acordo com a forma como apareçam os dispositivos legais – o que poderia tornar o critério extremamente confuso, ou mesmo a distinção desnecessária. É possível que esse ponto ainda passasse por refinamentos e/ou correções, caso a feitura dessa obra não tivesse sido interrompida pela morte do seu autor.

¹² Cf. KELSEN, Hans. *Teoría general del estado*. Tradução de Luis Legaz Lacambra. Barcelona: Labor, 1934. p. 66, 70-71. Kelsen procura corroborar a sua opção pela norma jurídica como proposição com base no resultado que essa tese oferta para o problema do destinatário da norma. Ele afirma que, se a proposição jurídica não é um imperativo, não há destinatário ao qual se dirija, assim como é o caso da lei natural. A proposição jurídica, por seu turno, não se dirige a quem quer que seja, ou, o que daria no mesmo, dirige-se a todos aqueles cuja conduta é conteúdo da norma, seja por constituir o fato condicionante, seja por constituir a consequência condicionada (cf. *op. cit.* p. 71). Em obra anterior, ele buscou reduzir ao absurdo a construção segundo a qual um mesmo ato pode ser permitido pelo direito civil, embora proibido pelo direito penal, construção que poderia ser considerada pouco satisfatória do ponto de vista do postulado fundamental da unidade da vontade existente em todo o ordenamento jurídico. Isto seria uma prova clara e evidente da implausibilidade da teoria do imperativo, de acordo com a qual o Estado quer a conduta do sujeito com força no direito e a permite, ordena e proíbe, quando, em realidade a ordem jurídica se limita a formular juízos acerca do modo como o Estado deve proceder em determinadas circunstâncias, a atribuir certos efeitos a um fato (cf. KELSEN, Hans. *Problemas capitales de la teoría jurídica del estado: desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica*. Tradução de Wenceslao Roces. Ciudad de México: Porrúa, 1987. p. 559).

somente quando ela se converte em proposição jurídica que acusa a forma fundamental da lei (jurídica). Assim como a lei natural une uma determinada situação de fato como causa a outra como efeito, a lei jurídica conecta uma condição jurídica com a sua consequência – a consequência do antijurídico. Entretanto, na lei natural, o tipo de ligação se dá entre um fato como causa e outro como efeito (princípio da causalidade), ao passo que na lei jurídica se conectam a condição e a consequência jurídicas pelo princípio da imputação, forma esta que é conhecida como a legalidade específica do Direito, que o faz diferir, por exemplo, da Moral¹³. O conceito jurídico de imputação significa a conexão entre os fatos condicionantes e condicionados e se distingue, como relação normativa, do nexos causal que se pressupõe existente dentro do fato condicionante, entre a conduta humana e o resultado danoso. Assim é que a imputação se manifesta em uma relação entre o fato condicionante – que é imputado, – e uma consequência – o ato coativo; pois não se pode determinar que um fato qualquer deva ser imputado, se não constitui a condição de um ato coercitivo¹⁴, até porque, qualquer fenômeno que fuja a esse formato, que não se possa reconduzir à forma típica da norma, não será, propriamente, *jurídico*.

O esforço de Kelsen para reduzir a competência à forma típica de norma jurídica nesta sua fase tem uma grande amostra na sua recusa ao conceito de poder jurídico proposto por Georg Jellinek. Para Jellinek, sempre que ordenamento jurídico atribui competência a um indivíduo, agrega-lhe à capacidade de ação algo que, por natureza, não possui. O mais cabal e discutido exemplo é o do direito ao voto, que somente existe por conta da vontade do ordenamento jurídico, vazada nas normas sobre direito eleitoral¹⁵. Kelsen critica duramente a pretendida “ampliação” da capacidade de ação que a conferência de poder promoveria; aduz que é admissível apenas o reconhecimento de que, em casos que tais, há uma elevação dessa

¹³ Cf. *Idem. La teoría pura del derecho: introducción a la problemática científica del derecho*. 2. ed. Tradução de Jorge G. Tejerina. Buenos Aires: Losada, 1946. p. 47. Esta obra é uma tradução da primeira edição alemã da *Reine Rechtslehre*, publicada pela primeira vez em 1934.

¹⁴ Cf. *Idem. Teoría general del estado*. Tradução de Luis Legaz Lacambra. Barcelona: Labor, 1934. p. 65-66. Na doutrina kelseniana, a imputação a que se fez referência é a chamada imputação periférica, que promove a especial ligação entre dois fatos. Durante muito tempo, Kelsen também deu o nome de imputação à atribuição de uma função, desempenhada por um indivíduo, a uma comunidade (imputação central), mas deixou de chamar esta última operação de imputação, pois “com esta palavra se caracteriza antes de tudo a ligação normativa de dois factos, que é análoga à ligação causal”, razão por que a terminologia restaria insatisfatória e poderia conduzir a mal-entendidos (cf. *Teoria pura do direito*. 3. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1974. p. 213-214, nota 1). Sobre a doutrina da imputação em Kelsen, no geral, cf. PAULSON, Stanley L. Hans Kelsen’s doctrine of imputation. *Ratio juris*, vol. 14, n. 1, 2001. p. 47-63.

¹⁵ Robert Alexy faz uma exposição dessa idéia e a ela adere. Para ele, o reconhecimento de competências expande a margem de ação dos indivíduos, o que significa, se se considerar que o exercício dessas competências não seja obrigatório ou proibido, um aumento da liberdade jurídica, pois a liberdade de realizar um ato jurídico pressupõe necessariamente a competência para fazê-lo (cf. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 238, 246).

capacidade, pois todos os atos para os quais as pessoas podem invocar proteção ou reconhecimento do ordenamento jurídico, todos os atos para cujo cometimento a ordem jurídica outorga um poder, são também possíveis de serem realizados sem qualquer tipo de intervenção jurídica, pois as suas ocorrências são determinadas pelas leis da natureza, que dão o tom das possibilidades naturais da ação humana (por exemplo, a introdução de uma cédula em uma urna é perfeitamente possível sem um poder jurídico específico para isso). A ordem jurídica que outorga um poder se limita a estabelecer os efeitos ligados a esses atos, com a correspondente proteção jurídica significativa de seu reconhecimento. Mas não é por isso que se pode dizer que as normas jurídicas promovem um alargamento da capacidade natural de ação do homem, uma vez que a ordem jurídica entra em ação, única e exclusivamente, quando se trata da imputação dos atos que são possíveis por si, como fenômenos naturais. Deste modo, a afirmação de que se dá uma ampliação da capacidade de ação dos indivíduos que detêm um poder jurídico seria uma ilusão de ótica, semelhante à ilusão de quem confunde uma imagem refletida em um espelho de um objeto real, na crença de que esta imagem vem a multiplicar as coisas corporais existentes¹⁶. Percebe-se a nítida intenção de reduzir a competência jurídica à forma típica, com a imputação de certos fatos condicionantes a conseqüências condicionadas, razão pela qual Carsten Heidemann diz que, nesta concepção de norma, as regras de competência cumpriram um papel de “esquemas” empregados na aplicação da categoria do dever ser¹⁷.

Em sua *Teoria geral do direito e do estado*, Kelsen promoveu uma mudança significativa na forma típica pela qual se deve entender a norma jurídica, para recusar a caracterização da norma como um juízo e entendê-la como um imperativo (ou comando). A contraposição entre norma jurídica (*legal norm/Rechts-Norm*) e regra jurídica (*legal rule/Rechts-Satz*) joga um papel fundamental na alteração do entendimento na doutrina kelseniana. A primeira tem, por essência, o objetivo de estipular como certas coisas devem ocorrer; as normas jurídicas são imperativos hipotéticos, em sentido kantiano, ou comandos, em forma figurada, com os quais o produtor da norma impõe uma sanção, caso se observe a conduta que é a condição para sua aplicação. Aqui, tem-se um ditado de uma autoridade jurídica, e as normas cumprem, destarte, uma função *prescritiva*, que se cumpre por um ato de vontade. A regra jurídica, por seu turno, é a forma pela qual a Ciência do Direito (cujo objeto é o próprio Direito) cumpre o seu fim de descrever o direito de uma comunidade, o material

¹⁶ Cf. *Problemas capitales de la teoría jurídica del estado*: desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica. Tradução de Wenceslao Roces. Ciudad do México: Porrúa, 1987. p. 567-568.

¹⁷ Cf. The creation of normative facts. *Law and philosophy*, vol. 19, 2000, p. 266.

produzido pelas autoridades no processo de produção de normas; tal forma é um juízo hipotético, que conecta certas conseqüências a certas condições. A função cumprida pelas regras de direito é *descritiva*: através delas o cientista do direito descreve as normas jurídicas prolatadas pelas autoridades jurídicas – trata-se de um ato de pensamento. Tais proposições podem ser verdadeiras ou falsas, com base no sistema de normas de um ordenamento jurídico¹⁸.

Nesta nova caracterização da norma jurídica como um comando, Kelsen se põe a diferenciar um comando válido e um inválido. Em crítica a John Austin, para quem um comando é obrigatório sempre que houver uma superioridade de força por parte de quem o dita, Kelsen diz que um comando não é obrigatório porque o seu prolator tenha uma força superior e possa fazer valer a sua vontade por isso; um comando é obrigatório porque o agente que o profere é autorizado ou empoderado pela ordem jurídica, pressupostamente obrigatória, para emitir comandos de natureza obrigatória. Assim, a expressão de uma vontade de alguém sobre a conduta de outrem é um comando válido, ainda que o indivíduo que emite o comando não tenha mais força superior sobre aquele ao qual é dirigido, pois sua força obrigatória é dada apenas pelas condições em que é realizado, o que deixaria claro que a obrigatoriedade é derivada da competência das autoridades para prescrever¹⁹.

Nessa senda, Kelsen passou a reconhecer que a função de comando é uma daquelas que uma norma jurídica pode cumprir. A exposição das funções normativas propostas por Kelsen, com ênfase na função de atribuição de poder, merece uma atenção mais detida.

1.1.2.2 Funções normativas: comandar, permitir, revogar e autorizar. Acepções desta última

Embora não mais entendidas como juízos, conforme ao exposto logo acima, Kelsen tinha consigo a idéia de que as normas jurídicas, que servem à regulação do comportamento dos indivíduos, não cumprem tal finalidade apenas ao impor certa conduta (ou a sua omissão), ou seja, quando a torna o conteúdo de um direito ou de um dever²⁰. A

¹⁸ Cf. *General theory of law and state*. 3. tir. Tradução de Anders Wedberg. Cambridge/Massachusetts: Harvard University Press, 1949. p. 45-46; *Idem*. Professor Stone and the pure theory of law. *Stanford law review*, v. 16, n. 6, jul., 1965, p. 1132-1133, 1136-1137; e *Idem*. *Teoría pura del derecho*: introducción a la ciencia del derecho. Tradução de Moisés Nilve. Buenos Aires: Eudeba, 1960. p. 45-49 (trata-se de uma tradução da edição francesa da *Teoria pura do direito*, publicada, no original, em 1953).

¹⁹ Cf. *General theory of law and state*. 3. tir. Tradução de Anders Wedberg. Cambridge/Massachusetts: Harvard University Press, 1949. p. 30-32.

²⁰ Cf. *Ibidem*. p. 90.

partir da década de 60, Kelsen passa a propor a existência de outras três funções que uma norma jurídica pode cumprir, a saber: permissão, atribuição de poder e revogação²¹.

A função de imposição consiste na prescrição de uma conduta a um indivíduo, em que “conduta” vale tanto para referências a ações, quanto para omissões. Assim, a prescrição da realização de um ato *p* pode-se dizer existente quando uma sanção é imputada à sua omissão. Do contrário, a omissão de *p* é prescrita quando uma sanção é imputada à observância de *p*. Isso significa que “toda imposição de uma conduta é a imposição da omissão dessa conduta, toda imposição de uma determinada conduta é a proibição da omissão dessa conduta.” É importante ressaltar que o ser-imposto de uma conduta se dá por força da imputação de uma sanção à conduta contrária, a um comportamento que “viola” a norma por ser o fato condicionante da própria sanção; uma conduta não é antijurídica se não for imputada a uma penalidade. Esta conexão necessária entre a conduta condicionante e o efeito condicionado é tão importante para Kelsen, que ele chega a afirmar que, se um legislador tentasse proibir o furto sem ligar uma sanção à sua perpetração, não faria algo além de exprimir um “desejo juridicamente irrelevante” com isso²².

A função de permissão assume uma condição peculiar na doutrina kelseniana. Kelsen admite que uma norma cumpra tal papel em apenas uma condição: a de abolir, total ou parcialmente, a validade de uma norma que prescreve alguma conduta. Seria o caso em um ordenamento que proíbe o homicídio, mas no qual também vale uma norma que abole parcialmente a proibitiva nos casos em que se o pratica em legítima defesa. Exerceria a mesma função uma norma que promovesse a *abolitio criminis* com relação ao mesmo crime; a única diferença estaria em que, no último caso, haveria a abolição completa da norma que impõe a omissão da ocisão. Neste sentido, a função de permissão pode ser reduzida à da revogação; todavia, a permissão positiva aqui tem função abolitiva apenas indireta, pois o “ser-permitido” de uma conduta é consequência de que a sua proibição foi abolida, total ou parcialmente. Negativamente, uma conduta pode ser permitida quando não é proibida ou imposta em um dado ordenamento. Contudo, esta permissão negativa não vaza um caso da função de permissão. Uma relação relevante que Kelsen estabelece entre o “ser-imposto” e o “ser-permitido” é que, pela definição das funções que propõe, ele não admite, tomado o mesmo sistema de normas como referência, que uma conduta prescrita seja também permitida. Realmente, se a permissão (positiva) tem a sua essência na eliminação de (pelo

²¹ Há alguma discussão sobre o momento exato em que a função revogatória passou a figurar na obra de Kelsen.

²² Cf. *Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris Editor, 1986. p. 121-123. Um rechaço mais detido à pretensa existência de deveres jurídicos sem sanção está em *Idem. Teoria pura do direito*. 3. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1974. p. 82-88.

menos) uma parcela de uma norma proibitiva, é impossível que possa subsistir o ser-devido desta na parte em que foi revogada pela permissiva. Também não se deve admitir a afirmação segundo a qual uma conduta permitida pode ser imposta, logo porque a mesma norma que impõe uma conduta não pode proibi-la, embora não se deva descartar a possibilidade de duas normas simultaneamente válidas promoverem a imposição e a permissão de uma mesma conduta, situação que recairia nos casos de conflitos normativos²³. Tal observação é especialmente importante por indicar o trato diferenciado que Kelsen dá à competência, sem a confundir com a permissão. E a diferença do regime entre ambas, como preconizado pelo autor referido, dá-se também na relação com a imposição, pois uma conduta para a qual se empodera alguém pode ser imposta ou simplesmente autorizada, como será abordado logo mais.

Outra das funções normativas encontrada na obra kelseniana, pelo menos a partir de 1960²⁴, é a derogatória. Esta é consistente na abolição de uma norma por outra. A norma derogatória não estatui, como devida, uma conduta ou a sua omissão, mas apenas o “não-ser-devido” de uma conduta, pois ela “não diz que sob certas condições deve ocorrer uma determinada conduta; e sim extingue o ser-devido de uma conduta estatuída numa norma até agora válida.” Por ser abolição da validade por uma norma, é feita a distinção entre a derrogação e outros fenômenos jurídicos. Uma norma que traz o término de sua validade pré-fixado, ou que o tem dado por outra norma, não é, propriamente, revogada (imagine-se uma contribuição provisória que deixará de incidir quando chegar ao termo final previsto na lei que a institui). Da mesma forma, quando uma norma deixa de ser eficaz – o que se dá quando não é mais cumprida ou aplicada – ela deixa de ser válida, sem que se fale também aqui em

²³ Cf. *Teoria pura do direito*. 3. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1974. p. 36-37; e *Idem. Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris Editor, 1986. p. 123-127.

²⁴ Curioso observar que, para muitos intérpretes de Kelsen, a função revogatória foi tratada pela primeira vez em um ensaio especificamente dedicado ao assunto (Derogation. In: NEWMAN, Ralph A. (ed.) *Essays in jurisprudence in honor of Roscoe Pound*. Indianápolis/Nova York: Bobbs-Merrill, 1962. p. 339-355), com a posterior incorporação à *Teoria geral das normas*. Nesse sentido, cf. PULIDO, Carlos Bernal. Las normas de competencia en la teoría pura del derecho de Kelsen. In: BORDA, Luis Villar. *Hans Kelsen: 1881-1973*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. p. 98, nota 30). Entretanto, o próprio Kelsen reivindica a aparição da função revogatória em seus escritos já em 1960, na segunda edição de sua *Teoria pura do direito* (cf. *Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris Editor, 1986. p. 395, nota 76). Realmente, Kelsen chega a falar de normas derogatórias em 1960, no âmbito das intituladas normas não-autônomas (cf. *Teoria pura do direito*. 3. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1974. p. 90, local em que afirma: “Assim como uma norma jurídica pode limitar o domínio de validade de uma outra, assim também lhe pode retirar completamente a validade. Também estas normas derogatórias são normas não autônomas que apenas se podem compreender em conexão com outras normas estatuidoras de actos de coerção.”), mas não elenca a função derogatória em outras passagens nas quais enumera as outras três funções, o que faz com cuidado na sua *Teoria geral das normas*.

função derogatória²⁵⁻²⁶.

A última função normativa na obra de Kelsen, e a que mais interessa neste passo, é a de autorizar. A partir da década de 60, a competência toma novos contornos na obra de Kelsen e ganha novos refinamentos até mesmo em obras postumamente publicadas, a ponto de haver motivos para se fundamentar, como será discutido, que ela virou a mais elementar das funções que uma norma pode cumprir. Tal posicionamento da autorização tem por base uma das mais constantes noções que permeiam a teoria jurídica kelseniana: a de que o Direito regula sua própria produção. E se o direito regula sua própria criação, somente os agentes suficientemente autorizados para criar ou aplicar²⁷ as normas jurídicas poderão fazê-lo; fora do poder conferido pelo ordenamento jurídico, todo e qualquer ato será juridicamente irrelevante – a menos que, por exemplo, seja uma conduta que condicione a aplicação de uma sanção, o que não necessariamente ocorre²⁸.

Kelsen distingue algumas acepções da “autorização” e realiza um inventário das noções que a doutrina tradicional maneja como se fossem distintas, mas que cumpririam, todas elas, a mesma função normativa. Na mais ampla das acepções, uma conduta humana – e somente a conduta humana – é autorizada por um ordenamento quando ela se torna o pressuposto direto ou indireto da consequência jurídica, ou quando é a própria conduta que representa a coerção²⁹. Esta concepção é tão larga que inclui também a capacidade ou

²⁵ Não cabe, aqui, entrar no grave questão da relação entre validade e eficácia na doutrina kelseniana. Para o que importa ao que foi dito, cabe relevar os seguintes aspectos do tema no seu último trato: (1) a eficácia é condição necessária, mas não suficiente, da validade de uma norma; (2) perde sua eficácia a norma que deixa de ser aplicada ou obedecida; (3) o uso da *desuetudo* passa a ser separado da derrogação, ao contrário do que havia sido defendido em outros momentos da doutrina de Kelsen. Sobre o tema, em geral, é indispensável a consulta a DIAS, Gabriel Nogueira. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. esp. p. 215-233, 283-291, 315-319, que traz vastas referências bibliográficas.

²⁶ Cf. *Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris Editor, 1986. p. 134 ss.

²⁷ Kelsen utiliza a noção de aplicação de norma para cobrir situações que podem ser divididas em dois grupos: no primeiro, no que se pode chamar de perspectiva interna, a realização do imperativo já é a própria aplicação da norma, com o que se pode cumprir qualquer das funções normativas. Desta feita, o legislador aplica a norma que lhe confere poder ao proferir as leis cuja emissão o ordenamento lhe autoriza; o juiz aplica uma norma quando lança mão do poder conferido a si para ditar normas individuais nos casos que lhe estejam afetados; o órgão de execução também aplica uma norma quando, competente por força de uma decisão judicial, aplica uma sanção em seu cumprimento. No segundo grupo, que pode ser considerado como manifestado desde uma perspectiva externa, a aplicação de uma norma é “o juízo através do qual exprimimos que um indivíduo se conduz ou não se conduz tal como uma norma lhe prescreve ou positivamente consente, ou que ele age ou não age de acordo com o poder ou competência que uma norma lhe atribui.” (cf. *Teoria pura do direito*. 3. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1974. p. 36). A distinção merece ser ressaltada, uma vez que a função de autorizar se perfaz somente nos casos do primeiro grupo

²⁸ Cf. On the basis of legal validity. Tradução de Stanley L. Paulson. *The American journal of jurisprudence*, v. 26, 1981, p. 179-180 (este trabalho foi publicado pela primeira vez em 1960); *Idem. Teoria pura do direito*. 3. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1974. p. 268-269; e *Idem. Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris Editor, 1986. p. 129-130.

²⁹ A inclusão da conduta que representa a coerção no âmbito da função de autorizar foi uma novidade no trato da matéria trazido pela edição da *Teoria pura do direito* de 1960. Ela não estava presente no artigo citado na nota

competência para delinquir (*Deliktsfähigkeit*), o que denota o caráter axiologicamente neutro da conferência de competência nesta acepção, incluídos que estão também os fatos a que o sistema normativo liga uma sanção³⁰. Em sentido mais estrito, fala-se na capacidade de gerar os efeitos jurídicos imputados a certos fatos, excluídos os efeitos consistentes em sanções – conseqüências dos atos antijurídicos. Tem-se, aqui, a capacidade de exercício (*Handlungsfähigkeit*), a qual corresponde, em grande medida, à capacidade negocial (*Geschäftsfähigkeit*); entretanto, a *Handlungsfähigkeit* também engloba a capacidade de intervir na produção de uma norma jurídica individual, através da ação e do recurso – a capacidade processual (*Prozeßfähigkeit*) – e a capacidade de cumprir deveres jurídicos (*Fähigkeit Rechtspflichte zu erfüllen*) ou, o que é dizer o mesmo, de evitar a sanção, considerado o dever jurídico como um efeito normativo. Já com um sentido diferente, a doutrina utiliza o termo competência (*Kompetenz* ou *Züstantigkeit*) para indicar o exercício de certos poderes, como função jurídica, para o poder que têm os legisladores de criar normas gerais, assim como aquele de que os magistrados e as autoridades executivas são titulares para a produção e execução de normas jurídicas individuais. O último uso exclui, portanto, o poder conferido à “pessoa privada” de produzir normas, sejam gerais, sejam individuais, consistente nos chamados direitos subjetivos civis e políticos (poder que Kelsen intitula *Rechtsmacht*)³¹. Ao terminar todo esse catálogo de usos que se podem encartar na função de autorizar, Kelsen tece uma importante crítica:

Na medida em que seja tomada como em conta a função que consiste no exercício do poder jurídico conferido pela ordem jurídica, esta limitação do conceito de competência não se justifica. A capacidade negocial e o direito subjectivo – privado ou político – de um indivíduo são a sua <<competência>> no mesmo sentido em que

anterior, o que ajuda a demonstrar que Kelsen buscava o ajuste ideal das funções normativas em sua teoria jurídica nos últimos anos de sua carreira.

³⁰ Já na década de 40, Kelsen admitia essa acepção mais ampla de competência e chegou a afirmar que todo indivíduo tinha a sua *jurisdiction*, como capacidade para cometer um ato (ou omiti-lo) que a ordem jurídica tenha determinado como seu. Nisto residira a “essência” do conceito de competência, e tal conceito é utilizado quando se diz que somente certos indivíduos podem cometer delitos. Uma das questões que mais conseguiu movimentar a doutrina especializada é exatamente sobre a inclusão do cometimento de crimes nos casos de exercício de competência. A maioria dos doutrinadores tende a negar a viabilidade ou a conveniência disso, e alguns chegam mesmo a sugerir alguns fatores adicionais para caracterizar o exercício de uma competência, a ponto de excluir a *Deliktsfähigkeit*. Sobre isso, cf., por todos, RAZ, Joseph. Voluntary obligations and normative powers. *Proceedings of the aristotelian society (supplementary volumes)*. vol. 46, 1972. p. 93 ss.; MACCORMICK, Neil. Powers and power-conferring rules. In: _____. *H. L. A. Hart*. 2. ed. Stanford: Stanford University Press, 2008. p. 96 ss.; SPAAK, Torben. *The concept of legal competence: an essay in conceptual analysis*. Tradução de Robert Carrol. Brookfield: Dartmouth, 1994. 17-19. Como o objetivo a ser buscado, repita-se, é uma noção que sirva para o manejo da problemática do controlo judicial das omissões legislativas, pode-se passar ao largo desta discussão.

³¹ Cf. *Teoria pura do direito*. 3. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1974. p. 208-213. Os termos alemães apresentados entre parênteses foram conferidos em *Reine Rechtslehre*. 2. ed. reimp. Wien: Österreichische Staatsdruckerei, 1992. p. 150-154. Um apanhado semelhante dos termos que Kelsen dá como abrangidos pela função de autorização pode ser visto em BULYGIN, Eugenio. On norms of competence. *Law and philosophy*, vol. 11, n. 3, 1992. p. 202.

o é a capacidade de certos indivíduos de fazer leis, proferir decisões judiciais ou tomar resoluções administrativas. A terminologia tradicional encobre o parentesco essencial que existe entre todas as funções que exercitam este poder jurídico, em vez de o pôr em evidência.³²

Esta, seguramente, é uma das grandes contribuições que podem ser extraídas da doutrina kelseniana sobre as normas de competência. O “parentesco essencial” a que ele se refere é a chave para uma melhor compreensão de certas inovações no âmbito dos vários ordenamentos jurídicos. Separar todos esses fenômenos como coisas diversas pode estarrecer a doutrina na hora de resolver problemas com situações jurídicas que se encontrem a meio caminho de duas (ou mais) das que foram elencadas por Kelsen. Talvez o exemplo mais significativo na história recente do Direito tenha-se dado quando certas limitações, tradicionalmente impostas somente ao exercício de competências de órgãos do Estado, passaram a ser impostas também às competências dos indivíduos nas suas “relações privadas”, o que gerou a perplexidade e (a conseqüente) resistência de diversos setores aferrados à compartimentalização de todas essas noções, com seus regimes próprios pretensamente intocáveis. O tema ainda será retomado. O mais importante, por ora, é chegar à mais relevante relação que Kelsen estabelece entre a autorização e imposição, fundamental no aparato teórico para o problema do controle do exercício de competências – o que é utilíssimo na discussão do ataque em sede jurisdicional das omissões legislativas.

Kelsen é enfático na pretensão de formular sua função de autorização de modo a torná-la independente da permissão e da imposição. Autorizar pode implicar a imposição de uma conduta. Como a sua *Ermächtigung* consiste na conferência a uma pessoa do poder de estabelecer e aplicar normas, o resultado do exercício desse poder pode consistir na (1) produção de uma norma (ou, pelo menos, na intervenção no processo de formação desta) e no (2) cometimento de atos coercitivos, mediante os quais as conseqüências condicionadas são efetivamente imputadas, por ter acontecido o evento que lhes condicionava.

No caso 1, autorização implica imposição para os indivíduos que estarão submetidos às normas que foram produzidas. Kelsen exemplifica com o caso da competência do legislador, conferida por uma Constituição, para estabelecer normas obrigatórias para os súditos. A norma que atribui tal autorização ao legislador faz o cumprimento das normas produzidas de acordo com as disposições constitucionais obrigatórias para os súditos por autorizar a imputação de sanções às condutas que contrariem as leis, ou seja, que as violem, de sorte tal que a Constituição vincula, indiretamente, os destinatários dessas prescrições. Em

³² *Teoria pura do direito*. 3. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1974. p. 212-213.

suma: a norma que empodera o legislador dessa forma cumpre duas funções: a de autorização, relacionada ao próprio legislador; e a de imposição, em relação a quem, em termos kelsenianos, está inserto no âmbito pessoal das normas emitidas pelo legislador³³. Uma vez admitida a possibilidade de uma norma cumprir as duas funções normativas citadas, Jordi Ferrer, apoiado na interpretação de Michael Hartney, distingue três possibilidades de uma norma que impõe uma conduta também conferir um poder:

- a) se *A* ordena a *B* criar normas prescritivas para *C* (desde que *A* tenha a competência para tanto), *B* adquire o poder para emitir as normas em questão;
- b) se *A* obriga *C* a obedecer a *B* (dada que seja a competência de *A* para dirigir normas prescritivas a *C*, *B* adquire o poder para emitir normas obrigatórias para *C*); e
- c) se *A* prescreve a *B* algo (considerando que *A* tenha competência para tanto), qualquer órgão resta autorizado a ditar normas prescritivas dirigidas a *B*, sempre que seu conteúdo possa ser subsumido ao da primeira norma³⁴.

No caso 2, autorização não implica imposição, e este é um ponto muito importante na teoria do Direito kelseniana. Em diversas de suas passagens, Kelsen faz questão de enfatizar que uma conduta consistente na aplicação de uma sanção, autorizada por uma norma que confere poder, não necessariamente é também devida. Subjacente a esta

³³ Cf. *Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris Editor, 1986. p. 131-133.

³⁴ Cf. BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Sobre el carácter de las normas de competencia*. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito – Universidade Pompeu Fabra. Barcelona, 1997. p. 77-79. Disponível em <http://www.tdx.cat/handle/10803/7312;jsessionid=F19CE4A55A5F6BE6ADCB90D5F40D7989.tdx1#document.s>. Acesso em 21/08/2011. Com isso, Jordi Ferrer sugere a seguinte relação entre competência e normas de competência: a existência das normas de competência é condição suficiente, mas não necessária, para a aquisição de um poder por parte de um agente, pois também uma norma de imposição pode, indiretamente, cumprir esse papel. Em primeiro lugar, não é conveniente dizer que existe uma norma de competência apenas quando há a concessão de um poder para criar normas, ainda que essa norma cumpra também a função de prescrever. Argumentar nesse sentido leva à conclusão de que a função direta de uma norma se dá pela sua formulação verbal, pois não há diferença alguma em se conferir um poder de criar normas com um texto que expresse a atribuição de poder ou a determinação da obediência a quem se tornará competente para estabelecer normas. Em segundo lugar, deve ser dito que a hipótese *C* traz um modelo aparentemente estranho de se conferir competência. Kelsen, no capítulo 59 de sua *Teoria geral das normas*, em que Ferrer se baseia, traça apenas dois casos em que o titular de uma competência não é individualmente representado. Em um, há a determinação geral do órgão autorizado, como no caso em que uma norma fica o “chefe de um Estado” para fixar normas obrigatórias para todos os membros do Estado que chefia. Logo, quem quer que assuma a condição de chefe do Estado, estará autorizado a emitir tais normas. A outra hipótese é no que Kelsen chama de “correspondência no conteúdo entre norma superior e norma inferior”. Aqui, há uma norma superior que traça uma conduta, do tipo “todos os indivíduos devem cumprir as promessas feitas a outras pessoas”, e uma norma inferior, cujo conteúdo se subsume no da superior, como “Mayer deve cumprir a promessa feita ao Schulze de pagar-lhe 1000” (cf. *Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris Editor, 1986. p. 332-336, 341-342). Deve-se salientar que esses casos de correspondência apenas de conteúdo são, atualmente, cerebrinos, pois não há atribuição de poder de forma tão indiscriminada nos ordenamentos jurídicos modernos, em que os órgãos cujas condutas se tornam autorizadas e a maneira pela qual as sanções devem ser aplicadas (e as próprias normas individuais produzidas) vêm cravadas de uma série de limitações.

observação, está uma doutrina relativa à vinculação dos sujeitos jurídicos às normas que contraria o teorizado em uma parcela significativa de sua obra. Desde o início, Kelsen sempre defendeu uma concepção de vinculação forte das normas jurídicas, as quais seriam obrigatórias para os seus destinatários³⁵. Esta concepção reflete, de maneira muito especial, a identificação da validade como obrigatoriedade³⁶⁻³⁷. Contudo, no início da década de 1960, parece ter ficado claro que a normatividade forte seria incompatível com a tese positivista de Kelsen, segundo a qual “todo o direito é positivo e exclusivamente positivo, *secundum non datur*”, mesmo com todos os refinamentos que foram experimentados até a esta fase. Como observou Gabriel Dias, a normatividade forte impõe um custo extremamente alto para os parâmetros metodológicos do positivismo jurídico kelseniano, preço que Kelsen não está disposto a pagar. Esta razão, embora não o leve a descartar por completo a noção da validade como obrigatoriedade, levou-o nessa direção, pois a concepção da norma fundamental como ficção³⁸ faz com que uma justificativa séria da normatividade forte do direito pareça extremamente duvidosa, razão por que Kelsen parece admitir a inutilidade ou a impossibilidade de uma explicação científica da obrigatoriedade das normas jurídicas para os seus destinatários, pelo menos sem que isso implique um comprometimento do seu projeto juspositivista³⁹.

O reconhecimento de que a imposição dos atos de coerção autorizados pelo ordenamento é somente contingente afasta a teoria jurídica kelseniana do reconhecimento da obrigatoriedade das normas jurídicas. Assim, em última instância, um órgão jurídico será apenas autorizado a aplicar uma sanção nos casos em que a situação fática que a condiciona se der; nos outros casos, haverá uma imposição com relação à sanção a ser aplicada se, e somente se, houver atribuição de um poder consistente na aplicação de outra sanção

³⁵ Sobre o destinatário da norma para Kelsen, é valiosa a classificação de Stanley Paulson relativa à forma ideal da norma jurídica na obra kelseniana.

³⁶ São diversas as passagens em que tal doutrina aparece. Por exemplo, em seus *Problemas fundamentais da teoria do direito público*, lê-se o seguinte: “A esto [distinção entre regras jurídicas, sem força vinculante, e normas jurídicas, com tal força] hay que objetar, en primer lugar, que la distinción entre regla jurídica y norma jurídica sin fuerza de obligar representa una *contraditio in adjecto*. El carácter de obrigatoriedad le da el adjetivo *jurídica*, no el sustantivo “norma” o “regla”. Norma jurídica y regla jurídica son, en realidad, expresiones sinónimas, cuyo sentido es, en ambos casos, el de un precepto obligatorio.” (cf. KELSEN, Hans. *Problemas capitales de la teoría jurídica del estado*: desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica. Traducción de Wenceslao Roces. Ciudad de México: Porrúa, 1987. p. 363).

³⁷ Esta doutrina gerou diversas críticas, como a de Alf Ross, para quem Kelsen seria um “quase-positivista” (cf. *Validity and the conflict between positivism and natural law*. In: PAULSON, Stanley L.; e PAULSON, Bonnie Litschewski (ed.) *Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes*. Oxford: Oxford University Press, 1998. p. 159 ss.).

³⁸ Kelsen fala sobre a norma fundamental como ficção, última de suas propostas para a *Grundnorm*, em *Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris Editor, 1986. p. 323 ss.

³⁹ Cf. DIAS, Gabriel Nogueira. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 344-345.

“garantidora” da primeira ação, caso ela não se realize – a norma que atribui esta competência cumpre uma função também prescritiva⁴⁰. Essa é a base do que se chama normatividade fraca, no âmbito da qual toda a discussão sobre a obrigatoriedade da ordem jurídica é estrategicamente omitida, com o órgão jurídico responsável pela aplicação da sanção no posto principal da proposição jurídica⁴¹. Assim, o que difere uma vinculação fraca de uma vinculação forte é o mero fato de haver uma autorização adicional, que faz com que uma conduta autorizada a um órgão jurídico seja também o objeto de uma norma que cumpre a função impositiva no âmbito de um mesmo ordenamento.

A normatividade fraca conta com amplo apoio textual nos escritos de Hans Kelsen, a ponto de se poder afirmar que é a preponderante. Além disso, é a que parece permitir a Kelsen “selar as pazes entre o seu projeto juspositivista e a estrutura da sua teoria geral do direito”⁴², o que ele mesmo deve ter percebido ao invocá-la tantas vezes na sua fase tardia. Entretanto, há razões fortes, aliadas ao fato de ele não ter abandonado completamente a noção de validade como obrigatoriedade, para não se desprezar a normatividade forte na sua teoria jurídica⁴³. Esta é uma questão que, seguramente, restará em aberto por muito tempo, não sendo realmente sem fundamento as teses conciliatórias que apontam para uma presença de ambas no pensamento kelseniano, como “infra-estrutura” teórica para distintos problemas enfrentados. É possível, ainda que um estudo mais detido sobre como Kelsen aproveitava partes de trabalhos anteriores (ou manuscritos mais antigos, ainda não publicados) em seus trabalhos posteriores seja capaz de esclarecer algum tópico. Seja como for, o mais importante

⁴⁰ “Podemos, portanto, ser juridicamente obrigados a fazer ou a omitir algo; mas apenas nos pode ser conferido poder ou competência para fazer algo. O que sucede, porém, é que podemos ser juridicamente obrigados a fazer uso de uma competência: uma acção para a qual a ordem jurídica atribui competência a um indivíduo pode, ao mesmo tempo, ser prescrita ou ordenada, isto é, pode ser tornada conteúdo do seu dever”, diz Kelsen. Prossegue, ainda na mesma página: “A este respeito recorde-se uma vez mais que, se a proposição jurídica é formulada com sentido de que, sob determinadas condições ou pressupostos, deve intervir um determinado acto de coacção, a palavra <<deve>> nada diz sobre a questão de saber se a aplicação do acto coercitivo constitui conteúdo de um dever jurídico, de uma permissão positiva ou de uma atribuição de competência (autorização), antes, as três hipóteses são igualmente abrangidas.” (*Teoria pura do direito*. 3. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1974. p. 175-176). Em uma passagem especialmente interessante para o presente trabalho, Kelsen reafirma que uma aplicação de sanção pode ser apenas autorizada, sem o ser também imposta, e fala o seguinte: “Para o estabelecimento de normas gerais, o órgão legislativo é autorizado pela Constituição; mas o estabelecimento de normas jurídicas gerais – em regra – não lhe é imposto. Se o órgão legislativo não faz uso da autorização a ele dada não comete nenhuma infringência ao direito.” (*Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris Editor, 1986. p. 130).

⁴¹ A distinção entre normatividade forte e normatividade fraca utilizada no texto segue, no geral, a proposta de Stanley Paulson (*strong/weak reading of authority*). Cf. An empowerment theory of legal norms. *Ratio juris*, vol. 1, n. 1, 1988. p. 58-72; *Idem*. The weak reading of authority in Hans Kelsen’s pure theory of law. *Law and philosophy*, vol. 19, 2000. p. 131-171.

⁴² DIAS, Gabriel Nogueira. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito*: na obra de Hans Kelsen. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 349.

⁴³ Sobre isso, cf. PAULSON, Stanley L. The weak reading of authority in Hans Kelsen’s pure theory of law. *Law and philosophy*, vol. 19, 2000. p. 155-168, que traz amplas referências textuais.

é ter a noção de que Kelsen pode simplesmente não ter empregado algumas noções com o rigor que seria desejável, para não serem manifestadas conclusões sobre passagens isoladas e parciais.

1.1.3 Competência jurídica na obra de Alf Ross

Alf Ross foi outro grande jurista do século XX a tratar da matéria sob consideração. O tema ocupa um espaço considerável em diversos dos seus escritos, inclusive em suas obras mais divulgadas, e as suas considerações têm um grande interesse para o assentamento de noções teóricas relevantes para o trabalho buscado neste capítulo. É recomendável que alguns fundamentos do pensamento de Alf Ross sejam expostos, ainda que de maneira muito sucinta, para um melhor enquadramento de suas idéias sobre a competência jurídica.

Ross, para explicar o que entende por uma ordem jurídica nacional e que tipos de normas a compõem, parte de uma hipótese de trabalho: as normas jurídicas servem como esquemas de interpretação para um conjunto de atos sociais (direito em ação), de forma tal que se torne viável a compreensão desse conjunto como um todo coerente de significado e motivação, bem como a predição de tais atos, dentro de certo limites. Essa atitude se funda no fato de que as normas são efetivamente obedecidas e sentidas como socialmente obrigatórias.

Sobre o que entende por ordem jurídica nacional, Alf Ross leciona que não há grandes problemas para se delimitar uma classe de normas individuais, tal como o “direito brasileiro” ou o “direito argentino”, já que, para identificar essas ordens normativas, não há a necessidade de se saber que elementos devem estar presentes para se poder afirmar a pertinência a um mesmo gênero “direito”. A propósito, a filosofia do direito não se ocupa com o problema da definição de “direito” – ela tem como objeto o estudo dos conceitos fundamentais que a dogmática jurídica pressupõe⁴⁴. Ross identifica (e critica) uma crença, corrente na doutrina, de acordo com a qual a delimitação do objeto de estudo do jurista deve ser precedida de uma definição do conceito de direito: tal erro se teria produzido porque não se entende que o direito nacional é um todo individual coerente e que a sua coerência de significado determina o que é comum a uma classe de normas individuais. Deste modo, a menos que haja alguma conveniência, não há interesse algum sobre o conceito de direito. Todas as discussões filosóficas sobre a natureza do direito estão baseadas em outra grande

⁴⁴ “La tarea de la filosofía jurídica se reduce a revisar y a refinar los conceptos tradicionales”, afirmou ele em *Sobre el derecho y la justicia*. 4. ed. Tradução de Genaro Carrió. Buenos Ayres: Eudeba, 1977. p. 198.

crença: a de que o direito deriva sua validade de idéias *a priori*, e que a definição de direito é decisiva para outorgar a um conjunto de normas o “título honorífico” de direito. Que uma ordem que prevalece em certo local seja reputada “jurídica” é fruto de uma decisão arbitrária⁴⁵.

Considerado que o direito nacional se distingue por sua “coerência interna”, resta aberta questão sobre o significado disso. Ross fala que o significado da coerência interna que faz com que um direito nacional se diferencie é o fato de as suas normas terem por referência ações e pessoas definidas. Como as normas jurídicas promovem a disciplina do uso da força, elas devem lidar com ações e os agentes envolvidos no emprego da força, ações monopolizadas pelas autoridades públicas, é dizer: todas elas são, direta ou indiretamente, dirigidas aos juízes. Ele empresta ênfase, em diversos trabalhos, ao fato de que o mais relevante é a direção do trabalho das autoridades públicas responsáveis pelo manejo da força; dadas as diretivas às autoridades sobre como devem desempenhar a sua atividade, qualquer informação adicional ao cidadão sobre como se deve portar é supérflua. Se uma medida legislativa não trazer diretivas para os tribunais, somente se a pode considerar um pronunciamento moral-ideológico, sem relevância jurídica. A diretiva ao particular deve reputar-se implícita por conta do conhecimento que tem das reações que pode esperar, em certas condições, dos tribunais⁴⁶. Por exemplo, as normas de direito criminal já estariam redigidas com base nas regras que determinam o comportamento dos magistrados, pois não dizem que é proibido o homicídio, mas apenas diz ao juiz qual há-de ser a sua sentença em um caso dessa natureza⁴⁷.

As normas jurídicas, de acordo com o seu conteúdo imediato, podem ser divididas

⁴⁵ Cf. a obra por último citada, às páginas 18, 29-31.

⁴⁶ Ross fala na existência de regras primárias (ou direito material), que são aquelas que indicam como os cidadãos se devem portar. Mas, somente com essas regras, não é possível prever como os juízes se comportarão quando elas forem descumpridas. Há a necessidade das regras secundárias (ou direito das sanções), para especificar que sanções poderão ser aplicadas no caso de violação das regras primárias. As regras secundárias são dirigidas aos juízes. A partir disso, ele conclui que, do ponto de vista lógico, existe apenas um conjunto de regras, o das regras secundárias, pois não há direito material que não esteja implícito no direito das sanções. Contudo, do ponto de vista psicológico, existe também o direito material, pois as suas normas são também válidas, considerado o detalhe de que Ross apenas considera uma norma existente quando ela é regularmente observada e sentida como obrigatória. Neste sentido, as normas primárias são sentidas como uma entidades independentes da reação das autoridades, o que faz com que exerçam uma força moral própria sobre os cidadãos, diferente do temor às sanções. (cf. *Directives and norms*. London/New York: Routledge & Kegan Paul, 1968. p. 91-92). Acerca da necessidade de uma norma dirigida aos tribunais trazer uma sanção, ele é incisivo: as orações em que se encontram as regras jurídicas só podem ser diretivas (isto é, expressões sem significado representativo usadas com o propósito de exercer influência), pois as leis não devem servir à comunicação de verdades teóricas, mas para dirigir o comportamento dos homens; um parlamento não é uma oficina de informações, mas um órgão central de direção social (cf. *Sobre el derecho y la justicia*. 4. ed. Tradução de Genaro Carrió. Buenos Ayres: Eudeba, 1977. p. 8).

⁴⁷ Cf. *Sobre el derecho y la justicia*. 4. ed. Tradução de Genaro Carrió. Buenos Ayres: Eudeba, 1977. p. 31-33.

em dois grupos: normas de conduta e normas de competência. As normas de conduta prescrevem uma linha de ação; as de competência conferem competência a alguém, além de dispor que

Las normas que se creen de conformidad con un modo establecido de procedimiento serán consideradas normas de conducta. Una norma de competencia es, así, una norma de conducta indirectamente expresada. Las normas de la Constitución referentes a la legislatura, por ejemplo, son normas de conducta que sean sancionadas por vía legislativa.⁴⁸

A passagem acima transcrita é muito importante para a teoria de Ross, pois aparece a formulação de que as normas que conferem competência podem ser reconduzidas às normas que lançam diretivas. Com base na mesma passagem, Jordi Ferrer visualiza duas versões distintas das normas que conferem competência: (1) as normas de competência são as que prescrevem aos tribunais considerar as diretivas criadas de acordo com certo procedimento como normas de conduta; (2) as normas de competência são normas de conduta que prescrevem o comportamento conforme às ulteriores normas, ditadas pelo modo indicado nas primeiras. Jordi Ferrer diz que, de acordo com a versão 1, a norma de competência receberá acatamento somente se os juízes considerarem como válidas as normas de conduta proferidas de acordo com a primeira. Na versão 2, as normas de competência seriam cumpridas quando as normas de conduta produzidas nos lindes trazidos por aquelas sejam efetivamente cumpridas. Ferrer aduz que a primeira versão é inconsistente com a doutrina rossiana, pois a conduta comandada seria uma atitude psicológica (considerar válida uma norma). A segunda versão enfrentaria os problemas típicos dos modelos de norma de competência como uma obrigação indireta⁴⁹. Todavia, há motivos para rechaçar a interpretação feita pelo professor citado à passagem transcrita há pouco e entender que somente uma versão das normas de competência é ali manejada. Mais: pode-se justificar a crença em que Ross não pretendia pôr a questão em termos de “cumprimento de normas de competência *se* cumpridas as normas de conduta” para as quais se concede competência, pois, já no seu *Sobre o direito e a justiça*, ele dá fortes indícios de que o cumprimento de uma norma de competência não depende do cumprimento efetivo – muito menos da consideração como válidas – das normas primárias, emitidas em atendimento aos parâmetros debuxados pela norma de competência.

Em primeiro lugar, que seja revista a interpretação segundo a qual há duas

⁴⁸ *Sobre el derecho y la justicia*. 4. ed. Tradução de Genaro Carrió. Buenos Ayres: Eudeba, 1977. p. 32.

⁴⁹ Cf. BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Sobre el carácter de las normas de competencia*. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito – Universidade Pompeu Fabra. Barcelona, 1997. p. 203-207. Disponível em <http://www.tdx.cat/handle/10803/7312?jsessionid=F19CE4A55A5F6BE6ADCB90D5F40D7989.tdx1#document.s>. Acesso em .

abordagens para as normas de competência no excerto acima colacionado. Quando se afirma que as normas criadas de acordo com o procedimento estabelecido serão consideradas normas de conduta, deve ficar claro que tal procedimento é estabelecido exatamente por norma de competência; logo, não há motivo para falar que existe um “cumprimento” da norma que confere poder que seja o mesmo que considerar válida uma norma de conduta, ou mesmo que cumprir uma norma de conduta. O que pode causar estranheza (e levar às duas versões vislumbradas por Ferrer) é o uso da expressão “considerar válida”. Contudo, quando se lembra de que, para Ross, uma norma jurídica é válida quando é geralmente observada e *sentida como obrigatória*, a inclusão da “consideração como válida” deixa de ser problemática, e se torna possível compreender o trecho como indicativo de que o exercício de um poder cria normas de condutas obrigatórias. Assim, não haveria mais duas versões. E a interpretação de Ferrer ainda pode ser criticada em outra frente: ele iguala o cumprimento de normas de competência ao cumprimento das normas de conduta. Embora Ross insista, no *Sobre o direito e a justiça*, com que as normas de competência sejam diretivas aos tribunais, indiretamente formuladas, tal forma de expressão não pode ser entendida como uma igualação dos dois tipos de norma em relação ao seu cumprimento. Isso fica patente quando ele explica, de maneira exemplificativa, a maneira pela qual se pode fazer a verificação de proposições jurídicas acerca de normas de competência: o conteúdo do enunciado que diz que as regras relativas ao Poder Legislativo são direito vigente é uma predição de que os tribunais aplicarão as normas produzidas no âmbito da competência do legislador. Mas ele adverte: isso só é possível se as normas de competência tiverem como efeito a anulabilidade, ou seja, se os tribunais puderem deixar de aplicar normas que não tenham sido criadas de acordo com o poder conferido⁵⁰. Haveria também a possibilidade de responsabilização do agente que usasse a competência conferida em excesso. Fora destas hipóteses, as normas de competência não seriam normas de conduta indiretamente formuladas e, portanto, não poderiam ter a existência dos enunciados a si relacionados verificada⁵¹. Com isso, conclui-se que os poderes podem ser usados ou não, e que os seus usos se consumam quando há a produção de normas jurídicas, obrigatórias. Destarte, o uso de uma competência não se condiciona ao cumprimento de uma norma de conduta produzida de acordo com ele. *A verdade de um enunciado de acordo com o qual uma norma de competência é vigente é que ficaria condicionada à observância habitual e*

⁵⁰ Apesar de, no restante do trabalho, competência e poder jurídicos tenham tratamento de sinônimos, na exposição do pensamento de Ross será respeitada a relação que ele estabelece entre ambos: poder é um gênero, do qual competência é espécie. A distinção será esclarecida na seqüência do texto. Contudo, isso não impede que seja feita referência a *poder* com a intenção de mencionar o que Ross intitulou *competência*, sobretudo quando o contexto indicar que esse é o caso, pois ele considera toda competência um poder.

⁵¹ Cf. *Sobre el derecho y la justicia*. 4. ed. Tradução de Genaro Carrió. Buenos Ayres: Eudeba, 1977. p. 50-51.

ao sentimento de obrigatoriedade das ulteriores normas de conduta em relação aos seus destinatários (os juízes). Ferrer parece ter confundido normas jurídicas e enunciados sobre normas jurídicas, duas coisas entre as quais Ross promove uma distinção clara: normas jurídicas são diretivas; as proposições doutrinárias são asserções, com as quais se pode dizer algo sobre a vigência de uma norma. Tais asserções podem-se mostrar verdadeiras ou falsas⁵².

Em resumo: neste passo, deve-se entender que Ross propôs que as normas de competência atribuem o poder para a emanção de normas de conduta, e esta competência obriga os destinatários das normas de conduta que venham a ser produzidas a obedecê-las; como é exatamente o poder atribuído pela primeira norma que determina como as últimas devem ser produzidas, as normas de competência são consideradas como normas de conduta indiretamente formuladas. É dizer: *as normas de competência não se confundem com as normas de conduta*; dizer que se trata de uma norma de conduta indiretamente formulada não significa que as normas de competência sejam as próprias obrigações oriundas das normas de conduta que venham a ser expedidas. Ainda será explicado como esta interpretação é compatível com o que Ross escreveu em outras obras.

Para Ross, todo exercício de poder produz um ato jurídico (*act-in-the-law*), que é um pronunciamento lingüístico que, como regra, resulta em conseqüências jurídicas, de acordo com seu conteúdo. Como exemplos, podem ser citados um testamento, uma promessa, um ato administrativo etc. Da mesma forma que todo exercício de poder resulta em um ato jurídico, todo ato jurídico é exercício de um poder⁵³. É importante notar que Ross sempre teorizou a existência de uma cadeia de normas, na qual um agente competente tem a seu poder conferido por outro, e assim sucessivamente, até que se chega à norma básica de um sistema jurídico, que constitui a competência de sua mais alta autoridade⁵⁴. A competência é a

⁵² Cf. a obra por último citada, às páginas 38-39.

⁵³ Boa parte da doutrina especializada discorda de que todo ato jurídico seja o exercício de um poder conferido por um ordenamento jurídico. Dentre outros, Joseph Raz entende que um poder jurídico pode existir ainda que não haja sido conferido por uma norma, desde que ele seja reconhecido pelo ordenamento. Quando o exercício de um poder reconhecido pelo ordenamento não puder ser guiado por uma norma, ele deve ser considerado como não-conferido (cf. *Voluntary obligations and normative powers. Proceedings of the aristotelian society (supplementary volumes)*, vol. 46, 1972. p.83-85). Entre os exemplos que Raz elenca, constam os poderes do soberano teorizado por John Austin, que eram ilimitados.

⁵⁴ Exatamente por admitir que a norma básica de um sistema estatua os poderes da sua mais alta autoridade, a teoria de Ross não pode admitir que existam atos jurídicos reconhecidos pelo ordenamento sem serem também constituídos por ele (cf. nota anterior). Embora seja constante a caracterização da norma básica como a que constitui a mais alta autoridade (ou um conjunto de autoridades mais elevadas, em coordenação), a norma básica assume, aparentemente, pelo menos duas formas ao longo de sua obra: como uma norma pressuposta (cf. *Sobre el derecho y la justicia*. 4. ed. Tradução de Genaro Carrió. Buenos Ayres: Eudeba, 1977. p. 78) e como direito implícito ou costumeiro (cf. *Directives and norms*. London/New York: Routledge & Kegan Paul, 1968. p. 96). Maiores considerações sobre essas duas construções da norma básica não importam para o trabalho, pois o relevante é que elas são sempre constitutivas da mais alta autoridade.

habilidade juridicamente conferida para criar normas ou efeitos jurídicos. Nesse sentido, a competência é uma espécie de poder, e um poder existe sempre que uma pessoa tem a capacidade de, através de seus atos, produzir efeitos jurídicos desejados. A norma que estabelece uma competência põe as condições para o exercício dessa habilidade (e para a conseqüente criação de normas ou efeitos jurídicos). Estas condições são de três ordens: (1) referentes ao sujeito que exercita a competência (competência pessoal); (2) referentes ao procedimento e a outras condições relativas à gênese do ato (competência formal); (3) relativas ao conteúdo do ato, que travejam a norma a ser criada com relação ao seu tema, ao seu sujeito, e à sua situação⁵⁵ (competência material)⁵⁶.

Um dos mais relevantes pontos no trato de Ross sobre a competência jurídica é a distinção fundamental que ele vislumbra, com relação ao seu conteúdo e ao propósito (finalidade) social que persiga no seio de uma comunidade. Neste aspecto, a competência pode ser dividida em *pública* e *privada*. A primeira está vinculada às autoridades públicas, enquanto a segunda diz respeito ao âmbito que se intitula autonomia privada.

Os poderes que constituem a autonomia privada (competência privada) são conferidos a todas as pessoas adultas normais. Estes poderes estão limitados à capacidade de contrair obrigações e dispor dos próprios direitos. O exercício de tais poderes vincula apenas o próprio detentor da competência, como regra, sem vincular outras pessoas alheias à decisão de exercê-lo. É possível que duas ou mais pessoas resolvam, coordenadamente, “legislar” por contrato suas relações mútuas do jeito que desejarem. Os poderes da autonomia privada são

⁵⁵ Sujeito, situação e tema são os famosos elementos utilizados por Ross para promover a representação de uma conduta comandada por uma norma. O sujeito diz com o agente de quem se é de esperar o comportamento conforme à norma. A situação se refere às condições em que a conduta deve-se dar. O tema é o elemento que tem a função de indicar como o sujeito deve agir na situação indicada (cf. *Directives and norms*. London/New York: Routledge & Kegan Paul, 1968. p. 107).

⁵⁶ Ainda que, em algumas passagens, tenha-se a impressão de que Alf Ross considerava a existência de várias normas de competência (norma de competência pessoal, norma de competência material e norma de competência procedimental para constituir o mesmo poder), ele geralmente se referia às condições para a produção de um ato jurídico, o que leva à conclusão de que ele defenderia que a individuação da norma de competência se dá pela conjunção de todos esses fatores, não pela presença de apenas um deles. É importante deixar consignado que muitos autores defendem que a norma de competência diz respeito apenas a alguns desses elementos, não a todos eles. Assim, Ricardo Guastini fala em “normas sobre a produção jurídica”, que contaria com cinco sub-classes: normas que conferem poder (em sentido estrito), normas procedimentais, normas que circunscrevem o âmbito do poder definido, normas que reservam uma determinada matéria a uma certa fonte e normas relativas ao conteúdo da normação futura (cf. GUASTINI, Ricardo. En torno a las normas de producción jurídica. *Boletín mexicano de derecho comparado*, n. 89, mai./ago., 1997. p. 549-550. Disponível em <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/89/art/art9.htm>. Acesso em). Albert Calsamiglia sugere que a confusão doutrinária sobre a natureza das normas de competência tem sua causa na pressuposição de que existe uma estrutura unitária dessas normas, o que ele denomina “essencialismo”. Calsamiglia também propõe uma divisão das normas de competência, tomando como ponto de partida um trabalho de Guastini (cf. CALSAMIGLIA, Albert. Geografía de las normas de competencia. *Doxa*, n. 15-16, v. 2, 1994. p. 757 ss.). Disponível em <http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/01361620824573839199024/cuaderno15/volII/doxa1514.pdf>. Acesso em).

acometidos aos sujeitos sem que haja também o acometimento de um dever de exercitá-lo, ou de fazê-lo de maneira específica. Os indivíduos são, pois, livres para decidir sobre quando (e como) eles lançarão mão de sua autonomia; a função social da autonomia privada é exatamente ministrar aos indivíduos os meios suficientes para compor as suas próprias relações jurídicas, de acordo com os seus próprios interesses, nos quadrantes da ordem jurídica. As competências sob consideração não constituem um “direito”, mas compõem sempre um direito transferível; com a transferência do direito (que é possível), a competência é transferida para o seu sucessor. Assim, a autonomia privada constitui-se de poderes que todas as pessoas detêm (*unqualified*), autônomos (provocam mudanças apenas nas posições jurídicas das pessoas cujas decisões são envolvidas nos seus exercícios), discricionários (exercidos livremente) e transferíveis.

Os poderes que compõem a competência pública (autoridade⁵⁷ pública) são conferidos somente a certas pessoas que cumprem requisitos extraordinários, como os Ministros de Estado, que devem ser nomeados na forma da lei, ou o Rei, que tem seus poderes sucessórios conferidos pelas normas relativas ao direito de sucessão. Substancialmente, são poderes que possibilitam a criação de regras que vinculam outras pessoas, que não os detentores da competência. Um poder público não é conferido para ser exercitado de acordo com o interesse de quem o detém; sua função social é servir aos interesses da comunidade e do “bem-comum”. O seu exercício constitui um dever, em sentido bastante amplo, e se deve dar de uma maneira imparcial, com o fim de atingir os propósitos sociais a que se prestam; por conta disso, a competência pública vem acoplada a sanções e controles de diferentes tipos, a fim de que seus detentores não se desviem dos escopos para os quais têm a si acometido tal poder. Tal competência, ao contrário da competência privada, não pode ser transferida, por não compor um direito. Quando muito, seu exercício pode ser delegado⁵⁸, de forma tal que o poder original reste intocado. Em suma, a competência pública é conferida a agentes especialmente qualificados (*qualified*); os poderes que a compõem são heterônomos (promovem a alteração de posições jurídicas de outros indivíduos); servem ao interesse público e não são transferíveis. Sempre de acordo com Ross, a distinção entre autonomia

⁵⁷ Ross manejou, durante muito tempo, a noção de autoridade de uma maneira nada rigorosa, tratando por competência a pessoa ou o corpo de pessoas com poder para criar normas, dentre outros usos, tais como o de autoridade como força legal etc. Em um trabalho do final da década de 60, ele cuidou de dar um trato mais rigoroso ao termo e asseverou que “nós devemos dizer que uma norma de competência constitui uma autoridade, autoridade que é definida pelo conjunto de condições necessárias e suficientes para a produção de normas.” (cf. *On self-reference and a puzzle in constitutional law. Mind*, v. 78, n. 309, jan., 1969. p. 2).

⁵⁸ A delegação de poder teve consideração mais detida de Ross em *Delegation of power. Meaning and validity of the maxim delegata potestas non potest delegari. The American journal of comparative law*, vol. 7, n. 1, 1958. p. 1-22.

privada e autoridade pública representa a base da tradicional distinção entre direito privado e direito público, motivo pelo qual o direito público pode ser definido como o direito que se refere à posição jurídica das autoridades públicas⁵⁹.

De acordo com o que se expôs, assim como Kelsen, Ross também admite que a competência pode ser cumulada com um dever de exercício e a sua concepção de norma lhe leva mais além, como dito, para entender que uma norma de competência somente pode ser direito vigente caso haja uma forma de declarar nulos os atos que sejam cometidos em desacordo com os seus preceitos, ou caso se possa responsabilizar alguém pelos atos mal praticados. Isso deve levar a uma revisão da afirmação de que as normas de competência são normas de conduta indiretamente formuladas, à luz dos escritos de Ross posteriores ao seu *Sobre o direito e a justiça*, sobretudo porque há quem defenda uma alteração radical da doutrina rossiana sobre o tema. Isto merece um tratamento apartado.

1.1.4 Repasse crítico. Noção de competência jurídica

Vistas, no que de mais relevantes apresentam para este trabalho, as doutrinas de Hans Kelsen e Alf Ross sobre a competência jurídica (e as normas que a conferem), é chegada a hora de apresentar um balanço das idéias desses autores, com a indicação dos pontos aos quais se aderirá e daqueles para os quais será necessária a feitura de algum reparo.

Com relação a Kelsen, sua contribuição mais importante foi ter chamado a atenção para o que há de comum em todas as noções que comumente são diferenciadas pela doutrina (capacidade de exercício, capacidade processual, poder jurídico etc.), mas que podem ser englobadas na mesma função normativa de autorização, na terminologia kelseniana. Essa abordagem mais ampla foi, sem dúvidas, muito importante para o avanço no trato dessa posição jurídica, porque foi possível para a doutrina posterior desenvolver modelos de competência jurídica que ajudassem a compreensão de um número maior de fenômenos jurídicos. Sobre os três usos da noção de competência que podem ser encontrados nos escritos kelsenianos, não faz tanta diferença a eleição de um dos que podem ser colhidos, pois todos eles abarcam o poder tipicamente conferido ao legislador, razão por que a adoção de uma noção bastante abrangente da competência jurídica não trará prejuízo a esta pesquisa (pelo

⁵⁹ Cf. *Sobre el derecho y la justicia*. 4. ed. Tradução de Genaro Carrió. Buenos Ayres: Eudeba, 1977. p. 160-161, 198-199; *Idem*. On the concepts "state" and "state organs" in Constitutional Law. *Scandinavian studies in law*, v. 5, 1961. p. 116-119; *Idem*. *Directives and norms*. London/New York: Routledge & Kegan Paul, 1968. p. 96, 130-133; *Idem*. Auge y decadencia de las expresiones realizativas. Tradução de Raúl Necedal. *Boletín mexicano de derecho comparado*. n. 21, set./dez., 1974. p. 185 ss. Disponível em <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/21/est/est11.pdf>. Acesso em 21/08/2011.

contrário, já que evitará discussões alongadas que não trarão benefícios consideráveis)⁶⁰.

Exatamente sobre isso é que se lança a grande crítica à doutrina de Alf Ross. A distinção que ele propõe entre competência pública e competência privada é um instrumento cuja serventia pode ser posta em questão, pelo menos se se entender que a divisão que ele oferece cobre, de maneira inequívoca, todas as competências que são distribuídas por todos os ordenamentos jurídicos, sem que existam casos difíceis, se não mesmo impossíveis, de se conformar em um dos dois tipos de competência cravados por Ross. É um pouco difícil saber qual a intenção de Ross com a sua distinção, mas duas interpretações parecem viáveis: (1) que toda e qualquer competência conferida terá todos os caracteres de uma competência pública, ou todos os de uma competência privada; (2) que, acidentalmente, as competências jurídicas se enquadram em um dos tipos de competência, havendo a possibilidade de que alguns poderes reúnam apenas algumas características de cada tipo de competência. É importante analisar as diferenças oriundas da eleição de cada um desses entendimentos.

É fácil perceber que a interpretação 2 é mais abrangente que a 1, uma vez que admite a existência de casos que não se podem comportar nesta última. Portanto, a interpretação 1 será bem sucedida se servir ao trato de casos em que cada competência reúna todos os caracteres típicos de competência pública ou de competência privada; noutras palavras: se todas as competências conferidas em um ordenamento forem privadas ou públicas, no sentido rossiano, a interpretação 1 ofertará um aparato teórico suficiente para sua abordagem. Contudo, se houver algum poder jurídico que não reúna todos os caracteres de um ou de outro, será dada a insuficiência do modelo consagrado pela interpretação. O entendimento 2 oferta um modelo mais maleável, que compreende uma gama de competências maior, com a admissão de casos nos quais se está diante de competências jurídicas que não podem ser classificadas como públicas ou privadas. Aqui, a distinção pública/privada serve apenas como instrumento para o reconhecimento/entendimento mais simples de grandes grupos de poderes jurídicos que aparecem, via de regra, com as mesmas características, as quais não estão necessariamente presentes. A importância do estudo desses grandes grupos pode servir como justificativa para essa distinção e fazer com que ela traga ganho real à análise jurídica; mas, quanto menor for tal importância, menos justificada ficará tal dicotomia.

A grande questão é saber qual dessas duas interpretações é mais conveniente para o intento de estruturar as noções teóricas fundamentais para este trabalho. A observação de

⁶⁰ Especialmente sobre a discussão acerca da inclusão da capacidade para delinquir no âmbito da competência jurídica, ver as referências da nota 30.

certos fenômenos jurídicos no direito brasileiro parece depor a favor da interpretação 2. Certas competências parecem altamente refratárias à classificação como pública ou privada, nos termos planejados por Ross. Dois exemplos parecem dar boa conta disso: a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e a assim chamada boa-fé objetiva. O reconhecimento progressivo dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações entabuladas entre particulares – fora, portanto, da clássica relação Estado-Indivíduo – tem provocado alterações significativas em competências que, outrora, compuseram o terreno indevassável da autonomia das partes, atualmente mais tratada como autonomia privada. É desta forma que a competência para estabelecer relações que se travam entre indivíduos que detêm apenas o plexo de poderes usualmente acometido a qualquer adulto pode sofrer limitações por conta da necessária realização de direitos fundamentais de outras pessoas – o que seria incompatível com a distinção rossiana, pois haveria uma competência conferida a praticamente todos os indivíduos (caráter de competência privada), que necessariamente deve ser exercitada em respeito a interesses de outras pessoas, que não do detentor da competência (caráter de competência pública)⁶¹. Com foco no campo obrigacional, a boa-fé objetiva tem atuado como fonte de uma série de deveres instrumentais, deveres de proteção ou deveres de tutela, que são deveres que podem incidir em uma relação contratual, ainda que não haja a sua previsão legal ou convencional no caso concreto, e que impõem o cometimento de certas condutas, por força da boa-fé, com vistas ao fim do contrato, dada a relação de fidúcia que este fundamenta. Tais deveres não assumem um catálogo fechado e podem ser variáveis, de acordo com cada situação, dirigidos a ambos os participantes da relação contratual. Ainda no que diz com a boa-fé objetiva, a doutrina do *venire contra factum proprium* – que traduz a vedação de um comportamento que contradiz uma conduta anterior da parte (fato próprio) – é um nítido elemento limitador da competência das partes envolvidas em relações obrigacionais, de modo que há o nítido direcionamento de poderes jurídicos conferidos à quase totalidade dos adultos (não-qualificados, em termos rossianos) para o prestígio de valores que respondem não apenas aos interesses de quem os exerce⁶². Estes dois exemplos já são indicadores de que certas competências são refratárias à classificação em privada ou pública, da maneira como Ross postulou. Tal constatação põe em xeque o real valor da distinção rossiana para o estudo de ordenamentos como o brasileiro, pelo menos se ela for tomada nos termos da interpretação 1,

⁶¹ Sobre a relação entre direitos fundamentais, autonomia privada e competência, vale conferir, especialmente, SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 148 ss.

⁶² Sobre a boa-fé objetiva e sua atuação no campo obrigacional, consulte-se, por todos, MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 409 ss.

acima explicada, pois o caráter de pública ou privada é uma nota meramente accidental de cada competência jurídica conferida. Por outro lado, a interpretação 2 é compatível com as circunstâncias indicadas. Todo o modo, não será demais dizer outra vez, deve-se ter de maneira muito clara que a classificação em um ou em outro tipo de competência não é algo que tome em linha de conta qualquer propriedade natural de um poder jurídico; pelo contrário, considera apenas alguns dos caracteres com que o ordenamento jurídico lhe conforma. Deste modo, a classificação tem apenas um valor relativo, enquanto congloba em dois grandes grupos de competências poderes jurídicos que, ordinariamente, têm caracteres semelhantes; mas essa mesma classificação pode deixar a descoberto certas competências, muitas delas de grande relevância, que não se enquadram em um de seus dois “módulos”, razão que fragiliza a distinção e faz com que o mais importante seja observar os caracteres de cada uma, sem que se faça maior caso do fato de ela poder ser classificada como pública ou privada⁶³.

Feitas tais considerações, vê-se que a adoção de uma noção mais ampla de competência jurídica, sem a necessidade de se aderir a qualquer tipo de classificação como a proposta por Ross, é mais conveniente e prudente. Conveniente, por evitar maiores discussões que pouco interesse trariam; prudente, por afastar um grave risco: o de pretender classificar, por força, uma competência como pública ou privada por alguns de seus caracteres, e não admitir que ela possa congrega elementos dos dois tipos. Assim, poder-se-ia classificar uma competência como privada por ser concedida quase irrestritamente a todas as pessoas, sem que se admita, por isso, que ela deva ser exercida em certas ocasiões no interesse da coletividade, ou que o seu não-exercício seja sancionado em circunstâncias extremas, quando existente o dever de exercê-la. O preço a ser pago pelo incorrimento nesse equívoco pode ser muito alto, a ponto de negar a possibilidade de controle de certas omissões, pelo fato de constituírem condutas *autorizadas* pelo ordenamento, que não podem ser também *impostas* pelo fato de se estar diante de competência privada, ou, ao revés, que se afirme peremptoriamente a necessidade da responsabilização do ente omissor pelo fato de se tratar de uma competência pública, ainda que não haja a conjunta imposição da conduta autorizada juridicamente.

A relação entre competência e dever na obra dos dois autores enredados neste número merece atenção mais detida e é o que de mais importante se pode discutir neste passo.

⁶³ A análise realizada não tem a menor pretensão de investigar se Alf Ross aderiu a uma ou outra interpretação, ou mesmo se foi em um sentido diverso. É interessante notar que Ross propôs essa divisão há décadas, quando os institutos jurídicos a que se fez referência ou não existiam, ou ainda não se punham em evidência como obstáculos aos esforços da teoria jurídica. As críticas tecidas à interpretação 1 dificilmente poderiam ser opostas à época em que a classificação dos dois tipos de competência foi feita por Ross, e ela poderia perfeitamente servir a contento para o trato teórico dos ordenamentos jurídicos de então.

Alf Ross, nada obstante sua tese de que as normas de competência podem ser reduzidas a normas de conduta, não confunde a conduta objeto de uma competência, ou seja, o ato através do qual um ato jurídico pode ser produzido, com a conduta objeto de um dever. Ao admitir a existência de poderes de exercício discricionário (como as competências privadas) e de exercício vinculado (como as competências públicas) Ross claramente concede a possibilidade de uma mesma conduta constituir a condição necessária e suficiente para a produção de um ato jurídico por um sujeito ser cumulada com um dever de exercício dessa competência de determinado modo, sem que isso se dê de maneira necessária. Uma conduta pode, pois, ser autorizada, sem que seja prescrita. Contudo, Ross limita-se aos casos em que há a prescrição do exercício de um poder de forma correta, ou àqueles em que há o controle da produção dos atos, com a possibilidade de declarar nulos aqueles que não hajam cumprido as “especificações técnicas” baixadas pelo ordenamento.

Kelsen parece dar um passo à frente em relação a Ross. Desde quando passou a promover a diferença entre as várias funções normativas, Kelsen esforçou-se fortemente para diferenciar a função de autorização da de prescrição. Para ele, uma conduta autorizada pode, efetivamente, ser também prescrita, ter o seu exercício transformado em conduta que evita uma sanção – ou, o que é dizer o mesmo, ter a omissão da conduta apontada como condição para a aplicação de uma sanção. Porém, essa cumulação de prescrição e autorização é meramente casual⁶⁴. Pode-se dar o caso de uma conduta ser autorizada sem ser também prescrita; a função de autorização não se deixa reconduzir à de prescrição (e vice-versa)⁶⁵.

⁶⁴ Equivocadamente, Carla Huerta conclui que as normas de competência, para Kelsen (na sua *Teoria geral das normas*), têm um caráter imperativo, ao manejar a passagem em que ele admite que a função de autorização pode implicar a de obrigação, nos casos em que são conferidos poderes para emitir normas (cf. La discusión sobre el carácter deóntico de las normas de competencia: obligación o permiso. *Problema – Anuario de filosofía y teoría del derecho*, vol. 4 (2010), 2011. p. 251-252. Disponível em <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/filotder/cont/4/pr/pr11.pdf>. Acesso em 21/08/2011). Este ponto do pensamento de Kelsen já foi discutido; cabe apenas lembrar que ele afirma que as duas funções normativas (autorização e prescrição) podem ser desempenhadas pela mesma norma, não que seja uma função de autorização especial ou diferenciada – possivelmente, muitas das complicações surgidas na interpretação da passagem indicada seriam evitadas por Kelsen se ele admitisse que, na verdade, atuam duas normas distintas, cada uma das quais responsável pelo cumprimento de uma função normativa; contudo, esta conclusão não encontra subsídio textual na sua obra. Logo, até nos casos em que há poder para emitir normas, as funções não se confundem, pois são apenas exercidas simultaneamente. Nisso reside o equívoco de Huerta, o qual pode ser creditado à sua proposta de uma distinção confusa e pouco criteriosa entre as facultades dos particulares para realizar atos jurídicos (*capacidad*) e a competência das autoridades públicas para realizar atos normativos ou de execução (*competencia*) (cf. o trabalho citado por último, às páginas 248-249 e 262-263; reafirma-se a distinção com a consideração do caráter necessariamente público da competência em *Idem*. Una reflexión metodológica sobre la naturaleza y función de las normas de competencia. *Boletín mexicano de derecho comparado*, n. 131, mai./ago., 2011. p. 602. Disponível em <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/131/art/art4.pdf>. Acesso em 21/08/2011)). Huerta pode, inconscientemente, ter forçado a interpretação de Kelsen sobre a competência jurídica para buscar uma adequação às suas próprias idéias.

⁶⁵ Cf. n.º 1.1.2.2.

Nesse sentido, Kelsen admite que a omissão de uma conduta autorizada possa justificar a aplicação de uma sanção, tornando, pois, a realização da conduta autorizada devida, mais especificamente prescrita⁶⁶. Acerca do legislador, ele afirma que, em regra, as competências conferidas para a produção de normas gerais não têm o seu exercício imposto⁶⁷. A partir das funções normativas de Kelsen, é possível estruturar, de maneira mais clara e precisa que em Ross, um modelo teórico com o qual a representação de situações em que uma conduta é simplesmente autorizada e nos quais sobre ela também pende uma prescrição; essa distinção é fundamental para um trato analítico mais adequado de situações que sempre geram grandes mal-entendidos na doutrina jurídica dos mais diversos setores, de maneira especial quando lidam com condutas conjuntamente autorizadas e prescritas; possivelmente, os exemplos mais representativos desses casos sejam os “poderes-deveres” da Administração Pública, ou, entre os civilistas, o “poder familiar” dos pais em relação aos filhos. Com o aparato teórico expandido, não há a necessidade de considerar tais poderes “híbridos”, de “natureza especial”,

⁶⁶ Pelo menos a partir de 1960, quando desenvolve de maneira sistemática sua proposta de diferentes funções normativas da maneira que ficou até ao fim de sua obra, Kelsen usa a expressão “dever-ser” de maneira bastante ampla, bem mais que a usual. É bastante comum que expressões como “uma conduta devida” sejam apresentadas como sinônimo de “uma conduta imposta”. Mas Kelsen utiliza a expressão “dever-ser” não somente no caso da função de imposição, como também para as funções de autorização e de permissão (positiva) (cf. On the basis of legal validity. Tradução de Stanley L. Paulson. *American journal of jurisprudence*, v. 26, 1991, p. 178-180; *Idem. Teoria pura do direito*. 3. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1974. p. 22; *Idem. Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris Editor, 1986. p. 121-122). A tomar esta idéia kelseniana, é devida a conduta de um tribunal, apenas autorizada, consistente na aplicação de uma sanção, caso um legislador não cometa um ato legislativo em um dado tempo, ainda que a própria conduta de aplicação de tal sanção não seja, por seu turno, imposta pela previsão de aplicação de uma nova sanção, na hipótese de omissão indevida do tribunal. Com isso, torna-se muito bem justificada a tese segundo a qual, em muitos de seus escritos, Kelsen deixa de considerar, predominantemente, as normas que conferem competência como uma espécie de normas que impõem condutas, para admitir que a norma jurídica reconstruída fundamental ou primária é uma norma de competência. Nesse sentido, cf. PAULSON, Stanley L. Some issues in the exchange between Hans Kelsen and Erich Kaufmann. *Scandinavian studies in law*, v. 48, 2005. p. 288-289, nota 85, que critica Torben Spaak por incluir Kelsen no grupo dos autores que reduzem as normas que conferem poder às que estatuem deveres. No âmbito da obra kelseniana, é razoável afirmar que, em certa instância, haverá sempre uma conduta apenas autorizada, cuja inobservância não poderá ser combatida (juridicamente). O sucesso de uma ordem normativa no intento de controlar condutas humanas poderá ficar, em boa medida, dependente da efetiva observância de condutas somente autorizadas pelo ordenamento, sem que haja qualquer forma de encorajar a sua realização por meio da imposição de novas sanções – certamente, Kelsen teve esse problema em mente ao insistir na “eficácia global” como condição da validade do ordenamento jurídico, apesar de ter sido um crítico ferrenho das teorias empíricas do Direito. Vale notar que o estatuto deontológico das normas de competência continua a ser objeto recorrente de estudo da doutrina especializada, como se pode ver em recente estudo de Carla Huerta (cf. La discusión sobre el carácter deontológico de las normas de competencia: obligación o permiso. *Problema – Anuario de filosofía y teoría del derecho*, vol. 4 (2010), 2011. p. 243-275. Disponível em <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/filotder/cont/4/pr/pr11.pdf>. Acesso em 21/08/2011), com a ressalva de que Huerta diferencia faculdades de competências (cf. nota 64).

⁶⁷ Cf. *Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris Editor, 1986. p. 130. É curioso notar que Kelsen, em obras anteriores, não fazia qualquer ressalva sobre o fato de uma competência legislativa ter seu exercício também imposto. É possível que a abertura dessa possibilidade no trabalho que deixou inacabado seja reflexo da observação de decisões judiciais que tenham se voltado para o controle de omissões legislativas. Entretanto, não há elementos que indiquem que Kelsen se tenha dedicado ao estudo do tema.

ou mesmo “predominantemente obrigatório”; basta considerar a existência de uma prescrição cumulada ao poder conferido. É interessante adiantar que o controle jurisdicional das omissões legislativas aparece como um caso desse tipo: ordinariamente, um tribunal tem a competência para averiguar se o legislador não promove a execução da constituição nos termos das prescrições por esta declinadas, ou seja, se ele atende a certas imposições constitucionais que lhe demandam uma atuação; contudo, o *busfilis* está na determinação dos limites dessa competência e no seu efetivo exercício pelo tribunal constitucional, tribunal que não encontra, como regra, instrumento de controle da sua atuação por outra(s) instância(s).

À vista do explanado, já é possível perceber que a noção de competência jurídica a ser adotada não é redutível a qualquer outra como dever, permissão etc. As tentativas de redução da competência à permissão ou ao dever precisam de recorrer a complicadas estratégias na construção de uma noção “híbrida”, quando se afigura mais conveniente a separação das noções. E tal separação não se justifica somente por uma questão de conveniência, vale notar. As normas que conferem poder são os vetores que põem as especificações⁶⁸ a serem cumpridas pelos atos a que devem ser imputados certos efeitos jurídicos, ou seja, elas constituem a competência ao estabelecer os seus elementos subjetivos, formais e substanciais. Como observou com percuciência Ulises Schmill, falta a todos os conceitos deônticos (permissão, obrigação e proibição) a referência à função específica de autorização, o conteúdo normativo que estabelece o procedimento de criação de outra(s) norma(s); os conceitos jurídicos relacionados à autopoiese do direito são independentes daqueles que se encontram ligados à estática jurídica⁶⁹. A observação de Schmill é

⁶⁸ Aceita-se, aqui, a divisão feita por Ross em elementos subjetivos, procedimentais e materiais da competência, embora seja difícil, em certos casos, determinar em que grupos devem ser incluídos certos elementos. Existem doutrinadores que preferem considerar como normas de competência somente aquelas relativas ao sujeito autorizado, de modo que as normas que determinam a forma e o conteúdo do ato de exercício do poder jurídico não integram a competência propriamente dita. Nesse sentido, Torben Spaak faz uma diferença entre ter competência e exercer competência (cf. *The concept of legal competence: an essay in conceptual analysis*. Tradução de Robert Carrol. Brookfield: Dartmouth, 1994. p. 75 ss.; *Idem*. Explicating the concept of legal competence. In: HAGE, Jaap C.; e VON DER PFORDTEN, Dietmar (ed.) *Concepts in law*. Springer: Springer, 2009. p. 74-78; *Idem*. *The concept of legal competence*. Disponível em http://ivrenc.info/index.php?title=The_Concept_of_Legal_Competence. Acesso em 21/08/2011) e Jordi Ferrer entre normas de competência e normas de atualização da competência (cf. *Sobre el carácter de las normas de competencia*. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito – Universidade Pompeu Fabra. Barcelona, 1997. p. 325 ss. Disponível em http://www.tdx.cat/handle/10803/7312;jsessionid=F19CE4A55A5F6BE6ADCB90D5F40D7989.tdx1#document_s. Acesso em 21/08/2011). Tais divisões não trazem, pelo menos para o caso brasileiro, um ganho digno de nota, pois o desrespeito ao sujeito, ao procedimento ou ao conteúdo de uma norma tem, basicamente, as mesmas conseqüências, notadamente com relação ao controle da juridicidade dos atos.

⁶⁹ Cf. SCHMILL, Ulises. El modelo del mandato, el orden jurídico y las normas de competencia. *Doxa*, vol. 25, 2002. p. 391-393. Disponível em http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23584061091481851665679/doxa25_12.pdf. Acesso em 21/08/11. Em outro trabalho, ele já defendera a idéia de que nenhum dos conceitos deônticos seria aplicável à

importante, e a composição da noção de competência como diversa da de dever traz vantagens das quais não se pode abrir mão.

A competência jurídica será aqui marcada, portanto, por um caráter extremamente amplo, e pela sua independência em relação às prescrições jurídicas. Desta forma, pode-se falar em competência jurídica sempre que, à prática de certas condutas, levadas a cabo de uma forma especificada, por um agente suficientemente qualificado, forem imputados efeitos jurídicos consistentes na alteração de alguma(s) posição(ões) jurídica(s). Com essa amplitude, a competência é tratada sem consideração com o problema da intenção de quem a exercita, o que está fortemente presente na concepção russiana, segundo a qual competência, como uma espécie de poder, é habilidade para produzir efeitos desejados (neste caso, para criar normas)⁷⁰, questão que pode ser deixada de lado neste passo. Com relação aos efeitos jurídicos imputados, que jogam um papel central na noção adotada, faz-se a advertência de que esses efeitos devem estar precisados na norma que constitui a competência; por tal, as normas que conferem poderes indicam os fatos necessários e suficientes à imputação de efeitos (isto é, a conduta condicionante), bem como precisará estes efeitos a eles imputados⁷¹⁻⁷². A constituição de uma competência legislativa, como uma espécie de competência jurídica,

função autorizadora, pois eles não se referem à criação de atos normativos, e se referem ao conteúdo de atos cuja performance representa o exercício de poderes previamente concedidos (cf. *The dynamic order of norms, empowerment and related concepts. Law and philosophy*, vol. 19, 2000. p. 286-287).

⁷⁰ Cf. nota 59.

⁷¹ Nesse sentido, a correta nota de Marcelo Guerra: “(...) falar de *efeito(s) normativo(s)* de determinado ato é falar sobre *quais* as transformações em posições normativas o ordenamento *autoriza* esse mesmo ato a operar. Então, não se deve falar nos efeitos que um ato *tem*, mas sim quais são os efeitos que *é normativa e hipoteticamente possível que o ato tenha*.” (Conceito do efeito jurídico. *Nomos*, v. 23, jan./dez., 2004. p. 193-194). Embora não se refira especificamente aos efeitos específicos do caso da competência, a advertência também é cabível para os poderes jurídicos, e serve para repelir uma tendência cara a vários juristas de achar que certos fatos têm ligados a si efeitos jurídicos “imanescentes”, aos quais estão ligados em todos e quaisquer ordenamentos jurídicos, de maneira completamente independente da conformação normativa que tiverem em um dado momento. Como exemplo disso, ainda se verá que é esse tipo de postura que gera as doutrinas consideradas aqui *essencialistas* da separação de poderes, as quais pugnam por uma compleição fixa e imutável dessa divisão, onde quer que ela exista (a qualquer tempo), sem qualquer análise da forma como uma ordem jurídica a estipula, caso venha a estipular.

⁷² Uma questão extremamente relevante, que não pode ser desenvolvida aqui pela sua complexidade, é a relativa a uma permissibilidade que existe na realização de atos que infrinjam, ao menos parcialmente, uma norma de competência, mas que, ainda assim, são considerados aptos a gerar os efeitos imputáveis (ou parte destes) às condutas que se perfazem em total acordo com a regra de competência. Um exemplo paradigmático disso no direito brasileiro é a chamada modulação temporal dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade, nos termos do art. 27, da lei de nº 9868/99, segundo o qual “ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.” Este tipo de fenômeno faz com que as especificações (subjetivas, procedimentais e materiais) trazidas na norma que confere competência valham apenas *prima facie*, pois elas podem ser “desconsideradas” por razões como segurança jurídica e interesse social excepcional. Especialmente sobre a omissão inconstitucional, é possível que, a partir do dispositivo acima transcrito, uma declaração de inconstitucionalidade de um comportamento omissivo do legislador tenha seus efeitos modulados, para atingir somente um período a partir do qual tal

abrangerá a indicação dos fatos condicionantes, é dizer, a conduta que deverá ser empreendida por quem fizer detém a competência legislativa e os efeitos específicos que a tais fatos serão imputados. Isso significa que, para o controle das omissões do legislador, qualquer investigação deve buscar as soluções jurídicas enfrentadas pelo ordenamento sob consideração quando não se praticam as condutas que condicionam os efeitos jurídicos indicados pela norma que confere o poder. Neste ponto, surgem as maiores discussões, pois os efeitos da competência dos entes competentes para promover o controle dessas omissões não costumam ser muito claros – o laconismo da Constituição brasileira é exemplo patente disso – e demandam um esforço interpretativo muito forte por parte dos juristas. A proposta deste trabalho é, fundamentalmente, empreender um esforço para delimitar que efeitos podem ser considerados normativamente conferidos pela Constituição aos atos de controle do comportamento omissivo do legislador, especialmente com relação à Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão.

Estabelecida, tanto quanto basta, a noção de competência que será repetidamente manejada ao longo do trabalho, importa precisar outra que está permanentemente presente na literatura sobre o tema das omissões legislativas: dever jurídico de legislar, que, para muitos, deve estar presente sempre que se queira falar em inconstitucionalidade por omissão. Embora seja uma noção basilar em toda a ciência jurídica, um exame mais detido dos usos que dela se fazem pode mostrar que diferentes acepções do termo são tomadas de maneira indistinta, e que a falta de critério na sua utilização pode levar a falsos desacordos, o que, inclusive, pode levar a questionamentos sobre o real valor de sua instituição. Apesar de sua análise aqui não requerer grande espaço, é conveniente tomá-la em separado.

1.2 Do dever jurídico

Mais uma vez, a exploração do que Hans Kelsen e Alf Ross escreveram pode auxiliar no início do acerto da noção de dever mais adequada para o trato da questão

omissão tenha-se tornado excepcionalmente intolerável, por exemplo, o que pode ser relevante para a determinação da responsabilidade do ente omissor. Outro caso de desconsideração de especificação trazida por norma que confere competência, bastante correto na processualística criminal, é o que estabelece a inexistência de nulidade de ato processual quando não há prejuízo para a acusação ou para a defesa, ou quando não tenha influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa (*pas de nullité sans grief*) (cf. arts. 563, 566; do Código de Processo Penal). Todos esses casos se encartam, com algumas adequações, naquilo que Adolf Merkel, magistralmente, descreveu como *cálculo de antijuridicidade*: a instituição que reduz as condições do ato de escalão superior em relação ao ato de escalão inferior, para criar a possibilidade de imputar ao Estado atos viciados (cf. Prolegómenos a una teoría de la estructura jurídica escalonada del ordenamiento (II). Tradução de Juan Fuentes Osorio e Miguel Azpitarte Sánchez. *Revista de derecho constitucional europeo*, n. 3, 2005. p. 323).

relativa ao controle (jurisdicional) das omissões legislativas.

Sobre a doutrina de Kelsen no tema, já se viu o fundamental sobre a função de prescrição; é exatamente no cumprimento da referida função normativa que uma conduta se torna prescrita, o que significa ser o objeto de um dever jurídico. A conduta prescrita, portanto, é aquela cujo cometimento evita a aplicação de uma sanção; a inobservância da conduta prescrita, ao revés, é o pressuposto para a aplicação de uma sanção – execução civil ou aplicação de uma pena. As sanções são estabelecidas para garantir a eficácia das normas, eficácia que é a observância das normas que cumprem a função de prescrição (com a realização da conduta devida), ou com a aplicação dessas normas (realização da sanção prevista), o que faz com que a eficácia das normas que estabelecem certas condutas fique dependente da eficácia das normas que põem as sanções, sempre que houver um número significativo de descumprimento das que estabelecer as condutas. Mas esse acoplamento de sanções poderia conduzir a um regresso ao infinito; para afastar essa objeção, Kelsen diz que nem toda norma que prevê a aplicação de uma sanção necessita de ser também prescrita, a fim de não ser violada, já que as normas que estatuem sanções “carecem sempre de semelhante garantia em medida mais restrita do que as normas que precisam *impor* uma conduta”, porque as condutas impostas são dirigidas contra as inclinações naturais das pessoas; aliás, o motivo pelo qual as pessoas observam ou aplicam uma norma não é, de maneira necessária, o temor de um mal, e são mesmo irrelevantes os motivos pelos quais elas o fazem⁷³. Tal noção de dever jurídico, uma constante na obra de Kelsen⁷⁴, tem em diversos campos do direito, uma extraordinária aplicação. Contudo, e isso ainda será melhor explicado, a noção de sanção limitada à execução civil ou a uma penalidade ficaria extremamente limitada para lidar com situações como as omissões legislativas, pois, embora seja possível imaginar a responsabilização política e/ou patrimonial dos agentes responsáveis pelos comportamentos

⁷³ Cf. *Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris Editor, 1986. p. 176-177. Com relação à objeção de que sua noção de dever jurídico conduzia a um regresso ao infinito, feita por Alf Ross, Kelsen já se havia defendido anteriormente, explicitando que a norma que estabelece uma sanção é sempre uma conduta *devida*, mas não necessariamente constitui o objeto de um *dever jurídico*, pois a conduta pode ser simplesmente autorizada ou permitida positivamente, casos em que é *devida* sem ser *prescrita* (cf. *Teoria pura do direito*. 3. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1974. p. 176-177, nota 2).

⁷⁴ Em sentido contrário, James Harris sustenta que podem ser encontradas duas noções de dever jurídico na *Teoria geral das normas*. Segundo Harris, além do exposto no texto, Kelsen usa o termo para indicar a infringência de deveres de ofício do magistrado, ao não aplicar uma norma geral (cf. Kelsen's pallid normativity. *Ratio juris*, v. 9, n. 1, mar., 1996. p. 114-115), baseado na seguinte passagem: “O juiz é autorizado por leis para aplicar normas jurídicas gerais a casos concretos. É-lhe isto, em regra, também imposto. Ele viola seu dever de ofício quando se omite de fazer uso de autorização num caso concreto, ele se conduz contrário à imposição, contrário ao Direito.” (*Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris Editor, 1986. p. 131). A passagem transcrita, ao contrário do que pensa Harris, apenas sublinha o fato de o dever do juiz ser ligado à sua profissão, mas tem os mesmos caracteres de qualquer outro dever jurídico, pois se trata da menção à não-observância de uma conduta imposta ao magistrado.

omissos, pode-se mostrar insuficiente ou mesmo inadequada à solução do problema da não-realização de atos legislativos, que têm, muita vez, um procedimento complexo e que envolve a participação de um grande número de pessoas.

A crítica de Alf Ross à noção mais tradicional de dever consegue contornar a crítica feita há pouco, acerca da limitação do que se entende por sanção. Para Ross, o dever jurídico leva uma pesada carga ideológica, por conta da relação entre dever e a reação jurídica do ordenamento ao seu descumprimento. É um conceito cuja aplicação se restringe aos casos em que a reação é sentida com desaprovação social. Nos casos em que existe alguma reação do ordenamento jurídico a uma conduta, como a que estabelece a responsabilização por danos causados por alguém, se essa sanção não for sentida como socialmente reprovável, não se fala em dever; nisso reside o pendor psicológico do uso comum do termo⁷⁵. Mas, como à doutrina incumbe a descrição das reações jurídicas que são de se esperar em certas circunstâncias, sem a preocupação de exercer qualquer tipo de força ideológica sobre os cidadãos (ao contrário do legislador), seria desejável que exposições doutrinárias eliminassem o conceito de dever, para operarem com a conexão jurídico-funcional entre os fatos condicionantes e as reações condicionadas. Todo o modo, o mundo de conceitos tradicionais e a dificuldade de romper com conceitos ideológicos se opõem a tal propósito⁷⁶.

Considerações dessa natureza chamam a atenção dos juristas para um ponto valioso, muitas vezes desprezado: mais importante que classificar algo como “dever”, é estar atento aos efeitos que são imputados a certos fatos no âmbito de um sistema de normas. Os conceitos formulados pelo jurista é que devem ser responsivos àquilo será por intermédio deles representado; não são os efeitos imputados por uma norma que devem ser moldados pelo conceito ao qual se pretende enquadrar um fato jurídico. Não existe um conjunto de noções justeóricas “lógico-jurídicas” ou “imanentes”, que sirvam ao trabalho de todo e qualquer intérprete, a todo o tempo, seja qual for o material jurídico a cujo estudo se dedique. Certos conjuntos servirão, de maneira melhor ou pior, à perseguição do seu desiderato, e do

⁷⁵ Alf Ross utiliza o exemplo da pessoa que promete algo impossível, mas nem por isso deixa de ser responsabilizada pelo incumprimento da obrigação. À luz do direito brasileiro, seria difícil sustentar a validade de um ato como esse, pois é condição de validade do negócio jurídico (regime também aplicável aos atos jurídicos) a possibilidade do objeto (art. 104, II; Código Civil). Um exemplo que pode ser lançado, válido para o caso brasileiro, é o da responsabilidade civil da administração pública por atos *lícitos*. Aqui, é complicada a defesa de que o administrador transgrida algum dever ao agir *licitamente*, embora tal ação cause danos reparáveis a alguém, a menos que se lance como argumento a quebra do dever de não causar danos aos outros (*neminem laedere*) somente com relação àqueles que venham a experimentar um dano indenizável.

⁷⁶ Cf. *Sobre el derecho y la justicia*. 4. ed. Tradução de Genaro Carrió. Buenos Ayres: Eudeba, 1977. p. 153-154. Exatamente por esses dois motivos, Ross não consegue fugir a um enquadramento mais ou menos padrão do dever jurídico e o configura como correlativo à faculdade jurídica, dentro do conjunto de conceitos que formula, com inspiração hohfeldiana (cf. *Ibidem*. p. 156-158; *Idem. Directives and norms*. London/New York: Routledge & Kegan Paul, 1968. p. 125-128).

fato de que algumas noções tenham servido bem em diversas circunstâncias não se segue que eles servirão sempre dessa forma. É *dever* do jurista produzir os melhores veículos lingüísticos de que se valerá na sua tarefa, e sempre que não for possível a formulação de um conjunto ideal (e essa impossibilidade parece ineliminável!), ter a exata consciência de que prejuízo é causado ao seu labor, além de abandonar as formas de representação corredias, quando esta for a única saída para atingir resultados tão bons quanto necessários para os seus propósitos.

A pequena digressão feita leva à necessidade de ter claramente postas as dificuldades e/ou especificidades que o objeto específico de estudo apresenta. Tratar de controle de omissões legislativas é enredar-se no âmago do direito constitucional; isto porque, atualmente, é a Constituição que procede à repartição de poderes, dentre os quais os poderes de legislar e os de sindicância do comportamento do legislador, seja comissivo, seja omissivo. Mais precisamente, será lidar com o problema da “garantia” dos preceitos constitucionais. Sobre isso, Paolo Biscaretti di Ruffia escreveu que, não havendo norma superior à Constituição, ela mesma deve encontrar em seus próprios elementos e posições institucionais a sua tutela e garantia, de modo que os vínculos e limites impostos aos órgãos constitucionais não podem ser externos, mas devem aparecer em sua estrutura, “realizando-se com procedimentos indiretos e providos de sanções que, se consideradas isoladamente, se manifestariam com natureza política e social.”⁷⁷. Na mesma senda, Luís Roberto Barroso afirma que a existência de normas que fogem ao esquema *preceito-sanção* é natural no direito constitucional, e não é desejável nem possível que elas sejam expurgadas⁷⁸. Com efeito, a garantia da eficácia das normas constitucionais não passa, especialmente nos casos em que ela depende de comissões de certos agentes, pela mediação da imposição de sanções que visem ao encorajamento da conduta devida; muita vez, a própria atuação do órgão de controle pode suprir a omissão do ente faltoso – e o controle das omissões legislativas é extremamente

⁷⁷ Com isso, não se adere à concepção institucionalista desenvolvida por Di Ruffia, cuja crítica não é cabível aqui. O que se é de ressaltar neste passo é a atenção dada, pelo institucionalismo desse autor, – que segue a linhagem de seu mestre, Santi Romano, – à consideração que o juspublicista deve ter a respeito da própria estrutura da ordem jurídica, dos procedimentos através dos quais as normas são produzidas, logo porque a garantia e a eficácia dessas normas não são suas características intrínsecas, mas encontram sua base nas “múltiplas engrenagens e conexões que constituem a estrutura íntima da instituição” (cf. *Direito constitucional: instituições de direito público*. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 2-4). Em sentido semelhante, cf. ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 75. Em geral, sobre o institucionalismo de Romano, vale conferir sua obra principal sobre o tema, recentemente editada no Brasil (*O ordenamento jurídico*. Tradução de Arnaldo Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2008). Sobre o institucionalismo desenvolvido na França, com força nas doutrinas de Maurice Hauriou e Georges Renard, conferir ALVIM, Decio Ferraz. *Concepção institucional do direito*. São Paulo: Livraria Liberdade, 1934. esp. p. 51 ss.

⁷⁸ Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 85.

representativo disso, quando há no seu âmbito a prestação *normativa* omitida pelo legislador⁷⁹. Com isso, põe-se a questão de saber se será considerada como conteúdo de um *dever do legislador* a conduta cuja omissão não é pressuposto para a sua responsabilização nos quadrantes da noção “canônica” de sanção, mas condição de efeitos diversos – tais como a (constituição da) competência de outro órgão para realizar a ação que não se deu. Parece conveniente, também nesses casos, afirmar a existência de um dever de legislar. Entretanto, a questão não é tão simples, principalmente porque os poderes dos tribunais no controle das omissões legislativas não costumam ser explicitados (e precisados), razão por que o descumprimento de um dever de legislar pode dar azo a decisões de conteúdo vário, que podem ir desde o mero reconhecimento da inconstitucionalidade, sem que haja qualquer reação ligada a isso, até à prestação normativa direta (a par de eventual responsabilização patrimonial); mais: pode ser que o tribunal reconheça que o estado de omissão é constitucional e que não enseja qualquer tipo de combate, pelo menos no momento da decisão, da sua parte. Por essa razão, a admissão da existência de um dever de legislar necessita de um refinamento.

Deve ser notado que há competência do Supremo Tribunal Federal para promover o controle, via ADIO, de todas e quaisquer omissões legislativas. Por isso, a princípio, existiria um dever de legislar extremamente abrangente, já que o tribunal tem competência para atuar em todas as hipóteses em que um ente ativamente legitimado para essa ação venha a manejá-la. Contudo, isso já foi adiantado, o fato de haver uma omissão do legislador não somente pode gerar distintos efeitos nas decisões, como é mesmo possível que a situação não demande qualquer tipo de ação combativa pelo tribunal. Tal constatação leva à necessidade de se reconhecer um dever de legislar com validade *prima facie*, existente pelo fato de as omissões do legislador serem sempre sindicáveis por via de ação, e a existência de dever de legislar definitivo, que se concretiza quando há uma decisão na qual se faz o combate à omissão legislativa. É importante notar que, como já foi salientado, o dever definitivo, para ser uma noção mais útil, deve ser considerado existente também nos casos em que o controle da omissão seja realizado por decisões que sejam diferentes da imposição de uma pena ou da execução civil (ou responsabilização patrimonial); qualquer efeito da decisão do tribunal que reconheça a inconstitucionalidade de uma omissão representará o reconhecimento da infringência do dever de legislar. A importância da distinção entre dever *prima facie* e dever

⁷⁹ No julgamento dos mandados de injunção de nº 670, 708 e 712, o Supremo Tribunal Federal considerou aplicável, em grande medida, a legislação sobre greve no setor privado ao setor público, caso que se encarta na hipótese.

definitivo é a providência de um aparato suficiente ao enfrentamento das hipóteses em que haja razões bastantes para o reconhecimento da constitucionalidade do comportamento omissivo⁸⁰, assim como para possibilitar a margem de discricionariedade do tribunal na apreciação dos efeitos de sua decisão, cabíveis em um caso concreto, dentre aqueles que forem normativamente atribuídos a si.

Com essa conformação do dever de legislar, fica claro que o dever surge com a atribuição de uma competência para o controle das condutas que passarão a constituir o conteúdo desse dever jurídico. Sendo o direito uma ordem de conduta humana, que visa ao estímulo de certos comportamentos, é de se concordar com a afirmação de Spaak no sentido de que competência e dever são os dois modos fundamentais de regulação do direito, por serem os pontos de partida naturais na explicação dos demais conceitos⁸¹. Contudo, a competência, na formulação adotada aqui, assume o posto central na reconstituição do material normativo de um ordenamento, pois toda a regulação jurídica terá o seu ponto último na conferência de um poder, sem que haja normas que sancionem seu mau uso. Nem é necessária uma maior justificativa para demonstrar a dramaticidade de que se pode revestir a dependência do exercício de competências por parte de órgãos que não estejam submetidos, por seu turno, a imposições de sanções no caso de não exercerem a contento seus poderes. E é esse exatamente o caso dos tribunais no controle das omissões legislativas, a cargo dos quais fica, em última instância, via de regra, a guarda das constituições⁸². Essa nota ajuda a dimensionar a importância de que se reveste o estudo de como tal controle pode ser realizado, com o foco no caso brasileiro conformado pela Constituição de 1988.

⁸⁰ O transcurso de um prazo razoável joga um papel importante nesses casos. Outro fator que tem sido cada vez mais presente nas decisões sobre as omissões, e não apenas das legislativas, é a arguição da reserva do possível pelos poderes públicos, como justificativa para comportamentos omissivos. O tema será melhor discutido no próximo capítulo, quando a omissão legislativa for abordada.

⁸¹ Cf. Norms that confer competence. *Ratio juris*, vol. 16, n. 1, 2003. p. 90.

⁸² No capítulo 3, será abordada a tendência do chamado constitucionalismo dialógico para negar a competência exclusiva de um órgão para “dar a última palavra” sobre a constituição, assim como analisado o possível impacto dessas idéias sobre o controle das omissões legislativas.

2 OMISSÃO INCONSTITUCIONAL EM MATÉRIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Se a escassez da literatura sobre o tema já foi um problema para se investigar a noção da inconstitucionalidade por omissão⁸³, atualmente, não é desarrazoado sustentar que a produção crescente na área já se afigura um dado impossível de ser classificado como desprezível. Houve um grande aumento do interesse da doutrina sobre a inconstitucionalidade por omissão, no Brasil e em outros países, principalmente a partir do final da década de noventa, carreado, em grande medida, por pronunciamentos jurisdicionais dos tribunais responsáveis pelo controle de constitucionalidade. Dessa forma, multiplicaram-se as abordagens da matéria, assim como as classificações das omissões, as propostas sobre as maneiras de combate a estas etc. O repasse de toda a literatura já é uma tarefa quase impossível e é muito difícil que se justificasse para algum trabalho, por mais amplo que seja seu objeto. Também por isso, o tema sofrerá um inevitável recorte, de sorte a trazer para o seu bojo somente aquilo cuja análise se justifique, à vista dos propósitos perseguidos.

A questão, com inúmeras vertentes na doutrina nacional e na estrangeira, pode, neste trabalho, encontrar motivos para ser obviada, tais como: (1) não se pretende a formulação de uma noção de omissão inconstitucional útil a todo e qualquer ordenamento jurídico; (2) a perspectiva aqui importante é a do controle das omissões do legislador cujo resultado seja a ausência de prestações normativas de direitos fundamentais, nos quadrantes da Constituição brasileira de 1988. O primeiro motivo, embora pareça de menor impacto para o trato da matéria, elimina uma grande carga de exposição, pois torna desnecessária a abordagem de várias peculiaridades dos variados tipos de jurisdição constitucional, cujo interesse para o sistema brasileiro seja irrelevante. Além disso, é de se concordar com a judiciosa afirmação de Francisco Fernández Segado, segundo a qual é difícil o esboço de uma

⁸³ José Júlio Fernández Rodríguez afirmou, em sua difundida monografia, que a escassez de tratamento doutrinal exigia um maior trabalho criativo em alguns pontos e uma defesa ou exposição de opções não contrastadas, nem sempre submetidas a juízo de vários especialistas, o que eleva a probabilidade de realizar argumentações mais errôneas e de se oferecer uma linha de argumentação mais frágil (cf. *La inconstitucionalidad por omisión: teoría general, derecho comparado, el caso español*. Madrid: Civitas, 1998. p. 38-39). Em trabalho posterior, ele notou o crescimento das referências sobre o assunto e revisou sua opinião de que a escassez de trabalhos doutrinários fosse uma dificuldade para a conceituação da inconstitucionalidade por omissão (cf. *Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión*. In: CARBONELL, Miguel (coord.) *En busca de las normas ausentes: ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*. México: México, 2003. p. 17. Disponível em <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=544>. Acesso em 21/08/2011). Atualmente, com o aumento dos trabalhos sobre o tema, nos mais variados sistemas de jurisdição constitucional, um dos grandes desafios é analisar as soluções apresentadas para o problema das omissões legislativas *à luz do sistema jurídico no qual a solução é ofertada*, para evitar o rechaço a algumas idéias, quando estas são as mais úteis para o enfrentamento do problema no âmbito do ordenamento jurídico para o qual são lançadas – se não as únicas viáveis.

dogmática pretensamente geral sobre o instituto, por conta das peculiaridades de cada sistema de justiça constitucional e das diversas técnicas de fiscalização de constitucionalidade utilizadas⁸⁴. O segundo motivo deve ser tomado em conta atenciosamente, pois a sua admissão leva à construção da inconstitucionalidade por omissão com um delineamento restrito à matéria jusfundamental. Sem sombra de dúvida, em muitas outras pautas constitucionais a omissão do legislador pode trazer graves conseqüências, mas nem isso fará com que se tornem objetos de estudo do trabalho. Outro ponto, o qual ainda será melhor precisado mais à frente, é relativo a uma limitação do enfoque às prestações normativas; isto significa a inclusão da problemática referente à ausência de posições jurídicas de direitos fundamentais, em virtude de omissão do legislador, e a exclusão do que estiver relacionado a prestações materiais demandadas pelos mesmos direitos⁸⁵. Ainda para dar contornos mais precisos àquilo por se ver neste capítulo, deve-se observar que a omissão será encarada pelo seu aspecto processual, ligado ao controle de constitucionalidade das situações jurídicas decorrentes das omissões do legislador. Desta forma, estará excluída do estudo a eventual responsabilidade civil do legislador em virtude de seu comportamento omissivo.

A delimitação empreendida já tornea a inconstitucionalidade por omissão em matéria de direitos fundamentais em lindes convenientemente restritos. Todavia, antes de partir para a sua noção, alguns pontos devem ser postos à mostra, sobretudo certos pressupostos para a admissão de um controle de constitucionalidade das omissões do legislador, a fim de prover o melhor entendimento de sua operatividade e das possibilidades de seu controle.

2.1 A supremacia das normas constitucionais como pressuposto do controle de constitucionalidade

⁸⁴ Cf. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas. *Estudios constitucionales*, n. 2, 2009. p. 33. Disponível em http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_ano7-2-2009/estudios_el_control.pdf. Acesso em 21/08/2011.

⁸⁵ É impossível negar a proeminência do assunto das prestações materiais, a cargo dos poderes públicos, especialmente no âmbito dos chamados direitos sociais, cuja justiciabilidade é alvo de intensas preocupações (sobre o tema, cf., por todos, QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 147 ss.). É curioso notar, e vale deixar consignado, que a falta da constituição de uma posição jurídica de direito fundamental pode impedir o seu exercício, embora a limitação das reservas dos poderes públicos para custear alguma prestação não se ponha como óbice à realização do direito (como exemplos do caso brasileiro, o aviso prévio proporcional e o direito de greve podem ser registrados). Como se pode concluir, nem sempre que há uma limitação de ordem normativa para a realização de um direito, há também limitação de ordem material (e vice-versa), detalhe capaz de justificar o trato específico das prestações normativas de maneira apartada. Não fosse o bastante, caso não se reconheça a justiciabilidade das prestações normativas dos direitos fundamentais, o controle das omissões acerca das prestações materiais seria inconcebível, pois a exigibilidade dessas prestações depende do reconhecimento da existência de uma posição jurídica que as imponha.

Para se falar em controle de constitucionalidade das omissões do legislador, em qualquer matéria, é conveniente esclarecer o que será considerado parâmetro nesse controle. Como é intuitivo, pelo menos se for considerado o objeto do estudo, as constituições declinam os padrões aos quais todos os comportamentos dos poderes constituídos se devem pautar, formal ou materialmente. Esta intuição deixa suspensas duas questões preliminares à busca por uma concepção de omissão inconstitucional: (1) a caracterização da constituição como um conjunto de normas jurídicas e (2) a supremacia formal e material das normas constitucionais.

Dizer que uma constituição é um plexo de normas jurídicas, nos termos expostos no primeiro capítulo, no qual se defendeu uma normatividade fraca do direito, significa que ela distribui competências, as quais devem ser exercitadas (conseqüência condicionada), caso se observe(m) certo(s) fato(s) (fato condicionante). Ainda conforme ao explanado no capítulo anterior, uma constituição, como a brasileira, em algum momento concederá uma competência cujo não-exercício não terá mais como ser devido, por não constituir o fato condicionante de outra conseqüência jurídica. Exatamente nisto reside o grande interesse da defesa de uma normatividade fraca para o tema: se é verdade que há competências para as quais não há controle de seu exercício, por mais importante e necessário que o exercício dessas competências seja, um dos maiores desafios sobre o controle de constitucionalidade das omissões dos poderes públicos é saber quem deve exercê-lo, quem terá a “última palavra”. Escolher um modelo sem controle jurisdicional (ou bastante limitado) das omissões do legislador pode ser uma opção responsiva a diversos elementos inspiradores de certa ordem jurídica (tais como a democracia, a separação de poderes etc.); entretanto, a inexistência desse controle (ou a sua realização em termos insuficientes) pode, por outro lado, não conferir efetividade a certos preceitos constitucionais, por não levarem à prática de certos atos jurídicos cuja realização a constituição demanda – ou seja: ao exercício de certas competências constitucionalmente conferidas, a fim de complementar a normação iniciada pelo ato do constituinte. O tema será retomado no próximo capítulo, ao se discutir o lugar da jurisdição constitucional no controle de constitucionalidade das omissões do legislador. Por ora, pretende-se afastar as concepções fortes de normatividade, cujas construções parecem admitir a obrigatoriedade das normas constitucionais somente por serem significados extraídos do texto constitucional, sem dar conta de que o ser-devido de alguma conduta devém da previsão de uma reação jurídica à sua inobservância, e não do simples fato de compor uma constituição.

A justificação desse controle tem apoio em tese admitida no Brasil sem restrições

notáveis: a da superioridade (formal e material) das normas constitucionais sobre o comportamento de todos os poderes constituídos. Para utilizar a expressão de Nelson Saldanha, a supremacia atribuída à constituição é como a de um tipo de lei, oriunda em certa medida da concepção legalista de ordem jurídica, pois não seria admissível que outro gênero de norma pudesse prevalecer sobre as “expressões da vontade geral”. Disso, firmou-se a idéia de uma diferença de grau ou de nível entre as leis (ordinárias) e a constituição, tanto pela menor “tocabilidade”, como no sentido de uma maior “consistência” da última⁸⁶. Curiosamente, se a vinculação aos preceitos constitucionais não é posta em discussão quando se trata de controle dos atos comissivos do legislador, a relevância dos silêncios legislativos ainda não é totalmente admitida; e isso é estranho exatamente pelo fato de que a premissa fundamental para as duas coisas é a mesma supremacia das normas constitucionais⁸⁷. Contudo, o aprofundamento da compreensão da supremacia das normas constitucionais⁸⁸, conjugado a outros fatores do constitucionalismo contemporâneo presentes no caso

⁸⁶ Cf. *Formação da teoria constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 129. Ainda sobre a supremacia da constituição, não há motivo para dizer muito sobre se essa supremacia é absoluta ou relativa. Marcelo Neves defende que a supremacia constitucional deve ser compreendida como relativa, por razões semânticas e pragmáticas. No plano semântico, a vagueza e a ambigüidade da linguagem constitucional proscurem (mais que em outros ramos) a utilização da hermenêutica tradicional, fundada no “princípio da univocidade significativa da linguagem jurídica”. No plano pragmático, a pluralidade de órgãos responsáveis pela interpretação e aplicação da constituição impossibilitaria uma unidade na determinação da inconstitucionalidade das leis, sobretudo nos sistema de controle difuso da constitucionalidade (cf. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 66-67). A distinção entre supremacia relativa e absoluta parece não ter maior fundamento, pois, independente de haver uma incerteza sobre o conteúdo da constituição, pode-se defender que as suas normas serão superiores a outras, sejam quais forem. Todo o modo, a dimensão pragmática a que o autor citado por último se refere pode ser de grande relevo na estruturação do controle de constitucionalidade das omissões legislativas, pois pode servir de justificativa para o desenvolvimento de eventuais instrumentos de controle abstrato da constitucionalidade nesses casos.

⁸⁷ A insistência em falar na supremacia das normas *constitucionais* representa a opção por tratar apenas da inconstitucionalidade por omissão, com o afastamento de outros comportamentos ilícitos do legislador. É possível pensar, no ordenamento jurídico brasileiro, em casos nos quais a omissão do legislador possa ser combatida jurisdicionalmente sem contrariar diretamente normas constitucionais, como os casos de ferimento de alguma norma com cunho supralegal (segundo o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do recurso extraordinário 466-343-SP, têm força supralegal as normas dos tratados internacionais de direitos humanos aprovados pelo Congresso Nacional, antes da emenda constitucional nº 45, pelo procedimento comum), ou mesmo uma demanda por atividade legislativa oriunda de uma lei complementar. Já com relação aos tratados internacionais de direitos humanos aprovados nos termos do § 3º, do art. 5º, da Constituição federal, parece razoável defender que o comportamento legislativo contrário às suas normas pode ser atacado pelos instrumentos de controle da constitucionalidade, pois o próprio dispositivo fala em equivalência desses tratados com as emendas constitucionais. Sobre o controle da *inconvenionalidade* por omissão no direito estrangeiro, cf. BAZÁN, Víctor. En torno al control sobre las inconstitucionalidades e inconvenionalidades normativas. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Montevideo: Konrad Adenauer, 2010. p. 151-177. Disponível em <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2010/pr/pr12.pdf>. Acesso em 21/08/2011. Defende o uso da ADO para combater inconvenionalidade por omissão no direito brasileiro MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional de convencionalidade das leis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 125.

⁸⁸ Para Didier Ribes, a garantia da supremacia da constituição “implique *nécessairement* un contrôle des omissions législatives”, ainda que não haja base textual para uma previsão expressa desse controle (cf. Existe-t-il un droit à la norme? Contrôle de constitutionnalité et omission législative. *Revue belge de droit constitutionnel*, n. 3, 1999. p. 238).

brasileiro⁸⁹, leva, inevitavelmente, a uma maior consideração das normas redutoras da liberdade do legislador, as quais podem ensejar o controle jurisdicional das suas omissões. Com efeito, já não são muitos os juristas que combatem a idéia de correção jurisprudencial das omissões do legislador, com a concentração das discussões no plano dos instrumentos possíveis de promoção do controle e dos seus efeitos.

2.2 Noção de omissão inconstitucional

Muitas tentativas de estabelecer uma noção de omissão inconstitucional se diferenciam entre si apenas pela amplitude com a qual pretendem operar. É bastante comum, por exemplo, a oferta de noções abrangentes de omissões de qualquer agente público, a incluir os representantes do legislativo, do executivo e do judiciário. Para Nicolò Trocker, por exemplo, a noção de omissão do direito civil e do direito penal pode servir também ao direito constitucional, de forma que a omissão é constituída de uma abstenção que constitui a violação de uma obrigação de agir decorrente de norma constitucional. Ainda segundo ele, é de se distinguir a omissão da inércia ou inatividade; a pendência de uma obrigação positiva de agir se encontra apenas na omissão, mas não está presente na inércia⁹⁰. A distinção entre a omissão e a mera inércia parece ter certo valor, quando se considera a distinção entre as posições jurídicas de competência e dever. Para se falar em inércia de um sujeito na realização de uma conduta qualquer, é até intuitivo que se pressuponha a viabilidade (hipotética) de ele cometer tal conduta; no caso de um ato jurídico, que esse sujeito tenha a competência para levar a cabo o comportamento condicionante da imputação de certos efeitos jurídicos, o que leva à seguinte conclusão: para se falar em inércia jurídica, pressupõe-se a competência para a prática de um ato. Deste modo, o interesse na distinção estaria na sua adequação à distinção entre competência e dever, explorada no capítulo anterior. Contudo, a terminologia não é a melhor por dois motivos. O primeiro está relacionado ao uso comum, mesmo na linguagem jurídica, dos termos “omissão” e “inércia”; dificilmente, eles são

⁸⁹ Canotilho aduz que o reconhecimento da eficácia direta dos direitos fundamentais e a adoção de teorias consagradoras de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais e que os apontam como fundamento de pretensões subjetivas a prestações, além da existência de imposições constitucionais, normas indicadoras do *se*, do *como* e do *quando* da atividade legiferante, concorreram para tornar a inconstitucionalidade por omissão uma categoria pensável (cf. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra. 1982. p. 330-331).

⁹⁰ “Il concetto di omissione è senz’altro da distinguersi dal concetto di inerzia o di inattività. Non sempre non fare significa omettere: omettere non vuol dire non far niente, ma vuol dire non fare una certa cosa e cioè una cosa che si avrebbe l’obbligo di fare” (Le omissione del legislatore e la tutela giurisdizionale dei diritti di libertà: studio comparativo sul diritto tedesco. *Archivio giuridico*, 1970. p. 100).

manejados com significados diferentes. O segundo se liga à adaptação da terminologia ao tema da omissão inconstitucional. Quando se lembra de que nem toda omissão é inconstitucional, fica claro que a omissão pode ser igualada ao que Trocker considera apenas inércia; assim, quando se estiver diante de uma omissão contrária a um dever de índole constitucional, essa omissão poderá ser qualificada *inconstitucional*.

Preliminarmente, é possível afirmar que a omissão inconstitucional se mostra, portanto, em hipóteses de (1) *não-exercício de uma competência jurídica* (aqui, serão consideradas apenas as legislativas), nas quais essa omissão resulta em uma (2) *situação normativa contrária a normas constitucionais (pela violação de um dever de agir)*. Além desses elementos, é muito comum ver a inclusão do (3) *período de tempo decorrido sem o exercício da competência*, bem como a referência à (4) *limitação da eficácia das normas constitucionais*, dependentes da normação infraconstitucional ulterior para regular as relações jurídicas nas quais devem tomar parte. Para melhor contorno da noção, será conveniente uma análise separada de cada um desses elementos⁹¹.

2.2.1 Da omissão legislativa

As constituições, mesmo as mais analíticas, dentre as quais se pode encartar a atual Constituição brasileira, não têm o perfil de promover, minuciosamente, a regulação pormenorizada das matérias das quais cuidam.

As Constituições não têm o carácter analytic das codificações legislativas. São, como se sabe, largas syntheses, summas de principios geraes, onde, por via de regra, só se encontra o *subtractum* 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 real de acção.⁹²

⁹¹ Para Jorge Miranda, de acordo com os dispositivos da Constituição portuguesa, os pressupostos ou requisitos de funcionamento da omissão legislativa são: (a) que o não cumprimento da constituição derive da violação de certa e determinada norma; (b) que se trate de norma constitucional não exequível por si mesma; (c) que, nas circunstâncias concretas da prática legislativa, falem as medidas legislativas necessárias para tornar exequível aquela norma. Ainda segundo Miranda, a existência de omissões juridicamente relevantes se verifica quando a norma reguladora de alguma relação determina a prática de certo ato em condições determinadas, e o destinatário não o faz, não o faz nos termos exigidos, não o faz em tempo útil, e a esse comportamento se liguem conseqüências mais ou menos adequadas (cf. *Manual de direito constitucional*. t. 2. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 507, 518; *Idem*. La fiscalización de la inconstitucionalidad por omisión en el ordenamiento constitucional portugués. In: _____. *Derechos fundamentales y derecho electoral*. Tradução de Joaquín González Casanova. México D. F.: UNAM, 2005. p. 15, 28; *Idem*. A fiscalização da inconstitucionalidade por omissão no ordenamento constitucional português. In: BAZÁN, Víctor (coord.) *Inconstitucionalidad por omisión*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1997. p. 153, 163). Em sentido semelhante, cf. RODRÍGUEZ, José Júlio Fernández. La jurisprudencia del tribunal constitucional español relativa a la inconstitucionalidad por omisión. In: BAZÁN, Víctor (coord.) *Inconstitucionalidad por omisión*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1997. p. 123.

⁹² BARBOSA, Ruy. *Commentarios á Constituição Federal*. Colligidos e ordenados por Homero Pires. v. 2. São Paulo: Saraiva. 1933. p. 477-478. Outro notável comentarista da Constituição brasileira de 1891 anotou algo

Por não regularem todos os aspectos de todas as relações jurídicas que se travam em uma comunidade, as constituições deixam certos “espaços” cujo preenchimento pode caber a diversos atos admitidos por determinado ordenamento. No âmbito dos sistemas constitucionais modernos, os atos legislativos assumiram papel preponderante como atos normativos imediatamente posteriores à constituição, no deslinde da atividade nomológica. Em virtude da natureza genérica das disposições constitucionais, percebida pela lição transcrita acima, as normas constitucionais podem requerer algum ato superveniente que possa dar continuidade à tarefa normativa do constituinte; também há normas que admitem restrições ou reduções em seus comandos, por meio de atos normativos ulteriores, redutores de algum(ns) de seu(s) âmbito(s) de validade⁹³.

A deixa dessa “margem de manobra” para os poderes constituídos darem uma conformação diferenciada à ordem jurídica é não somente algo praticamente inevitável, como tal “déficit” normativo pode ser muito positivo, ao deixar nas mãos do legislador uma conformação do ordenamento jurídico mais adequada à sua época. Essas observações e uma classificação das imprevisões constitucionais são encontradas em trabalho de Néstor Pedro Sagüés⁹⁴. Para esse constitucionalista, podem existir as imprevisões “boas” e a “más”; a primeira partiria da própria assunção das limitações do constituinte de regular as relações jurídicas, enquanto a segunda diria respeito aos casos em que, por imperícia, covardia ou malícia, o constituinte guarda silêncio sobre algum assunto acerca do qual uma tomada de decisão deveria ter-se dado logo. As imprevisões podem ser voluntárias ou involuntárias. O mais importante é notar a forma pela qual tais imprevisões devem ser encaradas: se como proibições, ou como silêncio do constituinte. A depender da postura diante delas, será possível aos órgãos constituídos a solução das imprevisões mediante métodos de integração constitucional. Para Sagüés, a postura de encarar as imprevisões como um silêncio é mais atrativa, por permitir a construção de respostas jurídicas mais proveitosas ao sistema jurídico. Para o que interessa à pesquisa, a admissão das imprevisões como silêncio pode levar a uma

sobre o caráter fragmentário das constituições: “não seria ella constituição, mas tomaria o character e as largas proporções de um código, si em seu contexto particularisasse a organização completa das instituições e serviços necesarios ao regimen que estabeleceo” (CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. *Constituição federal brasileira*. Rio de Janeiro: Companhia Lytho-Typografia, 1902. p. 138 (Edição fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2002). Embora comentassem o mais sucinto diploma constitucional da história brasileira, são comentários ainda válidos para as constituições mais recentes.

⁹³ Cf., com mais detalhes e com a exposição das doutrinas nacionais sobre a aplicabilidade das normas constitucionais, GOMES, Felipe Lima. *Dois estudos sobre a lei complementar no direito brasileiro*. Fortaleza: Felipe Lima Gomes, 2012. p. 15 ss., 44-45. Disponível em www.bibliografiadedireito.blogspot.com.

⁹⁴ Reflexiones sobre la imprevisión constitucional. *Estudios constitucionales*, n. 1, 2003. p. 487-499. Disponível em http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_ano1/revista_ano1_19.pdf. Acesso em 21/08/2011.

atuação dos poderes constituídos muito peculiar:

A imprevisão constitucional (...) muitas vezes obriga os poderes constituídos a uma atuação de poderes constituintes. É um ato de transformismo jurídico-político para o qual talvez não estejam suficientemente preparados, mas que, para o caso dos tribunais, acaba como um trabalho forçoso, do qual não podem escapar.⁹⁵

As complicações da atuação dos poderes constituídos diante das imprevisões constitucionais, para as quais Sagüés aponta, podem ser deixadas, momentaneamente, de lado, com a retomada do tema no próximo capítulo. Um ponto não pode ser deixado de lado neste instante: o ânimo do legislador de deixar as normas constitucionais descumpridas deve ser levado em consideração na aferição da omissão inconstitucional? Para pôr a questão em outros termos: o legislador omissor desrespeita as normas constitucionais apenas quando o faz de maneira culposa, ou a inconstitucionalidade não fica condicionada a qualquer tipo de culpa?

Constantino Mortati, autor de um dos mais completos e influentes estudos sobre a matéria, propõe uma diferenciação entre omissão e lacuna na qual a culpa compõe o fator de discrimen entre as duas. Para Mortati, a omissão deve ser considerada o descumprimento de uma obrigação de agir, obrigação inexistente no caso da mera lacuna. Assim, como segundo elemento da diferenciação, a omissão é sempre o resultado de um ato de vontade, e a lacuna se dá involuntariamente, ou seja, nesta não haveria a “culpa” do legislador faltoso. Em último lugar, a sentença eliminadora de uma lacuna exaure a função de complementar o ordenamento jurídico, ao passo que a declaratória de inconstitucionalidade de uma omissão pode ser a fonte de outra lacuna do ordenamento⁹⁶.

As teses voluntaristas, tributárias das idéias de Mortati, sofreram grandes críticas de diversos setores da doutrina. Uma das mais correntes empunha a dificuldade de decidir se a deficiência legislativa é culposa ou dolosa, ou até que momento se considera tempestiva (não

⁹⁵ Cf. o trabalho citado na nota anterior, à página 493.

⁹⁶ Cf. Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionale contro comportamenti omissivi del legislatore. In: _____. *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di scritti*. v. 3. Milano: Giuffrè, 1972. p. 927, nota 4. Na literatura brasileira, uma das poucas expressões doutrinárias aderentes a esta concepção é Anna Cândida da Cunha Ferraz, para quem a inércia constitucional resta configurada quando há “inatividade consciente na aplicação da Constituição, ou seja, quando uma norma constitucional deixa de ser aplicada por falta de atuação do poder competente, por um tempo mais ou menos longo que demonstre, com clareza, a intenção desse poder de não cumprir, a tempo e a hora, o comando constitucional” (Proteção jurisdicional da omissão inconstitucional dos poderes locais. *Revista Mestrado em Direito*, n. 5, 2005. p. 160. Disponível em <http://132.248.9.1:8991/hevila/Revistamestradoemdireito/2005/vol5/no5/11.pdf>. Acesso em 21/08/2011; da mesma autora, em sentido semelhante, embora com fórmula menos detalhada: Inconstitucionalidade por omissão: uma proposta para a constituinte. *Revista de informação legislativa*, n. 89, jan./mar., 1986. p. 52).

culposa) a atuação do legislador⁹⁷. Outra crítica, mais aguda, aponta para a incoerência da distinção entre lacuna e omissão. Ao acentuar o componente voluntarístico, Mortati teria enquadrado como objeto de controle jurídico a decisão política de não legislar, pois é essa vontade que faz o silêncio do legislador juridicamente relevante. Contudo, esse silêncio do legislador sempre origina uma lacuna, até mesmo nas situações em que não se agrega uma deliberação de não legislar, hipóteses irrelevantes do ponto de vista do controle de constitucionalidade; deste modo, sempre há lacuna quando houver algum silêncio do legislador, haja ou não a vontade de não legislar. Mas, contraditoriamente, Mortati constrói a sua teoria com base na negação dessa equiparação entre silêncio e lacuna, pois não admite que os juízes ordinários possam colmatar todos os silêncios do legislador da mesma forma que podem eliminar as lacunas do ordenamento, porque isso equivaleria à substituição do legislador na função legiferante⁹⁸. Ainda há quem considere a inclusão da intenção do legislador como desnecessária, para os efeitos do instituto, pois que a omissão legislativa “desencadeie um vício de inconstitucionalidade por omissão não depende de que a mesma responda a uma vontade determinada do legislador”⁹⁹.

Algumas objeções lançadas às teses voluntaristas da omissão legislativa são fortes, embora não sejam irrespondíveis. Sem sobra de dúvidas, a consideração do estado volitivo do legislador tornaria a atividade dos magistrados mais complicada e um tanto quanto nebulosa (quais atos denotam a omissão consciente do legislador? Em que medida cada um desses atos deve ser considerado?). Pode-se rebater essa crítica com a lembrança de que em diversas disciplinas jurídicas a intenção dos sujeitos é determinante para o cometimento de certos atos jurídicos – vastos capítulos do direito dos contratos e do direito criminal, por exemplo, podem dar testemunho disso. A maior ponderação a se fazer, realmente, é relacionada à necessidade de se incluir esse fator na caracterização da omissão inconstitucional. Será hora de refletir acerca da utilização da noção de uma omissão desta

⁹⁷ Cf. RUIZ, María Ángeles Ahumada. El control de la constitucionalidad de las omisiones legislativas. *Revista del centro de estudios constitucionales*, n. 8, jan./abr., 1991. p. 178. Quatro páginas antes, no mesmo trabalho, é apontada a dificuldade de se controlar as omissões legislativas, pois isso implicaria a lida com fatores extra-jurídicos e supõe uma fiscalização da intenção do órgão dificilmente compatível com um processo pretensamente “aséptico de depuración del ordenamiento”.

⁹⁸ Cf. MENÉNDEZ, Ignacio Villaverde. *La inconstitucionalidad por omisión*. Madrid: McGraw-Hill, 1997. p. 69-72.

⁹⁹ Nesse sentido, cf. SEGADO, Francisco Fernández. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas. *Estudios constitucionales*, n. 2, 2009. p. 39. Disponível em http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_ano7-2-2009/estudios_el_control.pdf. Acesso em 21/08/2011. Na seqüência, após deixar registrada a preferência de certas parcelas da doutrina pelas teorias voluntaristas da omissão (e ele cita Anna Ferraz (cf. nota 14)), credita essa preferência à atitude displicente dos legisladores de grande parte dos países da América Latina, com especial destaque para o Brasil, acerca das normas relativas a direitos e liberdades. Esta observação dá mostra da incredulidade com a qual os observadores estrangeiros abordam as omissões legislativas no Brasil.

natureza; se se considerar que o intento é chegar a uma noção útil (ao máximo) para o controle da inconstitucionalidade, afigura-se desnecessário qualquer tipo de investigação sobre a culpa do legislador; interessa, sobretudo, que o reconhecimento e o combate às inconstitucionalidades não devem fazer caso da intenção com a qual os órgãos competentes para certos atos se comportam. Em jogo, deve ser sublinhado, está a supremacia das normas constitucionais, a qual não pode restar menoscabada pelas situações jurídicas inconstitucionais decorrentes de omissões do legislador quando tais comportamentos tenham se originado de meros “descuidos” ou “enganos” do legislativo. Outrossim, a consideração da culpa legislativa na omissão sempre poderia ser usada como um óbice à caracterização da omissão, de grande serventia aos interessados na manutenção de um *status quo* desconforme à constituição.

À vista do que se expendeu, ficam afastadas as teses voluntaristas da omissão inconstitucional. A omissão do legislador se configura pela carência do exercício de uma competência e por nada mais¹⁰⁰. A inconstitucionalidade dessa omissão é que pode ficar condicionada a outros elementos.

2.2.2 Do dever de legislar (ou: da situação normativa contrária à constituição)

Como se vê, a omissão diz respeito apenas a uma competência sem exercício perfeito, incapaz, por si só, de tornar inconstitucional alguma situação jurídica. Alguma norma constitucional tem de fazer uma demanda pelo ato jurídico decorrente do exercício de alguma competência legislativa, a fim de, no caso do silêncio do legislador, poder-se falar em inconstitucionalidade. A proposta, de certa forma já adiantada no capítulo passado, é lançar mão do aporte teórico que representa essa situação com a conglobação de duas posições jurídicas distintas: uma competência e um dever (ambos jurídicos). As dificuldades de se construir uma noção de dever jurídico foram passadas em revista e elas se refletem nas propostas doutrinárias de conformação da omissão inconstitucional. Grosso modo, há duas correntes: a *obligacionista*, a qual defende a existência de uma omissão inconstitucional quando há uma obrigação de legislar descumprida, e a *normativista*, que afirma existir uma inconstitucionalidade por omissão quando o silêncio do legislador gera uma situação jurídica contrária a alguma norma constitucional. A revisão das duas correntes (com um comparativo

¹⁰⁰ Quando se fala em carência, ficam abrangidas tanto a omissão completa sobre uma matéria, quanto a omissão relativa, a qual deixa de fora uma parte da disciplina devida ou uma quantidade de sujeitos que não deveriam ficar fora do “raio de ação” de uma norma. A diferença entre os dois tipos de omissão fundamenta a mais conhecida tipologia das omissões inconstitucionais: omissões relativas e omissões absolutas (cf. n° 3.1.2).

mais detalhado entre ambas), raramente separadas e discutidas na literatura jurídica nacional, pode ofertar bons resultados para a melhor compreensão do tema.

Para Gomes Canotilho, apontado como expoente da corrente obrigacionista, o conceito de omissão legislativa não é naturalístico, redutível a simples conceito de negação. “Omissão, em sentido jurídico-constitucional, significa não fazer aquilo a que se estava constitucionalmente obrigado”; a omissão legislativa, para ganhar significado autônomo e relevante, tem de estar ligada a uma exigência constitucional de ação¹⁰¹. Para Fernández Rodríguez, a constituição, por ter funções e finalidades que a especificam, não esgota a regulação das matérias abordadas pelo constituinte e abre uma ponte entre os poderes constituídos para o cumprimento do programa constitucional e seu ajuste à situação concreta de seu tempo histórico. Essa condição a leva a ter cláusulas *open-ended*, dependentes, para sua aplicabilidade plena, de ulterior prestação normativa. Neste espaço das cláusulas abertas, podem incidir os encargos constitucionais, responsáveis por estabelecer algumas condutas como devidas para o legislador e cujo descumprimento torna uma omissão juridicamente relevante¹⁰². Esses deveres constitucionais impostos ao legislador reduziriam a sua liberdade de conformação, com incidência sobre o momento de atuar ou sobre o conteúdo de sua atividade, a fim de atualizar as normas constitucionais e dar prosseguimento ao plano constituinte.

Um dos grandes esforços subjacentes à corrente obrigacionista, ao recorrer à figura das obrigações de legislar, é contornar um dos grandes óbices impostos ao controle das inconstitucionalidades por omissão: a pretensa inexistência de objeto em um processo

¹⁰¹ Cf. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra. 1982. p. 331-332; *Idem*. Tomemos a sério o silêncio dos poderes públicos – O direito à emanção de normas jurídicas e a proteção judicial contra as omissões normativas. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.) *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 354; *Idem*. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina. 2003. p. 1033 ss. Canotilho maneja uma grande quantidade de termos ao falar da matéria, como imposições constitucionais (divididas entre as abstratas e as concretas), ordens de legislar e deveres gerais de legislar, cuja exposição não interessa aqui. Além disso, ele admite a possibilidade de haver inconstitucionalidade por omissão nos casos de normas constitucionais sem suficiente densidade, necessitadas da atuação legislativa posterior, e nos casos de atualização ou aperfeiçoamento de normas de prognose de direitos fundamentais, quando, da falta de melhorias ou correções normativas, resultem conseqüências gravosas para a efetivação desses direitos. A crítica fundamental a ser feita ao grandioso esquema montado por Canotilho repousa no número excessivo de categorias criadas, algo desnecessário, se se tiver presente o uso dessa teoria no âmbito de um sistema de controle de constitucionalidade por omissão em que, em todas essas hipóteses, serão utilizados os mesmos instrumentos jurídicos. Todo o modo, deve ser dito que o próprio Canotilho sempre deixou expresso o seu desiderato de planejar a questão para todos os casos possíveis de inconstitucionalidade por omissão, haja ou não meio judicial para isso.

¹⁰² Sobre a expectativa de uma conduta determinada do legislador, ele assevera: “No se fundamenta en la no realización de una acción arbitraria sino en la no realización esperada de una, debida, de manera que el centro de toda discusión acerca del problema de la omisión del legislador es el encargo constitucional, que resulta vinculante” (cf. *La inconstitucionalidad por omisión*: teoría general, derecho comparado, el caso español. Madrid: Civitas, 1998. p. 86-89).

direcionado à correção desse tipo de inconstitucionalidade. Ao propor a figura do encargo ao legislador, essa corrente especifica o descumprimento de um dever constitucional como fundamento do controle da inconstitucionalidade da inércia legislativa, porque esse dever é “pré-condição para a possibilidade de se afirmar a existência de omissão legislativa inconstitucional”¹⁰³; ao propor a configuração jurídico-constitucional desse mesmo encargo, torna-o inquestionavelmente jurídico e põe a fiscalização do seu cumprimento fora do âmbito meramente político, de modo a tornar mais fácil a sua sustentação em um processo jurisdicional, pois não deixaria o controle da sua inobservância incompatível com a função de um tribunal.

Alguns autores expressam graves oposições às teses obrigacionistas. As críticas, fundadoras das teses normativistas, têm dois eixos principais. O primeiro deles é relacionado ao objeto do controle das omissões legislativas; para os autores filiados à corrente normativista, são as conseqüências normativas do silêncio, não o próprio silêncio – seja ou não qualificado pela culpa do legislador, – conseqüências constituintes de uma norma implícita deduzida. O segundo está ligado à qualificação, como inconstitucional, de uma omissão: um silêncio do legislador constitui uma omissão inconstitucional quando se gera, a partir dele, uma norma implícita criadora ou conservadora de uma situação jurídica contrária à constituição¹⁰⁴.

Ignacio Villaverde critica as teses obrigacionistas, por pressuporem uma concepção dirigente da constituição, ou, pelo menos, de algumas normas constitucionais. Para ele, há, por trás das teses obrigacionistas, uma tentativa de neutralizar a politização da atividade jurisdicional na fiscalização da constitucionalidade dos silêncios legislativos, através do apontamento de um núcleo dirigente da constituição, núcleo responsável por tornar o legislador mero executor das normas constitucionais, uma vez que, em alguns casos, apenas cumpriria uma obrigação, cujo descumprimento o responsabilizaria. Esta tese deixaria sob a competência da jurisdição constitucional o poder de decidir sobre o comportamento do legislador, decisão de cunho eminentemente político, bem diversa do controle jurídico da constitucionalidade das normas infraconstitucionais – esta, sim, uma função antiga da jurisdição constitucional. Disso vem a sua proposta de fundamentar a inconstitucionalidade das omissões legislativas pela supremacia constitucional, sem importar o grau e o modo de vinculação do legislador à constituição, pois a supremacia das normas constitucionais não é

¹⁰³ Cf. BITENCOURT NETO, Eurico. *Mandado de injunção na tutela de direitos sociais*. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 45.

¹⁰⁴ Cf. RIBES, Didier. Existe-t-il un droit à la norme? Contrôle de constitutionnalité et omission législative. *Revue belge de droit constitutionnel*, n. 3, 1999. p. 251.

bastante para anular a autonomia política dele. Assim, o controle de constitucionalidade do silêncio legislativo se liga a sua face normativa, tal e qual o dos comportamentos comissivos, sobre a *situação normativa* resultante desse silêncio, e não sobre a sua face política (a decisão de legislar). Situação normativa é o regime jurídico de uma matéria, um conjunto de normas jurídicas, explícitas ou implícitas, reguladoras de um assunto; quando uma situação como essa emana de normas implícitas cuja aplicação é provocada pelo silêncio do legislador, e quando a situação jurídica criada desta forma é contrária ao permitido ou ordenado pela constituição, há uma omissão inconstitucional do legislador. A tese normativista teria a virtude de evitar a politização do controle das omissões legislativas e de permitir o reconhecimento da inconstitucionalidade do comportamento do legislador mesmo nas hipóteses em que não se estivesse diante de uma norma constituidora de um dever, cuja ocorrência é uma pedra de toque das teorias obrigacionistas para a admissão da existência de uma omissão inconstitucional¹⁰⁵. A doutrina normativista traria a vantagem de alargar o campo das omissões inconstitucionais para situações não abrangidas pela obrigacionista.

Postas dessa forma, as correntes obrigacionista e normativista se opõem quanto à necessidade de haver algum dever de legislar, cujo descumprimento gere a inconstitucionalidade da omissão. Embora postas, principalmente pelos defensores das teses normativistas, como antagônicas, essas teses encontraram interpretações conciliadoras na doutrina. Jorge Pereira da Silva sugere que as diferenças entre as duas correntes refletem distintas perspectivas do mesmo fenômeno: a omissão legislativa pode ser objeto de controle jurisdicional com o objetivo de apurar a constitucionalidade da situação normativa resultante, ou com o intuito de promover a responsabilização estatal do estado-legislador. Na primeira hipótese, é tomada em linha de conta a situação objetivamente registrada na ordem jurídica por força do comportamento omissivo – “o sentido normativo implícito que se deduz do silêncio e que atenta conta [*sic*] a Constituição”. No outro caso, a conduta do legislador, em si mesma, é o centro da atenção, razão pela qual se torna relevante a censurabilidade objetiva e subjetiva dessa conduta, “inclusivamente a sua intencionalidade (correspondendo, neste caso, a uma verdadeira “decisão” de omitir) ou não intencionalidade”. À vista do explanado, a inconstitucionalidade por omissão afigura-se uma “realidade bifronte”, de modo que as correntes obrigacionistas e normativistas acabam por se revelar redutoras face à complexidade

¹⁰⁵ Cf. La inconstitucionalidad por omisión de los silencios legislativos. *Anuario de derecho constitucional y parlamentario*, n. 8, 1996. p. 122-124; *Idem*. *La inconstitucionalidad por omisión*. Madrid: McGraw-Hill, 1997. p. 58-59, 72-74; *Idem*. *La inconstitucionalidad por omisión. Um nuevo reto para la justicia constitucional*. In: CARBONELL, Miguel (coord.) *En busca de las normas ausentes: ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*. México: México, 2003. p. 71-77. Disponível em <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=544>. Acesso em 21/08/2011.

dessa figura jurídica, pois uma é mais adequada ao contencioso de responsabilidade, e outra ao controle de constitucionalidade¹⁰⁶. Francisco Fernández Segado concorda, pelo menos parcialmente, com a interpretação de Jorge da Silva e vai além: a adesão a alguma das correntes deve ter relação com o sistema de justiça constitucional e com as técnicas de fiscalização utilizadas pelo ordenamento jurídico do qual a investigação parte. Não seria uma coincidência o fato de as doutrinas e as jurisprudências brasileira e portuguesa se alinharem às teses obrigacionistas; a consagração do instituto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão conduziria a isso. Em países como Itália e Espanha, ao contrário, o controle de constitucionalidade se verifica por ocasião da aplicação das leis, mais precisamente quando da aplicação de normas implícitas resultantes da inexistência de normas legislativas expressamente requeridas pela constituição, ou pela aplicação de textos legais “pré-constitucionais”, cuja utilização se dá pela falta de cumprimento legislativo de mandados constitucionais. Este motivo explicaria a adesão às teorias normativistas nesses países¹⁰⁷.

Essas interpretações conciliatórias reforçam a dificuldade de estabelecer uma noção geral para a omissão inconstitucional. Embora o intuito aqui seja o de torner uma noção funcional para o controle (jurisdicional) das omissões legislativas inconstitucionais, não será demais fazer uma crítica para uma possível superação da dicotomia vazada nas duas correntes, até porque ela pode ser importante no auxílio à compreensão da matéria no caso brasileiro. Uma estratégia para achar um denominador comum às duas correntes pode ser bem sucedida se erodir o grande obstáculo separador de ambas: a existência de um dever de legislar, cujo incumprimento geraria a inconstitucionalidade da omissão (argüida pelos obrigacionistas). Se, para os normativistas, a inconstitucionalidade advém de uma situação jurídica contrária à constituição, é de se questionar: todo descumprimento de um dever de legislar leva a uma situação jurídica contrária à constituição? A resposta a essa pergunta nem sempre é afirmativa na doutrina. Fernández Segado, por exemplo, afirma que o descumprimento de alguns deveres constitucionais de legislar podem gerar apenas “vazios normativos”, cujo prolongamento no tempo gerará uma situação social contrária às previsões constitucionais, sem haver norma implícita inconstitucional alguma¹⁰⁸. É valiosa a observação

¹⁰⁶ Cf. *Dever de legislar e protecccão jurisdicional contra omissões legislativas*: contributo para uma teoria da inconstitucionalidade por omissão. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003. p. 12-13.

¹⁰⁷ Cf. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas. *Estudios constitucionales*, n. 2, 2009. p. 32-34. Disponível em http://www.cecococh.cl/docs/pdf/revista_ano7-2-2009/estudios_el_control.pdf. Acesso em 21/08/2011.

¹⁰⁸ Para ilustrar a sua exposição, ele se vale do inc. VIII, do art. 37, da Constituição brasileira (“a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”). Cf. o trabalho citado na nota anterior, à página 34.

de que também as teorias obrigacionistas alegam uma virtude também alegadamente detida pelas teorias normativistas: ser mais abrangente sobre o reconhecimento de hipóteses de inconstitucionalidades por omissão; tal observação leva à necessidade de investigar o acerto da resposta de Segado. A omissão legislativa, no caso por ele mesmo trazido, levaria à impossibilidade completa da garantia de reserva de um percentual dos cargos e empregos públicos às pessoas portadoras de deficiência. Entretanto, uma reserva dessa natureza é exatamente aquilo demandado pela Constituição ao dispor dessa forma, é dizer: uma recusa dessa reserva leva a uma situação contrária à norma constitucional extraída do referido dispositivo. Mas, neste caso (e isso passou despercebido por Segado), haveria, para os normativistas, uma norma implícita inconstitucional decorrente da omissão do legislador: a norma segundo a qual o recrutamento de pessoal para ocupar cargos e empregos públicos não deve resguardar uma reserva para os deficientes físicos. Com isso, a tentativa de demonstrar a possibilidade de quebras de deveres de legislar sem a respectiva formação de normas inconstitucionais implícitas termina sem êxito.

Estabelecida a existência de uma situação jurídica inconstitucional, quando há uma quebra de um dever de legislar, falta enfrentar o outro grande empecilho a uma interpretação conciliadora das duas correntes: a especificação do momento no qual surge o dever de legislar, cujo descumprimento gere a inconstitucionalidade da omissão. A corrente obrigacionista tende a promover, para resolver esse problema, uma diferença entre imposições constitucionais *concretas* e *abstratas*: as concretas têm o seu descumprimento ligado a situações em que há um verdadeiro caso de inconstitucionalidade, no âmbito da luta jurídico-constitucional pelo reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão; o descumprimento das abstratas fica no plano da inexecução das exigências constitucionais e, eventualmente, no plano das situações ainda constitucionais¹⁰⁹ – com a tendência para a conversão em situações inconstitucionais, caso não haja a ação do legislador cumpridora da imposição¹¹⁰. Entretanto, qual concretude um dever dessa natureza deve apresentar a fim de integrar o “grupo” das imposições concretas ou o das abstratas nunca foi alvo das atenções dos doutrinadores, os

¹⁰⁹ Sobre as situações ainda constitucionais, cf. n.º 3.1.2.

¹¹⁰ Nesse sentido, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina. 2003. p. 1034. Em sentido semelhante, na doutrina nacional, Jorge Hage considera necessária a diferenciação entre “normas atributivas de direitos (especialmente os fundamentais, e, dentre estes os sociais) dependentes embora (em princípio) de regulamentação para serem exercidos” e “normas programáticas, normas-objetivo ou metas coletivas”. As primeiras impõem aos entes estatais ou aos particulares um dever jurídico, seja de legislar, seja de oferecer uma prestação estatal. As segundas deixam aos poderes públicos um juízo de conveniência e de oportunidade, além de certa liberdade sobre o conteúdo da realização concretizadora dessas normas (cf. *Omissão inconstitucional e direito subjetivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999. p. 45).

quais se limitam, quando muito, a apontar alguns exemplos de deveres concretos e de deveres abstratos. A omissão dessa doutrina neste ponto afigura-se preocupante, porque pode acobertar o desprezo pelo controle jurisdicional de omissões cujas normas impositoras sejam consideradas *abstratas*. Contudo, e isso ainda será discutido com mais precisão, afastar a possibilidade de controle jurisdicional das imposições reputadas abstratas, sem se fazer quaisquer outras considerações (como a matéria em jogo e outras variáveis dos casos sob análise dos tribunais), pode ser, em muitos casos, uma postura extremamente relapsa para com a efetividade das normas constitucionais. Em matéria jusfundamental, isso se agrava extraordinariamente, pela importância dos direitos cuja realização pode ser obstada pelas omissões do legislador. Mais: muitas das mais importantes normas relativas a direitos fundamentais são de pouca “concretude”, o que não pode, *por si só*, servir de justificativa para o rechaço à exigibilidade jurídica das posições normativas que podem constituir. Essas razões sugerem o abandono da distinção entre imposições concretas e abstratas, pois ela pode estabelecer uma dificuldade desnecessária (tratar-se de uma imposição concreta) ao reconhecimento, se não das inconstitucionalidades por omissão, da aceitação do controle jurídico das situações normativas instauradas pelos comportamentos omissivos.

A recusa à diferença entre imposições concretas e imposições abstratas não leva, necessariamente, ao abandono das teorias obrigatoristas. Mas essa recusa, ao dar menor importância ao “tipo” de imposição, quando se trata de reconhecer (e debelar) a inconstitucionalidade por omissão, centraliza a problemática na ausência de conformidade da situação jurídica estabelecida com o silêncio do legislador a alguma(s) norma(s) constitucional(is), tendência indiciadora de uma adesão às teses normativistas. Exatamente neste ponto, pode-se realizar uma tentativa de conciliar as duas correntes. Se se admitir, como dito, a existência de uma norma inconstitucional implícita sempre que houver a quebra de um dever constitucional de legislar, é razoável a idéia segundo a qual *o dever de legislar é um parte do dever geral de conformidade à constituição*, cuja especificidade é apenas a de estar ligado às competências para legislar¹¹¹, de modo que se torna possível igualar o dever de

¹¹¹ Segundo Ignacio Villaverde, o dever específico de legislar é claramente distinto do dever genérico de se submeter às normas constitucionais, nos termos do art. 9.1, da Constituição espanhola (“Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”). Contudo, ainda segundo ele, esse dever genérico impõe ao legislador “el deber de reparar esas situaciones jurídicas contrarias a la Constitución que se mantienen o crea con su propia inactividad” (cf. *La inconstitucionalidad por omisión. Un nuevo reto para la justicia constitucional*. In: CARBONELL, Miguel (coord.) *En busca de las normas ausentes: ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*. México: México, 2003. p. 74, nota 14. Disponível em <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=544>. Acesso em 21/08/2011). A afirmação do autor citado é criticável, em primeiro lugar, por dizer nada acerca da “clara” diferença entre o dever geral de conformidade à constituição e o dever específico de legislar. Em segundo lugar, se é esse dever geral aquele cujo conteúdo

legislar ao dever de comportamento conforme à constituição. Nestes termos posta a questão, as teses normativistas se encontram com uma versão obrigacionista diferenciada, mais “fraca”, sem a preocupação de encontrar um nível qualquer de concretude das normas constitucionais capaz de tirar a inconstitucionalidade por omissão do âmbito da luta político-constitucional para o da luta jurídico-constitucional (este último, o interessante para os fins deste trabalho), com a conseqüente ampliação das possibilidades de controle jurisdicional das inconstitucionalidades por omissão¹¹².

A título de balanço do discutido sobre este ponto da caracterização da omissão inconstitucional, pode-se concluir: uma omissão legislativa inconstitucional existe quando há alguma situação jurídica contrária à constituição, decorrente da falta de exercício de uma competência do legislador – essa omissão será, *ipso facto*, lesiva do dever de legislar, desde que haja a competência de algum órgão para controlar essa inconstitucionalidade (pois esta é uma condição para a existência desse dever). Com esses contornos, a noção de omissão inconstitucional fica mais útil ao controle jurisdicional, ao evitar um óbice desnecessário ao reconhecimento da inconstitucionalidade. Já seria possível encerrar nesses elementos. Contudo a análise dos outros dois possíveis componentes da inconstitucionalidade por omissão se impõe pela importância na conformação desse instituto, com inequívocos impactos no controle de constitucionalidade.

2.2.3 Período de tempo decorrido sem o exercício da competência

Como a constituição tem um caráter fragmentário, muitas matérias ficam para o trato do legislador constituído. A quantidade de intervenções legislativas necessárias ao adequado desenvolvimento normativo do ordenamento pode ser muito grande – e não se põe em consideração neste momento a eventual necessidade de atualização/adequação de normas

determina a reparação das situações jurídicas contrárias à constituição, qual papel restaria a um dever específico de legislar? Aparentemente nenhum, pois um dever específico de legislar teria como objeto uma conduta do legislador demandada pela constituição, cuja inobservância teria, por seu turno, conseqüências jurídicas inconstitucionais. Acontece que estas conseqüências já existiriam em virtude do dever geral, o qual já vincula o legislador e torna, portanto, supérfluo um dever específico.

¹¹² A crítica, por vezes feita, de que essa postura poderia conduzir a uma “banalização das inconstitucionalidades”, com prejuízo à força normativa da constituição, é altamente questionável (uma ocorrência dessa crítica pode ser colhida em CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra. 1982. p. 333). Uma “banalização das inconstitucionalidades”, caso ocorresse, seria apenas o reflexo de uma banalização do desrespeito à constituição, situação a ser firmemente combatida, se se tomar a postura de levar a sério as normas constitucionais. Em outra frente, não se justifica como a banalização das inconstitucionalidades pode levar ao enfraquecimento da força normativa constitucional, pois o combate às situações jurídicas inconstitucionais será de intensidade diretamente proporcional à própria força normativa da constituição.

já existentes, inicialmente compatíveis com a constituição, mas depois inconstitucionais por algum motivo. Esta realidade traz, muita vez, sérios problemas nos casos de constituições recém-promulgadas, as quais podem demandar uma grande quantidade de novos atos legislativos. Pelo menos nestes casos, seria absurdo cobrar do legislador uma atividade que exaurisse, de imediato, todas as necessidades constitucionais de normação, não apenas por serem muitas, mas porque, em algumas situações (poucas, é verdade), é difícil até determinar se existe ou não uma insuficiência normativa da constituição.

Com fundamento nessas dificuldades, diversos setores da doutrina são categóricos na defesa da necessidade do transcurso de um período de tempo para a caracterização da inconstitucionalidade de uma omissão legislativa. Como não há meios de conceder aplicabilidade direta às normas constitucionais carentes de complementação normativa, “ao conceito de omissão se deve agregar algum juízo valorativo sobre o período razoavelmente necessário para baixar os atos normativos necessários à exequibilidade das normas constitucionais”¹¹³. Neste ponto, afirma Fernández Rodríguez, encontram-se a grande relatividade do instituto e a necessidade de um procedimento casuístico, capaz de analisar individualmente as circunstâncias de cada caso, o que pode levar a diferentes posições, embora exista a aparência de uma similaridade do ponto de vista técnico. Nem todos os dispositivos constitucionais trazem um prazo para a atividade do legislador se desenvolver, sinal da concessão de uma liberdade para exercitar suas competências. Contudo, isso não pode justificar, indefinidamente, a ausência de norma, motivo pelo qual deve ficar nas mãos do órgão competente para o controle de constitucionalidade o poder de indicar qual período de tempo razoável para a prática de um ato legislativo; se este período for excedido, caracterizar-se-á uma inconstitucionalidade¹¹⁴.

Outros setores doutrinários têm opinião bem distinta sobre o transcurso do tempo

¹¹³ BERNARDES, Juliano Taveira. Novas perspectivas do controle da omissão inconstitucional no direito brasileiro. In: TAVARES, André Ramos; FERREIRA, Olavo A. V. Alves; LENZA, Pedro (coord.) *Constituição federal – 15 anos: mutação e evolução – comentários e perspectivas*. São Paulo: Método, 2003. p. 241. O autor citado transcreve julgado do Supremo Tribunal Federal no qual esse entendimento é sufragado e, na página seguinte, sustenta existir uma “mora qualificada” quando há indicação expressa do prazo máximo para a atividade legislativa acontecer, mas a inércia permanece mesmo ao fim do prazo.

¹¹⁴ Cf. *La inconstitucionalidad por omisión: teoría general, derecho comparado, el caso español*. Madrid: Civitas, 1998. p. 85-86; *Idem*. Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión. In: CARBONELL, Miguel (coord.) *En busca de las normas ausentes: ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*. México: México, 2003. p. 33-34. Disponível em <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=544>. Acesso em 21/08/2011. Mais além, para Fábio Corrêa Souza de Oliveira, o fator temporal deve ser abordado na declaração de inconstitucionalidade por omissão em duas perspectivas: “1) averiguar se transcorreu um período de tempo razoável a possibilitar a normatização devida, apesar do qual o legislador se mantém inerte; 2) avaliar se é conveniente e oportuno abrir prazo para o legislador se manifestar, findo o qual, permanecido o silêncio, o Judiciário colmata o vazio legiferante” (*Vida e morte da constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 382).

sem o cumprimento de um dever de legislar com relação à inconstitucionalidade por omissão decorrente disso. O silêncio do constituinte sobre o prazo máximo para o legislador atuar tem de ser interpretado como a concessão de uma liberdade para a escolha do momento de atuar; quando não há a indicação de prazo, a decisão sobre o momento de agir não integra o âmbito do jurídico, mas (somente) o do político¹¹⁵. Este juízo de oportunidade pertence ao conjunto de competências do legislador, razão por que a questão do prazo é irrelevante para determinar se o silêncio vulnera a constituição – vulneração cuja existência não depende do transcurso de qualquer prazo. Os deveres impostos pelas normas constitucionais não consistem em fazer algo em um tempo determinado, mas em fazê-lo desde a promulgação da constituição – ou quando a situação normativa resultante de sua omissão tornar-se inconstitucional, apesar de, inicialmente, constitucional. Deste modo, se o legislador pode eleger com liberdade o momento para cumprir o dever imposto a si, sua inatividade não deve, necessariamente, ser interpretada como contrária à constituição¹¹⁶.

As duas tendências apresentadas merecem certos reparos. Defender a existência de uma inconstitucionalidade apenas quando ultrapassado certo período de tempo traz um inconveniente para o reconhecimento das inconstitucionalidades, a saber: o prazo razoável para o legislador atuar. Não se rechaça a possibilidade de, em decisão no controle de constitucionalidade de omissões legislativas, o juiz constitucional indicar um prazo para o legislativo exercer a sua competência, ao fim do qual o judiciário possa dar a prestação normativa direta, caso isso não seja feito pelo legislador; o problema é a imposição do transcurso desse prazo como condição do reconhecimento da inconstitucionalidade – uma complicação injustificável, desde que considerados certos pressupostos. Se o ordenamento jurídico comporta diversas soluções no controle de constitucionalidade das omissões do legislador, é mais interessante transferir o critério temporal do reconhecimento da

¹¹⁵ Essa tese é bastante frágil. Se fosse assim, por que o constituinte elegeria alguns temas para cravar um prazo para o legislador tratá-los adequadamente? Uma resposta viável alegaria a opção do constituinte pela importância de algumas matérias, cujo desenvolvimento normativo pretendesse deixar encaminhado em certo prazo. Entretanto, essa defesa não parece forte, pois não é de se admitir que o constituinte tenha marcado todas as matérias (mais) relevantes com um prazo para a tarefa legislativa, e mesmo que fosse de se o admitir, restaria um problema: com o passar do tempo, outras matérias tratadas pela constituição poderiam ganhar uma importância extraordinária, inimaginável à época da constituinte, mas não teriam o condão de impor um dever jurídico, pois o constituinte não assinalou um prazo para a sua regulação.

¹¹⁶ Cf. MENÉNDEZ, Ignacio Villaverde. *La inconstitucionalidad por omisión de los silencios legislativos. Anuario de derecho constitucional y parlamentario*, n. 8, 1996. p. 127-128; *Idem. La inconstitucionalidad por omisión*. Madrid: McGraw-Hill, 1997. p. 42 ss.; RIBES, Didier. Existe-t-il un droit à la norme? Contrôle de constitutionnalité et omission législative. *Revue belge de droit constitutionnel*, n. 3, 1999. p. 250. Ignacio Villaverde, nos locais indicados nesta nota, chega até à afirmação de que o recurso do juiz constitucional ao prazo razoável para legislar “no es más que un espurio ejercicio de política legislativa”.

inconstitucionalidade por omissão *para a escolha da medida a ser utilizada no controle*¹¹⁷. Como a resposta jurisdicional pode variar, o tempo decorrido sem o exercício de alguma competência imposto pela constituição pode servir como um fator na escolha da medida a ser adotada, mais ou menos atentatória à liberdade de conformação do legislador, de acordo com as circunstâncias do caso¹¹⁸; mas apenas como um fator de segunda ordem, porque, como observou Canotilho, o critério decisivo para a inconstitucionalidade de uma omissão não são os prazos ou limites temporais, mas a importância e a indispensabilidade da mediação legislativa para o cumprimento e exequibilidade das normas da constituição. Seja como for, ainda de acordo com ele, isso não quer dizer que o tempo seja irrelevante; se o legislador fosse livre na escolha do ponto temporal para a emanção das leis, ele teria a liberdade para estabelecer os efeitos reais das imposições¹¹⁹. Essa lição é firme e precisa, inclusive quando faz notar o desvio que se cometeria caso ficasse à mercê do legislador a determinação dos efeitos dos deveres a si impostos – nisto se vê o ponto baixo das idéias dos defensores da ampla liberdade do legislador sobre o momento de atuar, quando a constituição não impõe prazos.

Para fazer um repasse do ponto, a inclusão do período de tempo sem exercício da competência não deve figurar na noção de omissão inconstitucional, já que o mais relevante nessa caracterização é a necessidade de atuação legislativa para afastar uma situação jurídica inconstitucional.

2.2.4 Normas constitucionais de eficácia limitada

¹¹⁷ Dentre as circunstâncias mais relevantes, figura a existência de um processo legislativo em trâmite, cujo desfecho possa resultar no cometimento de um ato legislativo capaz de solver a omissão combatida por algum meio idôneo. Na literatura nacional, um dos poucos autores a enfrentar esse problema é Gilmar Mendes, defensor da possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade de uma omissão legislativa também com o processo legislativo já deflagrado. Para ele, certas peculiaridades da atividade legislativa, a exemplo da complexidade de algumas de suas ações e as necessárias discussões sobre algumas pautas, podem justificar uma demora na conclusão de alguns atos; todo o modo, nem isso serviria para afastar a inconstitucionalidade quando se configura “uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional” (cf. *Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADO, ADC: comentários à Lei n. 9868/99*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 389-391). A partir da citação realizada, é possível perceber a adesão de Gilmar Mendes à tese da inclusão de um período de tempo excessivamente longo na caracterização da inconstitucionalidade por omissão. Pelos pressupostos adotados neste trabalho, a existência de uma conduta manifestamente desidiosa do legislador poderia atuar como um elemento na determinação da medida utilizada no combate às situações jurídicas inconstitucionais observadas por conta da omissão, mas a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade quando há projeto de ato legislativo em trâmite também é admitida, pois o ponto fundamental para o reconhecimento de uma inconstitucionalidade é a afronta às normas constitucionais, não o tempo da sua duração.

¹¹⁸ Como se verá no último capítulo, o sistema brasileiro de debelamento das omissões legislativas permite a adoção de várias medidas pelo judiciário.

¹¹⁹ Cf. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra. 1982. p. 353-354, nota 55.

Para grande parte da doutrina especializada, a inconstitucionalidade por omissão está restrita a casos nos quais estão envolvidas normas de eficácia limitada. Estas normas remetem à célebre classificação das normas constitucionais empreendida por José Afonso da Silva, em um dos trabalhos monográficos mais influentes da história do constitucionalismo brasileiro¹²⁰. O tema, aliás, envolveu (e ainda envolve) grandes debates e contribuições doutrinárias desde o século próximo passado e é um ponto alto da teoria constitucional no Brasil. Em virtude das limitações impostas pelo tema desta pesquisa, não se fará um apanhado mais abrangente desses contributos doutrinários¹²¹; o ponto de partida será o trabalho de José Afonso da Silva, pois a ele se reportam vários escritores ao tratar da inconstitucionalidade por omissão, sobretudo com a intenção, já aventada, de restringir a ocorrência de omissões legislativas inconstitucionais às normas de eficácia limitada, de desenvolvimento normativo dependente da atuação superveniente do legislador.

Em 1968, veio a lume a primeira edição da obra *Aplicabilidade das normas constitucionais*. Segundo o seu autor, a divisão, com relação à eficácia dessas normas, dar-se-ia em três tipos: normas de *eficácia plena*, normas de *eficácia contida* e normas de *eficácia limitada*. As normas de eficácia plena produzem (ou têm a possibilidade de produzir), desde a entrada em vigor, todos os efeitos essenciais, “relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular”; as de eficácia contida são produzidas todos os seus efeitos essenciais, mas trazem conceitos ou previsões cuja limitação é permitida em certas circunstâncias, razão pela qual podem ter a sua eficácia restringida; as últimas não produzem seus efeitos essenciais *ab ovo*, “porque o legislador constituinte por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante (...)”. Estas seriam ainda divisíveis em normas de *princípio institutivo*, que traçam princípios a ser obedecidos pelos órgãos públicos, como programas das respectivas atividades, com vistas à realização dos “fins sociais do Estado”, e normas *programáticas*, responsáveis por impor esquemas de gerais de estruturação e atribuições de órgãos para o legislador ordinário ao estruturá-las em definitivo¹²². A partir dessa conformação, o próprio José Afonso da Silva, ao falar sobre a inconstitucionalidade por omissão, limita o fenômeno aos “casos em que não sejam praticados atos legislativos ou executivos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais”, para a efetivação prática das situações

¹²⁰ *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo. Malheiros, 2007.

¹²¹ Para maiores indicações sobre o tema, cf. referência da nota 93.

¹²² Cf. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo. Malheiros, 2007. p. 81-87, 101-102, 121-126, 135-138.

jurídicas constituídas pelas normas¹²³.

Seja com base na classificação acima exposta, seja em outras semelhantes, diversos autores seguem na linha de restrição da inconstitucionalidade por omissão ao conjunto de situações nas quais há ausência de complementação normativa das assim chamadas normas de eficácia limitada¹²⁴. Essa doutrina tem um fundamento importante: as normas de eficácia plena não necessitam de uma nova intervenção do legislador para efetivar a normação baixada pela constituinte. Desta forma, o judiciário tem o material normativo bastante à aplicação do direito aos casos sob seu julgamento e isso exclui a possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade por omissão, caso o legislador não exercite a sua competência para regular mais detidamente a matéria.

Não é à toa que esses setores da doutrina incluem a eficácia limitada das normas constitucionais como condição para a inconstitucionalidade da omissão legislativa; o motivo, acabado de expor, é forte. Entretanto, há casos nos quais a aceitação da aplicação direta pelo judiciário ainda se pode mostrar insuficiente para uma realização mais satisfatória de certas normas, especialmente das constituintes de posições jurídicas de direitos fundamentais. Isto porque a incerteza sobre as formas de realização de certos direitos (e sobre a própria conformação deles) pode gerar sérios problemas para os seus titulares. Além disso, a consagração de diversos direitos fundamentais, alguns dos quais disputam, *a priori*, os mesmos “espaços”, pode levar a uma insegurança sobre os limites de cada um; em casos desta natureza, torna-se importante (no limite, necessária) a tomada de uma decisão do legislador, a fim de manejar uma prestação normativa capaz de promover a acomodação desses direitos de maneira clara o suficiente para resolver, previamente, dúvidas cuja solução ficaria apenas a cargo do judiciário, instado a se pronunciar em algum conflito a seu juízo submetido – com prejuízo, mais uma vez, para os titulares de posições jurídicas jusfundamentais. Esses

¹²³ Cf. o livro por último citado, à página 166.

¹²⁴ Nesse sentido, já foi citado Jorge Miranda (cf. as referências da nota 91). Sem pretensões de exaustividade, cf. também RODRÍGUEZ, José Júlio Fernández. Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión. In: CARBONELL, Miguel (coord.) *En busca de las normas ausentes: ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*. México: México, 2003. p. 37. Disponível em <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=544>. Acesso em 21/08/2011, para quem a falta de uma *interpositio legislatoris* traz como resultado a falta de eficácia (ou eficácia incompleta) dessas normas. Em sentido semelhante, cf. PARRA, Diego Andrés. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas: perspectivas del problema. *Foro. Revista de derecho*, n. 4, 2005. p. 63. Disponível em <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1774/1/RF-04-TC-Parra.pdf>. Acesso em 21/08/2011. Na literatura nacional, cf. TAVARES, André Ramos. Aspectos atuais do controle abstrato da omissão inconstitucional. In: TAVARES, André Ramos; FERREIRA, Olavo A. V. Alves; LENZA, Pedro (coord.) *Constituição federal – 15 anos: mutação e evolução – comentários e perspectivas*. São Paulo: Método, 2003. p. 285, onde é afirmado que a “inconstitucionalidade por omissão surge quando a Constituição prescreve uma conduta positiva necessária para lhe integrar a vontade e garantir-lhe a eficácia plena e essa conduta não se verifica”. Veja-se ainda, no mesmo sentido, CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 222.

detalhes, analisados com vagar no número dedicado aos direitos fundamentais, conduzem à opinião segundo a qual a inconstitucionalidade por omissão pode ocorrer também quando estiverem em jogo prestações normativas complementadoras de normas de eficácia plena, embora, não se pode negar, o “habitat natural” desse fenômeno esteja no terreno das normas de eficácia limitada¹²⁵.

2.2.5 Conclusões acerca da omissão inconstitucional do legislador

À vista dos elementos lançados até aqui lançados, a inconstitucionalidade por omissão está condicionada a um comportamento do legislador com o qual ele não cumpre um dever de exercer uma competência a si conferida. Foi explicado como deve ser interpretada a existência desse dever de legislar¹²⁶; ela deve ser equiparada à existência de uma situação jurídica inconstitucional, a qual se põe exatamente por conta da inação do legislador. Como se viu, é de uma solução conciliatória entre as correntes obrigacionistas e normativistas da omissão inconstitucional, que se dividem por conta da admissão, pelas primeiras, da existência de uma obrigação dirigida ao legislador como condição para o reconhecimento da inconstitucionalidade de seu comportamento, enquanto as segundas enfatizam apenas a contrariedade de uma norma (ou várias delas) inconstitucional(is) cuja aplicação se faz por conta da omissão legislativa. Estes são os pontos fundamentais para a caracterização de uma omissão inconstitucional. O tempo decorrido sem o exercício devido de competências legislativas pode ficar afastado da própria caracterização da inconstitucionalidade, para servir como um dos requisitos tomados em consideração na decisão sobre os efeitos a atribuir a uma situação jurídica contrária a alguma norma constitucional. No outro ponto mais detidamente enfrentado, notou-se que o centro das discussões acerca das omissões legislativas está no conjunto das normas classificadas como de eficácia limitada, embora também seja importante fazer notar a possibilidade de haver inconstitucionalidades decorrentes da ausência de deliberação do legislador em sede de normas de eficácia plena, sobretudo em matéria de direitos fundamentais. Para melhor compreender como se caracteriza a omissão legislativa

¹²⁵ Em sentido semelhante, Dirley da Cunha Júnior propõe a relativização da afirmação de que, se todas as normas constitucionais tivessem eficácia plena, não haveria inconstitucionalidade por omissão, pois há normas que contemplam direitos “e carecem de providências normativas e materiais do poder público, dando lugar ao reconhecimento, em caso de omissão, da inconstitucionalidade” (cf. *O controle judicial das omissões do poder público*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 113-114).

¹²⁶ É necessário, a bem do rigor terminológico, lembrar como se pautou a noção de dever jurídico adotada: pode-se falar em dever jurídico quando há uma competência para controlar uma situação jurídica. Deste modo, a noção não fica restrita apenas às situações nas quais há competência para aplicação de uma sanção patrimonial e/ou política.

inconstitucional sobre direitos fundamentais, é necessário, no próximo passo, fazer algumas considerações sobre esses direitos.

2.3 Noções de direitos fundamentais e a liberdade de conformação do legislador

2.3.1 *Notas iniciais*

Nos últimos anos, os direitos fundamentais têm consumido a atenção de parcela extraordinariamente alta do constitucionalismo em quase todo o mundo. A preocupação se justifica pelo novo patamar ao qual esses direitos foram alçados nas constituições de diversos países, especialmente em alguns diplomas promulgados após a Segunda Guerra Mundial. A partir desse período, os direitos fundamentais passaram a ganhar a nota específica que lhes veio a caracterizar como uma nova categoria jurídica: a *força normativa*¹²⁷. O impacto do ganho de densidade normativa das normas constitucionais consagradores de direitos foi tão grande que a imagem de Jorge Miranda segundo a qual se iniciava uma “revolução copernicana” no mundo jurídico não é exagerada; antes, dá uma noção mais precisa da reviravolta no pensamento jurídico operada pelo estabelecimento, na condição de direito positivo, da dignidade da pessoa – “valor-fonte de todos os valores”, para utilizar uma expressão de Miguel Reale¹²⁸ – como “centro gravitacional” de todo o ordenamento¹²⁹.

Os grandes vetores normativos dessa reviravolta foram as cláusulas de eficácia jurídica direta dos direitos fundamentais, e estas mesmas cláusulas são ainda representativas de uma profunda mudança operada na relação entre esse direitos e a lei, alteração tributária do reconhecimento da supremacia das normas constitucionais: de direitos fundamentais no âmbito da lei, passou-se para a lei no âmbito dos direitos fundamentais. Em uma frente, isso significava, já na concepção liberal dos direitos fundamentais (como direitos de defesa contra intervenções estatais), a indisponibilidade dos direitos pelos poderes constituídos – dentre eles o legislativo – e a consagração de posições jurídicas consistentes no poder de invocar esses

¹²⁷ A força normativa dos direitos fundamentais é, atualmente, o capítulo mais importante da força normativa da constituição, cuja defesa mais representativa e influente, no século XX, coube a Konrad Hesse (cf. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991).

¹²⁸ A expressão é repetidamente utilizada por Reale, como em *Os direitos da personalidade*. Disponível em <http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>. Acesso em 03/04/2012.

¹²⁹ A expressão foi utilizada pelo professor lusitano em conferência proferida na Universidade Federal do Ceará, conforme ao registro colhido em GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 82.

direitos contra as próprias entidades legiferantes¹³⁰. A par desta via de proteção dos direitos fundamentais, outra, ainda não totalmente admitida e consolidada, ganha mais força a cada dia. As novas demandas por direitos vazadas em várias constituições mais recentes puseram à vista a necessidade de ações dos poderes públicos para possibilitar a plena realização de alguns direitos, cuja conformação apenas se *inicia* com (e nas) normas constitucionais; esta realidade demonstrou que as violações aos direitos fundamentais não apenas podem ocorrer em comportamentos comissivos, mas também, e de maneira tão ou mais grave que nestas hipóteses, em comportamentos omissivos, descumpridores das exigências de atuação oriundas do reconhecimento de certos direitos.

A vinculação de todos os poderes públicos aos direitos fundamentais, embora não seja expressamente verberada pelo texto constitucional brasileiro em voga¹³¹, é amplamente reconhecida, logo porque estaria implicada pela cláusula de eficácia jurídica imediata, constante do § 1º, do art. 5º, da Constituição federal de 1988¹³², e ainda se reforça com a inclusão desses direitos no rol das assim chamadas cláusulas pétreas (art. 60; § 4º; CF) – todos esses elementos dão a nota de que os direitos fundamentais foram elevados a um patamar de relevância inédito na história constitucional do país¹³³. Com isso, é inevitável a rediscussão da posição dos poderes públicos diante dessa nova realidade constitucional, a qual traz limitações em suas possibilidades de comportamento nunca vistas. Toda esta conjuntura é estranha para muitas idéias profundamente arraigadas no nosso constitucionalismo, e os seus desdobramentos, não raro, são limitados exatamente pela resistência à maior força normativa dos direitos fundamentais.

É importante a feitura de uma observação: a ausência de desdobramentos (ainda) mais significativos sobre os impactos dos direitos fundamentais na dinâmica dos poderes públicos não se deve à falta de estudos sobre os próprios direitos. Pelo menos desde a década

¹³⁰ Nesse sentido, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra. 1982. p. 363.

¹³¹ A Lei Fundamental de Bonn inspirou diversos textos constitucionais ao trazer expressamente essa vinculação, no § 3º, de seu art. 1º: “Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht” (Jorge Miranda traduz esse dispositivo nos seguintes termos: “Os direitos fundamentais aqui enunciados constituem preceitos jurídicos directamente aplicáveis, que vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judicial” (cf. *Textos históricos do Direito Constitucional*. Lisboa: Imprensa Nacional/Casa da Moeda, 1980; p. 350)).

¹³² Não há motivo, neste passo, para discutir se o alcance dessa cláusula se restringe aos direitos elencados no próprio art. 5º, ou a outros mais. Para a polémica, com farta referência, cf. SARLET. Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2008. p. 277 ss.

¹³³ O rol de indicadores não é exaustivo. Cite-se, por exemplo, a consagração do mandado de injunção, o qual deverá ser concedido sempre que “a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (art. 5º, inc. LXXI).

de oitenta do século passado¹³⁴, começou a aumentar consideravelmente o interesse dos doutrinadores sobre o tema, com uma produção já praticamente inabarcável nos dias de hoje – muitos desses trabalhos, publicados ou não, contam com referências teóricas de muito bom nível¹³⁵. Entretanto, os estudos sistemáticos de aplicação da teoria dos direitos fundamentais a muitas frentes ainda são carentes de maiores desenvolvimentos. Essa carência se faz notar, no Brasil, de maneira mais significativa, acerca da relação entre os direitos fundamentais e os poderes do legislador. Com efeito, o poder judiciário, a título comparativo, tem sido objeto de vários estudos que envolvem a sua relação com os direitos fundamentais; a preocupação com a relação entre direitos fundamentais e processo judicial é demonstrada até por emendas constitucionais, como na inclusão do direito fundamental à razoável duração do processo ao rol do artigo 5º (inc. LXXVIII, acrescido pela emenda constitucional nº 45/2004)¹³⁶. Ademais, os grandes órgãos da imprensa se dedicam à divulgação dos procedimentos e do funcionamento dos tribunais superiores brasileiros, sobretudo nos casos de grande repercussão nacional. Entretanto, de modo geral, muito pouco se sabe acerca do Congresso Nacional, sua estrutura e a sua atuação como promotor da legislação infraconstitucional.

A ignorância sobre diversos pontos relativos à atividade do legislador brasileiro pode levar à aprovação de soluções desconformes à realidade nacional, principalmente quando são importadas de outros países com realidades político-institucionais bem diversas¹³⁷. Mais próximo dos direitos fundamentais, outro grande problema passível de ocorrência, advindo da ausência de estudos sobre a sua influência na liberdade de conformação do legislador, está relacionado à efetividade das normas consagradas desses direitos. No limite, esta questão terá reflexo (1) na relação entre o legislativo e o judiciário,

¹³⁴ Merece um destaque especial a produção de Paulo Bonavides, quem, em seu curso de direito constitucional, cuja primeira edição data exatamente da década de oitenta do último século, pôs o direito brasileiro a par das discussões sobre a teoria e a interpretação dos direitos fundamentais, com ênfase nas lições do direito alemão. Cf. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

¹³⁵ Graças aos avanços tecnológicos, é possível, atualmente, ter um acesso muito mais fácil à produção de dissertação e teses nos programas de pós-graduação de todo o Brasil, por intermédio de bancos de dados como a Biblioteca Digital de Teses e Dissertações (<http://bdt.d.ibict.br/>), além de inúmeros outros repositórios institucionais com arquivos disponíveis para o público.

¹³⁶ Sobre a razoável duração, vale conferir ARRUDA, Samuel Miranda. *O direito fundamental à razoável duração do processo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

¹³⁷ Como exemplo, a trasladação de soluções do direito comparado para o controle das omissões legislativas (notadamente, da experiência portuguesa, cujo instrumento de combate às omissões permite apenas a notificação do legislador omissivo) foi um dos motivos decisivos para o menoscabo com o qual a jurisprudência constitucional brasileira tratou os seus instrumentos de combate às omissões legislativas, quadro somente alterado, de maneira parcial, pela reviravolta na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no julgamento dos mandados de injunção de números 670, 708 e 712 (sobre o direito de greve dos servidores públicos). Para uma abordagem crítica da jurisprudência do STF sobre o mandado de injunção, cf. LIMA, Francisco Gérson Marques de. *O STF na crise institucional brasileira (estudos de casos: abordagem interdisciplinar de sociologia constitucional)*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 463-472, 582-594.

quando algum comportamento (seja omissivo, seja comissivo¹³⁸) do legislador afetar alguma posição jurídica de direito fundamental e puder ter os seus resultados normativos controlados jurisdicionalmente – o que adentra na problemática da separação de poderes; e (2) na participação/influência democrática dos cidadãos sobre a atividade legislativa, sobretudo quando se estiver diante de situações não acobertadas pelo controle de constitucionalidade do comportamento do legislador¹³⁹.

Deste modo, a partir da importância e do impacto dos direitos fundamentais para a liberdade de conformação do legislador, o trabalho prosseguirá com os necessários desenvolvimentos teóricos sobre a noção de direitos fundamentais, adotada para fins de caracterização da omissão legislativa inconstitucional nessa matéria. As compressões na liberdade de conformação do legislador conseqüentes da consagração desses direitos ganharão certo relevo, pela significância dessa realidade para o objeto do estudo.

2.3.2 O direito fundamental completo

Um passo decisivo para o trato de qualquer tema relacionado a direitos fundamentais é exatamente o da explicitação do que se compreende pela expressão. Muitas discussões sobre a aplicabilidade ou colisão de direitos fundamentais repousam, sem que muitas pessoas consigam perceber, na divergência sobre a noção adotada de direito fundamental. Primeiro que tudo, não se pode esquecer de que o intento é chegar a um resultado produtivo para a reconstrução do material jurídico-constitucional brasileiro, com especial atenção para a sua utilidade no controle jurisdicional das omissões legislativas, sem pretensões de cravar um conceito universalmente válido¹⁴⁰. Será importante delinear qual a

¹³⁸ Abaixo, ver-se-á que os direitos fundamentais promovem uma dupla vinculação (negativa e positiva) do legislador.

¹³⁹ Gomes Canotilho, após a observação de que a generalidade da doutrina não admite um direito subjetivo dos cidadãos à atividade legislativa, ressalta a necessidade de institucionalização “de formas democráticas tendentes a um maior reforço da protecção jurídica contra omissões inconstitucionais (acções populares, direito de iniciativa legislativa popular, petições colectivas, e, em geral, formas de acentuação da democracia participativa)” (cf. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina. 2003. p. 1037). Pelos já apontados limites da pesquisa, serão abordados apenas os elementos referentes ao controle jurisdicional das omissões legislativas em matéria jusfundamental.

¹⁴⁰ Jamais serão demais lembradas as seguintes palavras de Genaro Carrió: “Buena parte de las controversias entre juristas consisten en problemas de clasificación, abordados como si se tratara de cuestiones de hecho. No se advierte que no tiene sentido refutar como “falsa” una clasificación –o sus resultados– y postular en su reemplazo otra “verdadera”, como si se tratara de dos modos excluyentes de reproducir con palabras ciertos parcelamientos y subdivisiones que están en la “naturaleza de las cosas”. Las clasificaciones no son ni verdaderas ni falsas, son *serviciales* o *inútiles*; sus ventajas o desventajas están supeditadas al interés que guía a quien las formula, y a su fecundidad para presentar un campo de conocimiento de una manera más fácilmente comprensible o más rica en consecuencias prácticas deseables” (*Notas sobre derecho y lenguaje*. 4. ed. Reimp. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998. p. 99).

nota distintiva de um direito fundamental, bem como procurar por uma forma teórica satisfatória de representar as situações jurídicas constituintes desses direitos.

Pouco acima¹⁴¹, apontou-se a supremacia constitucional como pressuposto para o controle de constitucionalidade. Uma tentativa de reconhecer a fundamentalidade de um direito numa construção que pretenda servir para o controle de constitucionalidade deve estar, necessariamente, atenta à possibilidade de esse direito servir como parâmetro para a aferição da constitucionalidade de alguma situação jurídica. Nesse sentido, a doutrina da fundamentalidade formal dos direitos se mostra mais adequada para o propósito buscado, por deixar mais claro quais direitos terão as normas que os consagram com força jurídica constitucional. A doutrina que defende a possibilidade de existência de direitos fundamentais fora da constituição, é dizer, direitos fundamentais cujas normas têm força jurídica inferior à constitucional, leva a algo absurdo, por reconhecer direitos *fundamentais* sujeitos a alteração ou mesmo supressão por vontade da simples maioria parlamentar ocasional. Desta forma, é de se concordar com a afirmação segundo a qual a força constitucional de um direito é condição necessária e suficiente da sua fundamentalidade formal (direito fundamental = direito que possui força jurídica constitucional)¹⁴²⁻¹⁴³. Para o caso brasileiro, a doutrina da fundamentalidade formal não fica sujeita à crítica de que isso restringiria o rol dos direitos fundamentais consagrados pelo ordenamento jurídico àquele inscrito expressamente no texto constitucional, pois a cláusula do § 2º, do art. 5º¹⁴⁴, permite exatamente o reconhecimento da fundamentalidade de outros direitos.

Estabelecido o *discrímen* entre os direitos fundamentais e os outros direitos, importa adotar uma maneira de promover a representação das situações jurídicas ligadas aos fundamentais. Uma concepção justamente influente é a de Robert Alexy. O desenvolvimento feito por ele de *direito fundamental completo* foi um dos passos mais importantes da teoria dos direitos fundamentais no século passado, por prover um material teórico de extraordinário valor, não somente para o direito constitucional alemão, objeto do estudo de Alexy em sua

¹⁴¹ Cf. nº 2.1.

¹⁴² Nesse sentido, cf. DIMOULIS, Dimitri; e MARTINS, Leonardo. Definição e características dos direitos fundamentais. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.) *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 119-120; *Idem*. DIMOULIS, Dimitri; e MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 47.

¹⁴³ A propósito da força jurídica constitucional, é de se reconhecer a fundamentalidade dos direitos consagrados em tratados internacionais de direitos humanos aprovados nos termos do § 3º, do art. 5º, já que a própria constituição equipara esses atos às emendas constitucionais.

¹⁴⁴ “Art. 5º (...) § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Teoria geral dos direitos fundamentais, mas também para o trabalho dos juristas de outros ordenamentos jurídicos nos quais essa noção possa ser lançada com proveito. Segundo ele, falar que um direito fundamental completo é um feixe de posições jurídicas atribuídos a uma disposição de direitos fundamentais é apenas uma parte da questão. Sob o conceito de direito fundamental completo, cabem as mais variadas relações entre normas e posições jurídicas, dentre as quais três seriam facilmente verificáveis: uma relação meio-fim, uma relação de especificação e uma relação de sopesamento, o que denotaria a complexidade de se estabelecer com precisão o conteúdo de um direito e a necessidade de se trabalhar com todos os recursos da interpretação constitucional na determinação desse conteúdo, pois ele pode ser determinado somente após o estabelecimento das posições jurídicas que se relacionam com os componentes centrais de um direito por uma das relações citadas¹⁴⁵. Esta noção é bastante útil, pelo fato de possibilitar uma compreensão expansiva desses direitos, de modo a abranger posições jurídicas que somente se mostrem integrantes de um direito fundamental após um esforço interpretativo, às vezes extremamente complexo, sem deixar de integrá-lo por essa razão¹⁴⁶.

A adequação dessa lição ao direito constitucional brasileiro parece de demonstração pouco difícil de ser realizada. Com efeito, diversos são os direitos que, para conseguirem sua efetivação, mesmo em grau mínimo, podem se revelar grandes complexos de posições jurídicas de naturezas diversas. Os direitos à propriedade, à educação, à saúde, ao trabalho, dentre outros, demonstram a impossibilidade prática de se delinear um conjunto prévio e/ou fixo das posições jurídicas por eles encerradas, seja pelo fato de eles terem um conteúdo, por vezes, bastante abrangente, seja por haver mudanças desse conteúdo ao longo do tempo. Esta especificidade de muitos direitos fundamentais apontam para a necessidade de se estudar que estrutura devem ter as normas jurídicas, a fim de se representar adequadamente as situações jurídicas envolvidas. Mais uma vez, a contribuição de Robert Alexy subsidia proveitosamente o aparato teórico tomado no trabalho. A distinção entre princípios e regras, com as suas decorrências, fornece aparato satisfatório para algumas questões envolvidas nas decisões controladoras da constitucionalidade das omissões legislativas. Pela importância e

¹⁴⁵ O professor alemão trata disso em sua *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 248 ss.

¹⁴⁶ Nas palavras do próprio Alexy: “O direito fundamental completo é algo bastante complexo, mas em hipótese alguma um objeto inescrutável. Ele é composto de elementos de estrutura bem definida – das posições individuais dos cidadãos e do Estado –, e entre essas posições há relações claramente definíveis – as relações de especificação, de meio-fim e de sopesamento. (...) Isso faz com que fique claro que no âmbito do questionamento acerca do que faz parte do direito fundamental completo todos os problemas da interpretação dos direitos fundamentais vêm à tona” (cf. a obra citada na nota anterior, à página 253).

pela dimensão deste ponto, é conveniente uma abordagem apartada.

2.3.3 *Distinção entre regras e princípios*

A literatura jurídica já conta com inumeráveis propostas de classificação das normas jurídicas, muitas das quais envolvem, de alguma forma, a oferta de noções para regras e princípios jurídicos. Não raro, é até defendida a inexistência de diferença entre ambos, ou a falta de caráter normativo dos princípios, embora estas sejam posições doutrinárias cada vez menos sufragadas pelos autores¹⁴⁷. Propostas baseadas na relevância dos princípios e no fato de eles servirem como fundamentos para normas de comportamento¹⁴⁸, ou na generalidade das condutas que estabelecem como devidas e na menor especificação de seus destinatários¹⁴⁹, também angariam adeptos de peso. Mais comum, ainda hoje, pelo menos no direito brasileiro, é a adoção de uma concepção de princípios baseada na fundamentalidade dessas normas para o sistema jurídico, é dizer, a nota distintiva residiria no posto nuclear dessas normas para o ordenamento¹⁵⁰. Nas últimas décadas, sobretudo graças à contribuição de Robert Alexy, difundiu-se uma distinção qualitativa entre regras e princípios, englobados como espécies do gênero *norma*, distinção lastreada na proposição de estruturas diferentes entre essas espécies normativas¹⁵¹⁻¹⁵². Um repasse de todas as classificações propostas é inviável neste trabalho; existem quase tantas variações a esse respeito quanto são os autores que tratam do tema. Assim, o fundamental é investigar a mais proveitosa para os intentos perseguidos; com isso, não se exclui a possibilidade de qualquer outra classificação ser mais útil em empreendimentos teóricos diversos.

¹⁴⁷ Acerca da saga enfrentada pelos princípios ao longo do reconhecimento de sua normatividade, vale conferir a extensa pesquisa de Paulo Bonavides (cf. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 255 ss.). Cf., também, ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 69 ss.

¹⁴⁸ Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 5. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009. p. 316, 674.

¹⁴⁹ Nesse sentido, veja-se ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista diálogo jurídico*, v. 1, n. 4, 2001. p. 21. Disponível em http://www.direitopublico.com.br/pdf_4/DIALOGO-JURIDICO-04-JULHO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf.

Acesso em 04/04/2012.

¹⁵⁰ É extremamente difundida a concepção de Celso Antônio Bandeira de Mello de princípios como mandamentos nucleares de um sistema (cf. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 408).

¹⁵¹ O trabalho fundamental de Alexy sobre o tema é *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. esp. p. 85 ss.

¹⁵² Uma breve retomada das propostas para a compreensão de princípio e uma análise (crítica) da recepção das idéias de Robert Alexy no Brasil podem ser colhidas em SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras – mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista latino-americana de estudos constitucionais*, n. 1, 2003. p. 607-630.

A estrutura da norma de direito fundamental exige uma classificação que dê conta da variedade das posições jurídicas constantes de muitos direitos, como já foi dito. Isso significa a demanda por uma distinção atenta à *estrutura* das normas. Parcialmente baseado em alguns trabalhos de Ronald Dworkin, Robert Alexy faz uma diferenciação que pode ser vazada nos seguintes termos: *regras* são normas que “são sempre ou satisfeitas ou não são satisfeitas”. A validade de uma regra impõe a realização daquilo que ela exige, e a exigência estabelecida por uma regra contém determinações no âmbito do possível, fática e juridicamente. *Princípios* são normas que ordenam a realização de algo na maior medida possível, dentro das limitações fáticas e jurídicas opostas às suas efetivações. Desta forma, são mandamentos de otimização, caracterizados pela possibilidade de satisfação em graus variados, de acordo com a determinação empreendida pelos princípios e pelas regras colidentes¹⁵³.

Essa possibilidade de uma “degradação” na realização de um princípio, em virtude da interferência na realização de outro(s), deixa entrever a diferença nas soluções de tensões que envolvem regras e princípios. Para resolver essa dificuldade, Alexy se vale da metáfora da colisão entre normas – tais colisões ocorrem quando duas normas levam a resultados contraditórios entre si – e distingue a colisão entre regras da colisão entre princípios. Uma colisão entre regras pode ser solucionada apenas mediante a introdução de uma cláusula de exceção da aplicabilidade de alguma, ou mediante a declaração da invalidade de uma delas. Afirmar a necessidade da invalidade de uma das normas em colisão, caso não haja uma cláusula de exceção, nada diz a respeito dos critérios indicadores das normas cuja invalidação deve acontecer – estes critérios (tais como o da especialidade), via de regra, são apontados pelo próprio ordenamento. De maneira bem diversa, na colisão entre princípios, um deles terá de ceder; contudo, isso não impõe a declaração de invalidade de algum dos princípios envolvidos; também não se precisa de uma cláusula de exceção. Nestes casos, um princípio tem precedência sobre outro, observadas algumas condições – relação de precedência que pode mudar, caso mudem as circunstâncias nas quais se dá a colisão. Isso se justifica pelo fato de os princípios serem mandamentos de otimização, os quais podem apresentar pesos diferentes no caso concreto. As colisões entre princípios se resolvem na dimensão do peso, ao passo que as colisões entre regras se resolvem na dimensão da validade.

Alexy formula uma lei para a colisão entre princípios, sendo essas colisões vazadas em relações de precedência condicionada. Suponha-se uma relação entre os

¹⁵³ Cf. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90-91; *Idem*. On the structure of legal principles. *Ratio juris*, v. 13, n. 3, set., 2000. p. 295.

princípios P_1 e P_2 : se o princípio P_1 , sob as condições C , prevalece sobre P_2 – o que se pode representar pelo seguinte enunciado: $(P_1 \mathbf{P} P_2) C$ – então C é condição de uma relação de precedência e, portanto, condição para a aplicação de uma regra que prescreve as consequências jurídicas de P_1 ¹⁵⁴. Nas palavras do próprio autor, na formulação menos técnica proposta para a lei de colisão: “As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”¹⁵⁵.

A lei de colisão é um dos grandes fundamentos da teoria dos princípios de Robert Alexy, e ele assevera que ela denota a natureza dos princípios como mandamentos de otimização por duas formas: (1) ao deixar transparecer a inexistência de relação absoluta de precedência; e (2) ao revelar a referência a ações e situações impassíveis de quantificação. Estes são pontos importantíssimos para o desenvolvimento do trabalho, porque as situações de controle jurisdicional das omissões legislativas em matéria jusfundamental demandam a solução da colisão de princípios – aqueles cuja satisfação mais abrangente está obstada pela omissão do legislador e o princípio da liberdade de conformação do legislador, esta cumulado com outros princípios eventualmente contrários à realização dos primeiros. Mas a compreensão mais aprofundada disso depende da explicação do tipo de princípio que a liberdade de conformação do legislador é, além da própria compreensão dessa liberdade de conformação. O primeiro ponto será abordado logo, enquanto o outro ficará para o próximo número.

Somente pelas poucas referências feitas ao longo do texto, é possível notar que o princípio da liberdade de conformação do legislador não tem propriamente um conteúdo, como princípios de direito fundamental, a exemplo da norma-princípio consagradora do direito à propriedade. Princípios como a liberdade de conformação do legislador são *formais*, os quais estabelecem que as regras criadas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas e que não se deve relativizar uma prática estabelecida, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas. Como escreveu um importante intérprete da teoria de Robert Alexy no Brasil:

Princípios formais são princípios que não são normas de conduta, mas *normas de validade*. A característica fundamental desses princípios é, por isso, o fato de que eles fornecem razões para obediência a uma norma, independente do conteúdo dessa última. (...) No desenvolvimento da teoria dos princípios, na forma como sustentada por Alexy, um dos princípios formais mais importantes seria o princípio da

¹⁵⁴ Alexy utiliza a seguinte notação para representar essa situação: $(P_1 \mathbf{P} P_2) C \rightarrow R$. R representa as consequências jurídicas da ocorrência de C , é dizer, a aplicação de P_1 .

¹⁵⁵ Cf. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 92-99; *Idem*. On the structure of legal principles. *Ratio juris*, v. 13, n. 3, set., 2000. p. 295-297.

competência decisória do legislador, que se expressa na idéia de que as decisões legislativas devem ser respeitadas na maior medida possível, dentro das condições fáticas e jurídicas do caso concreto.¹⁵⁶

Alguns aspectos desse tema no pensamento de Alexy podem ser deixados de lado, para manter o foco nas partes mais pertinentes ao controle jurisdicional das omissões do legislador. Qual o significado dos princípios formais para a matéria desta pesquisa? É fundamental, para responder a esta indagação, ter a exata noção de que a caracterização dos princípios formais colacionada parece tê-los em vista apenas como razões para normas *que sejam sentido de atos comissivos do legislador* (ou de qualquer outro sujeito jurídico que exerça alguma competência a si acometida). Entretanto, e esta é uma “face oculta” dos princípios formais, eles também servem como razões a favor da manutenção de situações jurídicas cuja existência se dá por conta da *omissão* de agentes como o legislador, ou seja, o princípio da liberdade de conformação do legislador, por exemplo, é uma razão para a manutenção de uma situação jurídica instaurada pela ausência de exercícios de competências jurídicas distribuídas, principalmente competências para a regulação de algumas matérias. Outra vez à guisa de exemplo, imagine-se o regimento do direito à greve no serviço público. O princípio da liberdade de conformação do legislador atua no sentido de, caso não se exerça a competência para regulamentar o direito de greve dos servidores públicos, a situação jurídica decorrente desse vazio normativo ser mantida, uma vez que deve ser respeitada a decisão do legislador, democraticamente legitimado, de não vazar a sua competência sobre a matéria, reservada a trato por ato do legislativo (no caso, uma lei). Alguns princípios materiais podem atuar em conjunto com esse princípio formal; no caso imaginado, a livre iniciativa estatal, de alguma forma afetada com a realização do direito de greve dos servidores públicos. Desta sorte, os princípios formais e materiais podem atuar em conjunto nas colisões entre princípios no controle jurisdicional das omissões legislativas.

Compreender os princípios formais como princípios nos termos propostos por Alexy significa que eles também são mandamentos de otimização, tanto quanto os princípios materiais. No caso da liberdade de conformação do legislador¹⁵⁷, ela deve ser realizada na

¹⁵⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre os particulares*. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 148-149.

¹⁵⁷ Alexy parece tratar os princípios da separação de poderes, o democrático e o da liberdade de conformação do legislador como distintos (cf. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 616), embora não seja claro sobre isso. Neste trabalho, defende-se a tese de que esses princípios, pelo menos nas suas ocorrências no controle das omissões legislativas, são intercambiáveis entre si, até porque nenhum tem um conteúdo específico. Assim, é possível trabalhar como se a separação de poderes existisse na medida em que realiza o princípio democrático, o qual é, por seu turno, realizado tanto quanto se respeita a liberdade de conformação do legislador (e vice-versa). No capítulo seguinte, será dada ênfase à separação de poderes, pois é no âmbito deste princípio que o problema é ordinariamente colocado.

máxima medida, dentro das limitações fáticas e jurídicas do caso concreto. A caracterização da liberdade de conformação como um princípio, a qual entra em relações de precedência nos termos da lei de colisão, traz à tona as duas marcas que denotam a natureza dos princípios como mandamentos de otimização, já enunciadas: (1) inexistência de relação absoluta de precedência e (2) referência a ações e situações impassíveis de quantificação. Para o controle das omissões legislativas, a inexistência de relação absoluta de precedência é crucial: caso se reconhecesse uma precedência absoluta da liberdade de conformação do legislador, o controle jurisdicional da constitucionalidade restaria impossível, pois o legislador seria soberano. A referência a situações impassíveis de quantificação poderá trazer dificuldades na determinação do resultado de algumas colisões; todo o modo, esse não é um problema que a teoria dos princípios se proponha a resolver; antes, pretende chamar a atenção para a sua inevitabilidade nos “casos difíceis”. Como será melhor visto, o grande desafio é estabelecer pelo menos alguns indícios das circunstâncias nas quais a liberdade de conformação pode ser superada por princípios materiais de direitos fundamentais afetados pelas omissões legislativas. No próximo capítulo, ao repassar as soluções jurisdicionais ofertadas para o problema das omissões do legislador, essas dificuldades serão retomadas.

Com as considerações realizadas, há subsídios teóricos bastantes para avançar nas formas de controle jurisdicional das omissões. Contudo, antes desse avanço, será importante uma visualização um pouco mais abrangente do impacto da consagração de direitos fundamentais sobre a liberdade de conformação do legislador.

2.3.4 A liberdade de conformação do legislador

A expressão “liberdade de conformação do legislador” se consagrou no direito alemão (*Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers*) e, com algumas expressões sinônimas, como discricionariedade do legislador¹⁵⁸, alude a algo como um “espaço” dentro do qual é lícito ao

¹⁵⁸ José Júlio Fernández Rodríguez critica a utilização do termo “discricionariedade” para fazer referência à liberdade do legislador, uma vez que o termo é geralmente lançado em relação ao administrador público, que mantém com a lei uma relação diferenciada, em termos de vinculação, com a mantida pelo legislador com a Constituição (cf. *La inconstitucionalidad por omisión: teoría general, derecho comparado, el caso español*. Madrid: Civitas, 1998. p. 79). Em sentido semelhante, Jorge Pereira da Silva afirma que “só metaforicamente se pode falar de discricionariedade legislativa, porque, mesmo na presença de um dever de concretização de normas constitucionais, (...) [o legislador] nunca atua desprovido de sua liberdade de conformação ao ponto de a sua função perder a marca da decisão política e de se transformar numa função secundária ou meramente executiva” (cf. *Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas*. Lisboa: Universidade Católica, 2003. p. 29-30). Canotilho traça uma distinção entre as duas noções, com amplas referências (cf. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra. 1982. p. 219 ss.). Essa crítica parece não ter grande força aqui, pois a referência é sempre à

legislativo escolher o conteúdo das decisões a tomar, em um espectro de decisões viáveis do ponto de vista constitucional¹⁵⁹, bem como o momento de fazê-lo. Essa liberdade significa que é conferido poder ao legislador para cometer um ato jurídico, mas a conduta à qual são imputados os efeitos jurídicos típicos desse mesmo ato não constitui o conteúdo de um dever jurídico. A liberdade citada implica (e baliza) a atribuição ao legislador de competência para realizar um planejamento estratégico do desenvolvimento legislativo da constituição, a qual, por sua incompletude¹⁶⁰, tem de reservar uma quantidade razoavelmente grande de matérias para o trato normativo infraconstitucional.

As opções de escolha do legislador se cingem, via de regra, ao momento do exercício da competência a si atribuída, bem como à matéria acerca da qual se tratará com o ato. Desta forma, há opções de escolha sobre o *se*, *quando* e o *quê* da atividade legislativa. O procedimento pelo qual a sua competência deve ser exercida (competência procedimental) não é, ordinariamente, deixado ao arbítrio do legislador¹⁶¹. As constituições modernas costumam apresentar um procedimento padrão para a produção dos atos legislativos com valor de lei, além de um procedimento mais agravado (em relação ao das leis) para a modificação do texto constitucional – fator ligado à superioridade desse diploma e à maior força de suas normas¹⁶². Desse modo, no âmbito da sua liberdade, o legislador poderá levar a cabo certos juízos sobre a conveniência de legislar (ou não) em alguma matéria; ao resolver legislar, terá meios para dispor do momento exato em que isso será feito, bem como sobre os

liberdade do legislador, sem maior caso sobre o grau de vinculação deste em relação à constituição. Assim, as duas expressões serão utilizadas indistintamente.

¹⁵⁹ Ao fazer referência ao ponto de vista constitucional, quer-se delimitar o conjunto de normas com força constitucional. Faz-se esta ressalva, pois há normas sem a força constitucional com o condão de regular o comportamento do legislador. Um bom exemplo é o da lei complementar nº 95/98, de que podem ser extraídas normas reguladoras da elaboração, redação, alteração e consolidação das leis e de diversos outros atos normativos do direito brasileiro.

¹⁶⁰ Sobre o caráter fragmentário das constituições, João Barbalho asseverou: “(...) não seria ella constituição, mas tomaria o character e as largas proporções de um código, si em seu contexto particularisasse a organização completa das instituições e serviços necessarios ao regimen que estabeleceo” (*Constituição federal brasileira*. Rio de Janeiro: Companhia Lytho-Tipographia, 1902. p. 138 (Edição fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2002)).

¹⁶¹ Para evitar problemas desnecessários nesse passo, desconsiderar-se-á qualquer possibilidade de discricionariedade sobre a competência procedimental. Contudo, não se ignora a existência, por exemplo, de setores da doutrina que admitem a possibilidade de o legislador se utilizar de lei complementar (CF; art. 59, inc. II), mesmo quando a Constituição não a demanda para alguma matéria, seja implícita, seja explicitamente. De outro modo, há quem admita a regulamentação de direitos fundamentais por emenda à constituição, mesmo quando esta se refere a “lei”, o que configuraria uma liberdade do legislador para escolher o procedimento pelo qual deve cometer um ato de execução constitucional.

¹⁶² A força normativa é um atributo operativo de uma norma, indicador do potencial jurídico-normativo, quando em relação de tensão com outra. Tal força guarda, via de regra, uma relação de direta proporcionalidade com o reforço do procedimento atravessado por um ato ao longo de sua produção. Sobre a força normativa, especialmente sobre a força de lei, cf. MORAES, Carlos Blanco de. *As leis reforçadas*: as leis reforçadas pelo procedimento no âmbito dos critérios estruturantes das relações entre actos legislativos. Coimbra: Coimbra, 1998. p. 145 ss.

termos exatos das suas disposições. A abertura desses “espaços” à apreciação do legislador sobre a conveniência do desenvolvimento legislativo do ordenamento jurídico – sem a presença, portanto, de um dever jurídico sobreposto à sua competência, – somente existe à medida que, seja pela sua omissão, seja pela sua comissão, todas as normas constitucionais venham a ser observadas, ou, o que será dizer o mesmo, todos os seus princípios sejam satisfeitos (e outros sacrificados) de maneira proporcional, de modo que não haja qualquer tipo de inconstitucionalidade resultante de seu comportamento. Marcelo Guerra sugestivamente intitula esse espectro de situações jurídicas constitucionalmente toleráveis de “casos de empate”¹⁶³.

A nota de que a liberdade de conformação se dá na “zona do empate” é de fundamental importância e tem razões fortíssimas para não ser olvidada no tema do controle das omissões legislativas. Alguns acontecimentos mais ou menos recentes na história do constitucionalismo promoveram uma baixa significativa na amplitude dessa zona. As constituições ganharam, paulatinamente, uma densidade normativa que não tinham; as declarações de direito de fins do século XVIII e início do século XIX passaram de um mero testemunho das aspirações de uma época, para um conjunto de verdadeiras normas jurídicas, muitas delas reconhecidamente constitutivas de posições jurídicas passíveis de proteção jurisdicional. Mais: as próprias constituições passaram a contar com cláusulas que determinaram a aplicação imediata dos direitos fundamentais¹⁶⁴, razão por que as posições

¹⁶³ Marcelo Guerra lança essa expressão ao se referir à “possibilidade de ser epistemicamente impossível determinar qual princípio deve preponderar sobre outro, num caso concreto, o que assegura uma delimitação de competências entre judiciário e legislativo” (cf. A proporcionalidade em sentido estrito e a “Fórmula do Peso” de Robert Alexy: significância e algumas implicações. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*, Porto Alegre, v. 31, n. 65, jan./jun., 2007. p. 36). Na mesma página, ele leva o raciocínio adiante nos seguintes termos: “Aliás, é possível ir mais longe: a possibilidade de “empate” como resultado do sopesamento é o que assegura todas as outras modalidades de competência normativa, diversas daquela exercida pelo Constituinte originário, nomeadamente a discricionariedade (administrativa e legislativa) e a autonomia privada. Ambos os fenômenos, na perspectiva da teoria das normas jurídicas, não passam de modalidades do gênero competência normativa, do qual aquela do legislador e a do judiciário também seriam apenas outras espécies”. Em sentido semelhante, Virgílio Afonso da Silva fala em zona de paridade, no interior da qual todas as respostas que envolvam a colisão entre direitos fundamentais deve ser considerada ótima (cf. *Teoría de los principios, competencia para la ponderación y separación de poderes*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva e Pablo Gasparini. In: SIECKMANN, Jan-R. (ed.) *La teoría principialista de los derechos fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 250).

¹⁶⁴ No caso brasileiro, está para isso o § 1º, do art. 5º, da Constituição federal. Não vale a pena entrar na discussão interminável sobre a interpretação que se deve dar a tal cláusula. Dois são os pontos mercedores de destaque. Em primeiro lugar, como observou apropriadamente Ingo Sarlet, a Constituição brasileira conta, em seu bojo, com uma quantidade inédita de normas que “em virtude de sua natureza (forma de positivação, função e finalidade), reclamam uma atuação concretizadora dos órgãos estatais, especialmente do legislador, sem que, à evidência, se esteja a negar eficácia e aplicabilidade (inclusive imediata) a estas normas” (cf. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2008. p. 283). Esta constatação parece tornar adequada também para o direito brasileiro a idéia de Fausto de Quadros, segundo a qual a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais se apresenta como uma *vocação*, incapaz, sozinha, de assegurar o exercício desses direitos (cf. *Omissões legislativas sobre direitos fundamentais*. In: MIRANDA, Jorge (org.) *Nos dez anos*

jurídicas dos detentores desses direitos devem ser reconhecidas como existentes e exigíveis judicialmente, sem que isso dependa de qualquer mediação legislativa – tanto quanto possível, – pelo menos em um grau mínimo para garantir a satisfação desses direitos.

Para o tema da pesquisa, essa crescente força angariada pelas normas de direitos fundamentais, aliada à sua também crescente positivação nos diplomas constitucionais, impactou de maneira grave a liberdade de conformação do legislador, ao fazer com que a “zona de empate” se tornasse cada vez menor, o que aumentou a preocupação com o comportamento do legislador. Certas atitudes legislativas, outrora admitidas sem maior objeção, por não infringir qualquer norma constitucional (e permanecerem na “zona de empate”), passaram a desprezar novos preceitos consagradores de direitos fundamentais, agregados às constituições e densificados normativamente. Dessa forma, o legislador passou a ter uma discricionariedade sensivelmente menor no desenvolvimento normativo demandado pela constituição, fenômeno em grande medida devido a essa nova abordagem dos direitos fundamentais. Entretanto, deve ser salientado que essas restrições ficaram, em um primeiro momento, limitadas ao controle de suas ações comissivas, na forma de uma reação aos atos que desbordassem da competência acometida constitucionalmente. O controle de constitucionalidade dos atos legislativos, surgido nesses moldes, representou uma quebra importantíssima em relação ao chamado estado liberal, para o qual, pelo menos em seus primórdios, a onipotência do legislador era fundamental na conformação estatal¹⁶⁵, pois representava a garantia de que os representantes do povo fariam valer a vontade de seus representados, sem que houvesse a ingerência do judiciário e do executivo (poderes cujos quadros não eram recrutados em eleições periódicas e representavam as forças políticas contra as quais se combatia) na formação das normas gerais¹⁶⁶.

da Constituição. Lousã: Casa da Moeda/Imprensa Nacional, 1987. p. 58-59). Em segundo lugar, não há dúvida de que a norma extraída do preceito constitucional citado vincula também o legislador, embora não o diga expressamente. Daí a judiciosa anotação de Leonardo Martins e Dimitri Dimoulis, para quem o legislador não pode “restringir um direito fundamental de forma não permitida pela própria Constituição, sob o pretexto que detém a competência e a legitimação democrática de criar normas gerais e geralmente vinculantes” (cf. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 90).

¹⁶⁵ A onipotência do legislador trazia a reboque o reconhecimento da onipotência da lei dentre as fontes do direito (cf. DIEZ-PICAZO, Luis María. Concepto de ley y tipos de leyes: ¿Existe una noción unitaria de ley en la Constitución española? *Revista española de derecho constitucional*, n. 24, set./dez., 1988. p. 48-49).

¹⁶⁶ O controle jurisdicional de constitucionalidade continua, ainda hoje, alvo de graves críticas. Para um apanhado do tema, cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. 3. ed. 3. reimp. Madrid: Civitas, 1994. p. 157 ss. No direito norte-americano, a questão tomou um novo fôlego, dentre outros fatos, com o recente debate entre Jeremy Waldron, quem tece críticas de cunho democrático graves ao *judicial review* (cf. The core of the case against judicial review. *The Yale law journal*, n. 115, v. 3, abr., 2006. p. 1346-1406. Disponível em www.law.harvard.edu/news/spotlight/links/waldron.pdf. Acesso em 21/08/2011) e Richard Fallon Jr. (cf. The core of an uneasy case for judicial review. *Harvard law review*, v. 121, n. 7, mai., 2008. p. 1694-1736. Disponível em http://www.harvardlawreview.org/media/pdf/fallon_judicialreview.pdf. Acesso em 12/03/2012).

Em outra frente, a evolução no trato dos direitos fundamentais fez com que as competências do legislador sofressem outro tipo de revés, que não se refere mais a limitações impostas aos seus atos comissivos, mas se dirige em sentido contrário ao de suas omissões. A efetivação de uma ampla gama de direitos fundamentais depende, em graus diversos, de acordo com o direito de que se trata, de prestações normativas cuja competência é deixada ao legislador. Nesse sentido, a importância dos direitos fundamentais na realização do plano traçado pela constituição, representante de altíssimas aspirações de uma comunidade, pode justificar a imposição de um dever de exercício de certas competências, pois a inação do agente leva à frustração de pontos cardeais da constituição. O desenvolvimento dessas idéias, sob as quais subjaz o impacto dos direitos fundamentais na liberdade de conformação do legislador, é o assunto do próximo número.

2.3.5 A relação entre os direitos fundamentais e a liberdade de conformação do legislador

A compreensão de muitos direitos fundamentais como princípios maximiza os efeitos jurídicos da consagração desses direitos, uma vez que são interpretados como mandamentos de otimização, limitados apenas pelas circunstâncias fáticas e jurídicas dos casos nos quais estejam envolvidos¹⁶⁷. Esta realidade tem gravíssimos impactos em diversas frentes do ordenamento jurídico. A propósito da liberdade de conformação do legislador, a pressão da consagração dos direitos fundamentais tem um efeito previsível, pelo exposto até agora: a redução da zona de empate ou de paridade. A imposição dos deveres de realização dos direitos fundamentais leva, inevitavelmente, a uma redução dos comportamentos admissíveis por parte do legislador. Em outras palavras, o espectro de situações jurídicas resultantes das ações ou omissões legislativas aceitáveis, do ponto de vista constitucional, se reduzem, resultado do tolhimento da liberdade da atuação legislativa.

2.3.5.1 As vinculações negativa e positiva do legislador aos direitos fundamentais

¹⁶⁷ Como afirma Marcelo Guerra, há fortes argumentos para considerar os direitos constitucionais como consagrados por princípios, não por regras – e esta é uma questão de argumentação, não de mero conhecimento de alguma propriedade das normas; a classificação de uma norma como regra ou princípio deve ser (bem) justificada. A consideração como regras levaria a grandes arbitrariedades e a um empobrecimento do sistema jurídico, uma vez que haveria a necessidade de eliminação de normas jusfundamentais a cada (inevitável) conflito entre esses direitos, o que é afastado, nos termos já expostos, no caso dos princípios, cujas colisões são resolvidas na dimensão do peso (cf. *Derivative norms, principles and optimization: some remarks on Alexy's theory of constitutional rights*. In: _____. *A teoria das normas jusfundamentais: a contribuição de Robert Alexy*. Manuscrito, 2007. p. 134 ss).

Feitas tais considerações, é de tocar um ponto crucial: as formas de vinculação do legislador aos direitos fundamentais, com a conseqüente limitação de sua liberdade de conformação. Em primeiro plano, geralmente considerados em sua vertente subjetiva, os direitos fundamentais, por vincularem efetivamente os poderes públicos, promovem uma limitação de suas competências, uma vez que excluem do seu raio de ação as matérias consagradas em seu âmbito normativo. Assim o explica Konrad Hesse:

Ao significado dos direitos fundamentais como direitos de defesa subjetivos do particular corresponde seu significado jurídico-objetivo como determinações de competências negativas para os poderes estatais. Sem dúvida, é sua função proteger os direitos fundamentais, podem eles ser obrigados a concretizar direitos fundamentais, e podem eles ser autorizados a limitar direitos fundamentais; mas o status individual da liberdade e igualdade garantido com essa medida pelos direitos fundamentais está subtraído à sua competência e ele é protegido por essa subtração contra os poderes estatais.¹⁶⁸

Esta é uma dimensão – vinculação negativa do legislador¹⁶⁹ – da questão bem menos problemática, pois a sua aceitação no âmbito da doutrina e da jurisprudência constitucionais é reconhecida há mais tempo, embora haja exemplos nos quais ela não tenha sido adequadamente observada, inclusive em julgado recente do Supremo Tribunal Federal¹⁷⁰. Contudo, uma vez reconhecido que muitos direitos fundamentais demandam uma prestação normativa do legislador, ainda que se aceite a doutrina da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais, os direitos fundamentais devem gerar outra pressão sobre a liberdade de conformação do legislador. Com efeito, estes outros direitos não se realizam apenas com o controle dos atos comissivos do legislador que desbordem da competência

¹⁶⁸ *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 239. No mesmo sentido, Ignacio Villaverde: “Los derechos fundamentales regulan el uso del poder público para prohibirlo en ciertos sectores de la vida social y, no obstante, habilitar a ciertos órganos del Estado para intervenir en ese sector de la vida con el propósito, o bien de limitar el derecho fundamental privando de su protección a una porción de ese sector de la vida social, o bien delimitando el propio derecho fundamental y definiendo, en consecuencia, precisamente el sector de vida social sobre el que actúa su exclusión de poder público, o bien para regular el ejercicio del derecho fundamental en el sector de la vida social que constituye su objeto, o bien, finalmente, de crear instrumentos de garantía para su pleno disfrute en él” (La intangibilidad competencial de los derechos fundamentales: forma de estado y derechos fundamentales. *Teoría y realidad constitucional*, n. 20, 2007. p. 345).

¹⁶⁹ No geral, cf. GUERREIRO, Manuel Medina. *La vinculación negativa del legislativo a los derechos fundamentales*. Madrid: McGraw-Hill, 1996.

¹⁷⁰ Refira-se o julgamento da chamada Lei de Imprensa (nº 5250/67), na ADPF 130, julgada em 2009. Neste feito, a lei citada foi declarada totalmente inconstitucional, por decisão majoritária. No ato legislativo declarado inconstitucional, estavam presentes as normas que regulamentavam o direito de resposta (CF; art. 5º, inc. V), mas o tribunal não fez a tomada em apartado dessas normas e decidiu fulminar todo o ato. Mesmo “diretamente aplicável”, o exercício do direito de resposta envolve a intervenção em outros direitos e a sua regulação é de fundamental importância para evitar dilações indevidas na sua satisfação. Infelizmente, é bastante propagada a opinião de que só há a necessidade de regulação para os direitos em que a ausência de regulação impeça completamente seu gozo. A vinculação negativa aos direitos fundamentais pode levar à proteção contra a destruição de posições jurídicas de direitos fundamentais pelo legislador. Seja como for, o legislador parece esforçar-se na aprovação de um novo regulamento para o direito de resposta (cf. Projeto de Lei do Senado nº 141 de 2011).

conferida a ele. Neste passo, será decisiva uma forma de evitar que as omissões legislativas não possam se estender de modo a gerar efeitos contrários à própria constituição (ou seja: situações jurídicas inconstitucionais); a carência de efetividade das normas constitucionais, especialmente quando envolvem direitos fundamentais, é uma das mais graves violações a um ordenamento jurídico¹⁷¹. É para o combate a esse tipo de situação que setores da doutrina desenvolveram uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais, acerca da qual se lecionou:

En sentido objetivo, los derechos fundamentales en vigencia bajo las condiciones del Estado de prestaciones sociales cristalizan como *directrices constitucionales y reglas de actuación legislativa*, de las cuales se desprende la obligación —no accionable, pero sí jurídicamente vinculante— de una determinada puesta en marcha de la actividad estatal.¹⁷²

Embora Schneider reconheça que a existência de direitos fundamentais possa conformar a atuação legislativa – vinculação positiva¹⁷³, – não admite a justiciabilidade dos deveres de proteção dirigidos ao legislador. Contudo, a lição colacionada só deve ser trazida para a realidade brasileira no que diz com a regulação imposta ao legislador, pois a Constituição brasileira de 1988 instituiu um sistema de controle das omissões legislativas que torna inválida, para o direito nacional, a impossibilidade de controle jurisdicional dessas omissões como Schneider defendeu, seguramente com base nos seus estudos sobre o direito alemão. Um exemplo pode ajudar a lançar luzes nos temas trazidos neste número.

Caso dos mais ilustrativos da discricionariedade do legislador no direito brasileiro, que também envolveu o controle das omissões legislativas sobre direitos fundamentais, foi o do direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço (CF; art. 7º,

¹⁷¹ Não é raro encontrar manifestações doutrinárias que parecem olvidar esta dimensão da questão. Veja-se a seguinte manifestação de Ana Maria Lopes: “A obrigação de respeitar os direitos fundamentais significa a proibição de violar os interesses dos particulares. Esta obrigação de garantir os direitos fundamentais consiste no dever dos órgãos estatais de eliminar todo perigo e de destruir qualquer obstáculo que possa ameaçar a realização dos interesses protegidos por esses direitos” (*Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Fabris, 2001).

¹⁷² SCHNEIDER, Hans-Peter. Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático. Tradução de Joaquín Abellán. *Revista de estudios políticos*. n. 7, jan./fev., 1979. p. 32. Sobre a dimensão objetiva, José Carlos Vieira de Andrade afirma justifica a sua admissão, a fim de explicar alguns efeitos jurídicos resultantes da consagração de direitos fundamentais que não são abarcados pela noção de direito subjetivo. Estoutros efeitos configurariam uma “mais-valia” jurídica dos preceitos constitucionais atinentes à matéria (cf. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2007. p. 142). Na literatura brasileira, faz um interessante repasse da matéria SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.) *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 251-314.

¹⁷³ Sobre a vinculação positiva, escreveu Juan Carlos Gavara de Cara: “La vinculación en el fondo implica un planteamiento de ejercicio de los derechos fundamentales a través de los poderes públicos, superando el planteamiento clásico y tradicional de que los derechos se tenían frente al Estado para protegerse de la actuación de los poderes públicos. En este sentido, la vinculación positiva cumple la función de describir y es el instrumento para articular la relevancia que han adquirido las regulaciones procesales y materiales de carácter organizativo para la defensa de los derechos, al articular las acciones positivas que deben emprender los poderes públicos con la finalidad de desarrollar dicha protección” (*La vinculación positiva de los poderes públicos a los derechos fundamentales. Teoría y realidad constitucional*, n. 20, 2007. p. 319).

inc. XXI). Durante mais de duas décadas, não houve qualquer previsão legislativa (especificamente uma lei) estipuladora dos termos nos quais o aviso prévio seria proporcional ao tempo de serviço, a partir do mínimo de trinta dias, já trazido pela própria Constituição. O Supremo Tribunal Federal já havia se pronunciado sobre a matéria, inicialmente, no sentido de apenas declarar a mora do legislador para, em uma espécie de apelo, rogar-lhe a promulgação da lei faltosa¹⁷⁴. Mas o que se pretende aqui não é analisar a sorte do mandado de injunção; antes, aproveitar o caso para ilustrar como a discricionariedade do legislador não deixa de existir caso se considerem os direitos fundamentais como princípios¹⁷⁵ e para fazer uma demonstração de como esses mesmos direitos, quando insatisfeitos por conta da omissão legislativa, podem justificar medidas que, à primeira vista, aparentam um ataque à liberdade de conformação do legislador, mas, se interpretadas adequadamente, apenas afirmam a supremacia das normas constitucionais.

Em primeiro lugar, no exemplo do aviso prévio, a Constituição estabeleceu o patamar mínimo a ser obedecido, o que, indiscutivelmente, vinculou a todos (os poderes públicos, pois o legislador não pode diminuir esse patamar, nem pode o judiciário recusar a aplicação desse mínimo). Grande questão pairou sobre a competência do Supremo Tribunal Federal para, à falta da lei à qual a Constituição teria reservado a instituição da relação de proporcionalidade entre o tempo de serviço e o aviso prévio, resolver os casos com a estipulação direta de um período. É interessante notar que não houve qualquer tipo de “teto” para tal direito; isso é curioso, pois se o aviso de trinta dias é garantido para quem tenha, por exemplo, um ano em um dado emprego, que tempo de aviso se poderia garantir a quem tenha trinta e cinco anos no mesmo posto de trabalho? O fato é que, se a norma de direito fundamental que consagrou o aviso prévio proporcional é um princípio (ou, pelo menos, se visa, juntamente a outras, à realização do valor constitucional da melhoria das condições sociais dos trabalhadores (art. 7º, *caput*, CF)), ela imporá uma realização extremada, com a consagração de períodos tão largos quanto possíveis, fática e juridicamente. Entretanto, é relegado à lei o estabelecimento da relação de proporcionalidade, o que deixa em aberto, pelo menos em uma medida considerável, um espectro de possíveis realizações desse direito – os quais vão desde uma realização minimamente satisfatória, que não venha a praticamente anular tal direito (o que se daria com um teto muito pouco maior que trinta dias), até a uma realização mais ampla, que não venha a promover intervenções desproporcionais em outros

¹⁷⁴ Vale conferir o MI 369 DF, julgado em 1992, em que, por maioria, foi vitorioso o voto do Min. Relator Francisco Rezek, no sentido do texto, vencidos os Ministros Ilmar Galvão, Marco Aurélio e Carlos Velloso.

¹⁷⁵ Uma das críticas mais frequentes à concepção dos princípios é a de que tornaria o legislador mero executor das normas constitucionais, sem lhe sobrar qualquer margem de conformação.

princípios que gozem da mesma dignidade constitucional, como a liberdade de iniciativa¹⁷⁶. Que a opção legislativa possa ter essas variantes é sinal de que a existência de princípios constitucionais não elimina, pelo menos não necessariamente, os espaços para a discricionariedade do legislador; ainda resta uma “zone de empate” ao longo da qual a escolha específica por uma das opções possíveis não apenas não será vedada ao legislador, como dela dependerá a solução definitiva nos quadrantes traçados pela Constituição. Portanto, que o “empate” se dê em um conjunto de situações menor com a positivação de vários direitos fundamentais, todos positivados por meio de normas-princípio, não implica a supressão da liberdade de conformação do legislador, sem ficar adstrito à escolha de uma (e somente uma) solução ótima, pois duas ou mais respostas para cada problema jusfundamental podem ser constitucionalmente viáveis na maioria dos casos¹⁷⁷.

Por outro lado, a omissão do legislador deixa em aberto a conformação exata do direito ao aviso prévio. Sabe-se apenas que ele será proporcional ao tempo de serviço; nada além. Ainda que se admita a aplicabilidade imediata dessa norma, é imprescindível um acertamento dessa relação de proporção. Aliás, é mesmo temerário que se admita a aplicabilidade imediata com relação ao aviso prévio proporcional, pois, sem a edição da lei, o

¹⁷⁶ É discutível a opção do legislador, com a edição da Lei nº 12506/11, pelo limite máximo de noventa dias de aviso prévio, considerando-se que mínimo de trinta dias é garantido a empregados contratados há pouquíssimo tempo. Seguramente, o aceno do Supremo Tribunal Federal nos MI's 943, 1010, 1074 e 1090, os quais já contavam com o voto do relator, Min. Gilmar Mendes, pelo acolhimento da pretensão deduzida, com a solução normativa para os casos concretos, fez com que o Congresso Nacional buscasse, a toque de caixa, uma solução conciliatória que evitasse uma enxurrada de ações semelhantes, principalmente pelo fato de que o STF parecia disposto a regular os casos com um limite máximo significativamente superior ao que a Lei referida consagrou. Isto gerou uma mobilização ímpar dos grupos de pressão, no sentido de que o Congresso finalmente deliberasse sobre a matéria, *que contava com diversos projetos de lei em trâmite há décadas*. Fugiria do escopo deste trabalho levar tal assunto mais adiante, o que ocupará uma pesquisa à parte, mas já dá uma pequena nota de que o problema das omissões legislativas não se deve, muitas vezes, à complexidade dos temas ou ao grande volume de trabalho do Legislativo, mas se deve antes ao *custo político da tomada de certas decisões*, as quais podem desagradar certos setores e, conseqüentemente, pesar sobre os projetos político-partidários ou eleitorais de uma parcela dos parlamentares (e. g., decisões que sejam desagradáveis para os eleitores em geral, como aumento/instituição de tributos, ou decisões que tenham de afastar os partidos de suas linhas ideológicas (quando as têm!), por conta da “fidelidade” que devem manter a um Governo de que componham a base aliada).

¹⁷⁷ No exemplo trazido, fica difícil se contestar a existência de uma margem de manobra para o legislador. Com efeito, que prazo deveria ser concedido, no máximo? Noventa dias, como a solução legal (cf. nota anterior)? Cento e vinte? Duzentos dez? Trezentos e sessenta? Seguramente, do ponto de vista da realização do valor que representa a melhoria das condições sociais do trabalhador, esse prazo tenderia ao infinito. Contudo, a consideração de outros pontos de vista relevantes força a redução do que pode ser concedido ao trabalhador, mas é praticamente impossível apontar para *uma, e somente uma*, resposta correta, por mais que se recorra à finalidade do instituto, às soluções do direito comparado etc. É exatamente nesse espaço que se pode apontar para uma discricionariedade do legislador. Em sentido semelhante, Virgílio da Silva assevera: “(...) la simple existencia de un amplio catálogo de derechos fundamentales a ser optimizados impide ya una única respuesta para las colisiones entre estos derechos. En razón de la diversidad de las variables y del grado de incertidumbre de muchas de las premisas empíricas y normativas presentes, no es tan sólo posible, sino también probable, que, para un mismo problema, existan diversas soluciones que satisfagan el criterio de la optimización” (Teoría de los principios, competencia para la ponderación y separación de poderes. Tradução de Virgílio Afonso da Silva e Pablo Gasparini. In: SIECKMANN, Jan-R. (ed.) *La teoría principialista de los derechos fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 250).

empregador não tem condições de saber o custo de uma demissão, o que é um absurdo, do ponto de vista de quem tem de planejar uma atividade econômica, mas essa é uma complicação que pode ser deixada de lado neste passo. O fato é que, reconhecido o direito fundamental ao aviso prévio proporcional, qualquer omissão que venha a negá-lo, restringi-lo, ou mesmo a complicar a sua realização nas relações de trabalho, demanda uma justificativa, pois os direitos fundamentais representam proteções contra a sua própria restrição, uma vez admitida a natureza de princípio destas normas¹⁷⁸. Neste caso específico, a desregulamentação do aviso prévio proporcional também restringe posições jurídicas dos empregadores, uma vez que instauram uma grave incerteza sobre as quantias que podem ter de desembolsar caso queiram demitir um empregado; esta dimensão do problema costuma ser olvidada nas análises da questão. Fica claro que a omissão legislativa nesse tipo de caso fere a Constituição e demanda o desenvolvimento legislativo por parte do legislador. Se se tomar em consideração (1) a supremacia da Constituição, enquanto norma que regula o comportamento de todos os órgãos constituídos e (2) que o poder legislativo é um poder constituído, conclui-se que mesmo as condutas que representam as condições para os efeitos condicionados nas competências atribuídas ao legislador podem ser também objeto de um dever jurídico. Deste modo, certas omissões legislativas põem em risco a supremacia constitucional, e quando tais omissões envolvem direitos fundamentais, o seu debelamento se torna uma questão crucial para a manutenção do conjunto normativo instituído pela própria Constituição.

Reconhecido o fato de que a supremacia constitucional é posta em risco com certas omissões do legislador, põe-se o problema de saber se o controle dessas omissões, caso venha a satisfazer (ainda que de maneira temerária) a demanda pela prestação normativa reservada constitucionalmente ao legislador, fere a liberdade de conformação deste. A solução deste problema envolve uma compreensão mais profunda da situação. Em primeiro lugar, a Constituição deixa a matéria no âmbito da reserva de lei, o que, *prima facie*, livra a matéria de qualquer regulamentação que não se dê por um ato que revista a qualificação de lei (CF; art. 59; inc. III). Foi dito, de caso pensado, que se tratava de uma atribuição de competência exclusiva apenas *prima facie*, pois não é o fato de se conceder uma competência para tratar de determinada matéria que torna o seu trato vedado a qualquer outro agente, por qualquer outro

¹⁷⁸ “Da natureza principiológica das normas de direitos fundamentais decorriam não apenas a restrição e a restringibilidade dos direitos fundamentais em face de princípios colidentes, mas também que sua restrição e sua restringibilidade têm limites. Uma restrição a direito fundamental somente é admissível se, no caso concreto, aos princípios colidentes for atribuído um peso maior que aquele atribuído ao princípio de direito fundamental em questão. Por isso, é possível afirmar que os direitos fundamentais, enquanto tais, são restrições à sua própria restringibilidade” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 295-296).

ato jurídico, embora isso ocorra de maneira generalizada como resultado de uma interpretação que leva à exclusão da competência de outros entes. No caso, também a imposição de um dever jurídico, cujo conteúdo é exatamente o cometimento desse ato legislativo. Se se reconhece que o descumprimento de tal dever não se ajusta à supremacia da Constituição, já que a omissão de um órgão constituído mantém uma situação jurídica contrária a uma norma constitucional, abre-se uma via para a admissão de uma solução para a prestação normativa negada pelo legislador, sob pena de a Constituição permanecer descumprida por tempo indeterminado, em matéria tão relevante como os direitos fundamentais. Alguma forma de controle dessas omissões deve existir, principalmente quando o legislador não é proficiente na realização dos direitos fundamentais dependentes da execução legislativa da Constituição. Repita-se: o que está em jogo não é apenas a liberdade de conformação do legislador, mas a própria supremacia constitucional, na matéria que, possivelmente, mais justifique a sua razão de ser.

À vista do que se acaba de dizer, a vinculação positiva do legislador aos direitos fundamentais encontra a sua justificação na necessidade permanente de se defender e realizar a constituição, sobretudo em matéria jusfundamental, de modo que a discricionariedade do legislador não deve abranger o momento em que se fará a regulação nesse âmbito, embora seja sempre possível certa margem de manobra no âmbito da competência material. Entretanto, com todas as dificuldades que existem para fazer com que o legislador legisle, o que se pode fazer para solver o desrespeito à constituição causado pela sua inércia? A resposta a esta indagação leva necessariamente ao tema da inconstitucionalidade por omissão, certamente um dos assuntos mais versados e intrigantes do constitucionalismo nas últimas décadas, uma vez que envolve outros pontos polêmicos do direito constitucional – a exemplo da separação de poderes, da jurisdição constitucional etc. O estudo e as práticas legislativa e jurisdicional do controle jurisdicional das omissões do legislador já ofertaram algumas soluções para o problema, cuja análise iniciará o próximo capítulo. Mas, antes de isso acontecer, será importante promover uma tentativa de elencar os deveres de legislar, a fim de visualizar melhor os problemas para os quais as soluções referidas buscaram saída.

2.3.5.2 Os deveres de proteção do legislador em matéria jusfundamental

Qualquer rol de deveres surgidos para o legislador em virtude da consagração de direitos fundamentais quase inevitavelmente restará incompleto, por vários motivos. Dentre estes, a constante indeterminação dos direitos fundamentais – pela possibilidade de

surgimento de novos direitos, assim como pela indeterminação do conteúdo dos já consagrados – pode trazer variações nos deveres pendentes sobre o legislador. Além disso, essas relações de deveres são, mais das vezes, como não poderiam deixar de ser, efetuadas com base nas experiências do exercício e/ou da luta pela efetivação de direitos fundamentais pretéritas, de modo que se torna impossível afirmar categoricamente a impossibilidade de outros deveres já em voga, mas ainda não explorados. Todo o modo, os esforços tendentes a fazer um inventário são importantes no auxílio à melhor compreensão das conseqüências dos direitos fundamentais para a atuação legislativa e ao estudo das soluções para o problema das omissões do legislador. Antes de entrar no tema de vez, uma observação deve ser feita, relacionada aos limites da pesquisa. É comum observar a divisão dos direitos fundamentais entre direitos de defesa e direitos de prestação,¹⁷⁹ para fazer referência, respectivamente, a direitos cuja efetividade demanda apenas abstenções e direitos que também impõem certas prestações normativas e materiais para plena realização. Como o âmbito deste trabalho se limita ao controle das omissões legislativas em prestações normativas, talvez se possa imaginar que os chamados direitos de liberdade estejam fora do estudo. Entretanto, como nota Marcos Gómez Puente, essa distinção, por ser sumamente descritiva da evolução histórica da concepção de direitos fundamentais e da relação estado-sociedade-indivíduo do estado liberal ao estado social, carece, na atualidade, de rigor jurídico, pois a grandeza da complexidade técnico-jurídica de cada direito torna a distinção útil apenas para assinalar uma tendência dos direitos de serem predominantemente de liberdade ou de prestações, com grandes variações intermediárias entre uns e outros, à medida que exijam maior ou menor atuação positiva¹⁸⁰.

O legislador fica de logo obrigado pelos direitos fundamentais, com fundamento na cláusula de aplicabilidade imediata desses direitos. O recorte da matéria imposto pelo tema limita as observações realizadas na seqüência aos deveres dirigidos ao legislador e, por conseguinte, aos deveres de legislação. Não se ignora o fato de os deveres de proteção decorrentes da consagração de direitos fundamentais recaírem sobre todos os poderes constituídos; além disso, os deveres de legislação representam apenas uma das dimensões dos deveres de proteção dos direitos fundamentais, mas somente aos primeiros será dedicada

¹⁷⁹ A distinção também aparece nos termos de direitos de liberdade e direitos de igualdade, ou mesmo na contraposição entre direitos e liberdades. Em terminologia mais difundida no direito brasileiro, pode-se trasladar a questão para as gerações de direitos fundamentais, notadamente os direitos das duas primeiras gerações (no essencial sobre as características essenciais destas duas gerações, cf., por todos, LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Las generaciones de los derechos humanos. Revista del centro de estudios constitucionales*, n. 10, set./dez., 1991. p. 205-206).

¹⁸⁰ Cf. *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*. Madrid: McGraw-Hill, 1997. p. 44.

maior atenção¹⁸¹. Como exposto no número anterior, vinculação aos direitos fundamentais tem as suas vertentes negativa e positiva. Na primeira, como direitos a ações negativa ou direitos de defesa, o vínculo se faz notar, como propôs Robert Alexy, pelos direitos ao não-embaraço de ações, direitos à não-afetação de características e situações e direitos à não-eliminação de situações jurídicas¹⁸². Não cabe maior consideração sobre essa dimensão da vinculação, pois o maior interesse recai nos deveres surgidos da vinculação positiva do legislador. Na vinculação positiva, fica claro o papel do legislador como um verdadeiro promotor dos direitos fundamentais, ao assumir um papel ativo indispensável para assegurar o conteúdo e o gozo de tais direitos; o legislativo é incumbido, destarte, da função de tornar realidade todo o plexo de situações jurídicas compostas pelos direitos fundamentais¹⁸³. A vinculação positiva estabelece deveres exatamente contrários aos da vinculação negativa; o legislador passa a ser o responsável pela facilitação de certas ações dos outros sujeitos de direito, assim como terá de constituir diversas posições jurídicas para maximizar a realização de direitos fundamentais cuja normatividade não esteja satisfatoriamente desenvolvida no ordenamento jurídico.

Dentre esses deveres, há aquele de *proteger os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. O reconhecimento dos chamados efeitos horizontais desses direitos impõe uma obrigação de proteção cujo cumprimento pode requerer uma prestação normativa do legislador. Como observa Didier Ribes, isso resulta de uma mudança na percepção do homem pelas constituições modernas. Não se trata mais de considerar os indivíduos como seres isolados e solitários, os quais decidem soberanamente sobre os seus destinos, capazes de usufruir plenamente de seus direitos na ausência de intromissão estatal; atualmente, as pessoas se encontram completamente ligadas à comunidade em que vivem. Deste modo, os riscos de desrespeito aos direitos fundamentais não partem mais apenas dos poderes públicos; também os particulares, pessoas físicas ou jurídicas, representam riscos ao conjunto dos direitos fundamentais de cada um¹⁸⁴; por mais forte razão, estes cuidados devem ser observados quando é notável alguma desigualdade entre os particulares, pois, nestes casos, também a

¹⁸¹ Três dimensões dos deveres são, ordinariamente, manejadas pela doutrina: (1) dever de proteção como tarefa de proteção a cargo do estado; (2) dever de proteção como dever de atuação; (3) dever de proteção como dever de legislação (cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Omissões normativas e deveres de proteção. In: DIAS, Jorge de Figueiredo *et al.* (org.) *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*. v. 2. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 113).

¹⁸² Cf. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 196 ss.

¹⁸³ . Cf. PUENTE, Marcos Gómez. *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*. Madrid: McGraw-Hill, 1997. p. 48.

¹⁸⁴ RIBES, Didier. Existe-t-il un droit à la norme? Contrôle de constitutionnalité et omission législative. *Revue belge de droit constitutionnel*, n. 3, 1999. p. 245-246.

isonomia atua em conjunto com os direitos fundamentais envolvidos na pressão pela atuação legislativa protetora dos direitos fundamentais. Nem sempre será fácil reconhecer a existência de um dever de proteção, por não ser algo simples determinar o(s) limite(s) do(s) direito(s) fundamental(is) a ele correspondente(s), além de outras variáveis que devem ser tomadas em linha de conta na tomada de decisão pelo legislador. Por vezes, a importância da proteção de um direito específico pode impor a necessidade de uma atividade normativa do legislador que vise à sua proteção, embora, em termos probabilísticos, os riscos de sua vulneração em certas relações sejam pequenos (por exemplo, imagine-se alguma atividade laboral na qual a vida possa, gravemente, ser posta em risco). Noutros casos, é a especial sujeição de alguns agentes a determinadas violações de seus direitos a justificativa para intervenções nos direitos com eles colidentes; também a dificuldade de reverter ofensas a algum bem jurídico pode fundamentar a proteção das relações em que ele se põe¹⁸⁵.

No limite, os efeitos horizontais dos direitos fundamentais e os seus efeitos, por assim dizer, tradicionais podem levar ao dever de *criminalização de certas condutas*, extremamente lesivas. Isto leva à investigação sobre a existência de deveres de criminalização, deduzidos das normas constitucionais, deveres limitadores da liberdade de conformação do legislador em seus esforços para proteger direitos constitucionais. No caso brasileiro, nem se precisa de ir muito além nessa investigação, pois há mandados expressos de criminalização no bojo da Constituição, cujo incumprimento redundaria em situações jurídicas inconstitucionais¹⁸⁶. Maior controvérsia existe sobre a admissibilidade de mandados implícitos de criminalização, pois a admissão destes mandados implicaria uma grave redução da liberdade de conformação do legislador sem amparo textual. A reprodução da discussão travada na doutrina especializada tomaria proporções excessivamente largas neste trabalho e foge de seu objetivo, razão pela qual apenas se apontam alguns motivos a favor do reconhecimento de mandados implícitos de criminalização: (1) não é razoável limitá-los aos casos previstos pelo constituinte, até porque é impossível prever todas as hipóteses para as quais a tutela penal se mostrará proporcional no combate ao risco de lesões a direitos fundamentais, afinal, o constituinte, por mais autônomo e ilimitado que seja, não é onisciente,

¹⁸⁵ Cf. SILVA, Jorge Pereira da. *Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas: contributo para uma teoria da inconstitucionalidade por omissão*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003. p. 45-46.

¹⁸⁶ Cf., por exemplo, o inc. XLII, do art. 5º: “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”. Para um rol desses mandados, cf. FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 81 ss.

não domina todos os dados necessários para tomar uma decisão terminante sobre um tema dessa natureza, cujas conseqüências se podem fazer sentir de maneira tão profunda pelos cidadãos no futuro; (2) a já citada dificuldade no estabelecimento dos limites dos direitos fundamentais também depõe a favor dos mandados implícitos, pela dificuldade que o constituinte teria de fincar as limitações das proteções possíveis adequadas aos conteúdos de todos os direitos (sistemas, como o brasileiro, com cláusulas de abertura para direitos fundamentais não constantes do texto constitucional estão ainda mais sujeitos a esta dificuldade); (3) alterações fáticas supervenientes ao momento constituinte podem desafiar novas medidas de proteção a direitos fundamentais, ao tornar insuficientes as proteções não-criminais a determinadas posições jurídicas jusfundamentais, em virtude do crescimento das ameaças aos direitos.

Uma advertência deve ser realizada: o reconhecimento de mandados constitucionais de criminalização implícitos não pode ser desmedido; não se pretende a negação do direito criminal como *ultima ratio*. Contudo, é necessário reconhecer a razão dos setores doutrinários que têm chamado a atenção para as duas faces da proporcionalidade no controle das normas criminais: se a proporcionalidade deve atuar como proibição de excesso no estabelecimento de medidas criminais, *também deve funcionar para evitar a proteção insuficiente de direitos*, sob pena de se fazer pouco caso da vinculação positiva desses direitos. Como observou Lenio Streck:

Isto significa afirmar que o legislador ordinário não pode, ao seu bel prazer, optar por meios “alternativos” de punição de crimes ou até mesmo pelo “afrouxamento” da persecução criminal sem maiores explicações, ou seja, sem efetuar prognoses, isto é, a exigência de prognose significa que as medidas tomadas pelo legislador devem ser suficientes para uma proteção adequada e eficiente e, além disso, basear-se em cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis. Não há grau zero para o estabelecimento de criminalizações, descriminalizações, aumentos e atenuações de penas.¹⁸⁷

À vista do exposto, para arrematar a análise sucinta sobre os deveres de criminalização de condutas, parece bastante razoável a lição de Luciano Feldens, para quem a “regra geral” indica a ampla liberdade do legislador para “concretizar os termos da proteção

¹⁸⁷ O dever de proteção do estado (*Schutzpflicht*): o lado esquecido dos direitos fundamentais ou “qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes”? Disponível em <http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/08/Vers%C3%A3o-final-da-Untermassverbot-08-07-art-33-1.pdf>. Acesso em 22/06/2012. p. 8. Ingo Sarlet afirma a necessidade de a proporcionalidade ser encarada em sua dupla dimensão, pois ambas “guardam conexão direta com as noções de necessidade e equilíbrio”, e chega a atrelar parcialmente a sobrevivência do chamado garantismo ao adequado manejo da proporcionalidade (também) na seara criminal e na capacidade de dar respostas adequadas aos “avanços de um fundamentalismo penal desagregador” (cf. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, n. 10, 2006. p. 354). Ainda sobre a proibição da proteção insuficiente, cf. o livro citado na nota anterior, às páginas 108 ss.

normativo-penal”, sempre em consonância com os demais princípios fundadores do direito criminal. Todavia, os mandados constitucionais de criminalização promovem um evidente e grave estreitamento dessa liberdade de conformação, “precisamente no momento em que vedam ao legislador deixar a descoberto o bem jurídico cuja proteção penal é constitucionalmente requerida”¹⁸⁸⁻¹⁸⁹.

Em outra frente, a relação entre direitos fundamentais, organização, processo e procedimento tem sido alvo de inúmeras discussões, e muitos autores prestam extraordinário relevo à constituição de situações jurídicas relativas a processo e a procedimento como condição indeclinável para a realização de resultados conforme aos direitos fundamentais¹⁹⁰. Isto ressalta a existência de *deveres legislativos de proteção a direitos fundamentais mediante normas de processo, procedimento e organização*. Não se justifica, neste passo, uma abordagem vagarosa do tema. Será conveniente apenas destacar, com Gomes Canotilho, que o procedimento e/ou o processo postulam uma imbricação material com os direitos fundamentais, consoante às indicações dadas pelos impulsos teóricos desenvolvidos nas últimas décadas. Ele fala, ainda, em três perspectivas fundamentais pelas quais essa imbricação se pode captar: (1) processo/procedimento reconduzíveis a instrumentos de proteção e realização de direitos fundamentais; (2) processo/procedimento como instrumentos justos e adequados para a limitação ou restrição dos direitos fundamentais; (3) processo/procedimento como “locais” ou “espaços” de exercício de direitos¹⁹¹. Todas estas perspectivas, pela importância que revestem na dinâmica da proteção e da realização dos direitos fundamentais, geram deveres de proteção impostos ao legislador, e é muito importante sublinhar o fato de essas posições jurídicas ligadas a processo e/ou procedimento não devem ser interpretadas como apêndices dos direitos fundamentais; antes, elas devem ser reputadas elementos integrantes desses mesmos direitos. Desta forma, a sua proteção restará melhor privilegiada, pois fica nítido que a vulneração de deveres relativos a

¹⁸⁸ Cf. FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 80.

¹⁸⁹ Vale anotar que o Brasil foi, recentemente, condenado na Corte Interamericana de Direitos Humanos a promover a tipificação da conduta de desaparecimento forçado de pessoas, no *Caso Gomes Lund e outros* (Guerrilha do Araguaia), julgado em setembro de 2010. No § 109 da decisão, foi determinada a regulamentação do desaparecimento forçado como delito autônomo, a fim de permitir a persecução criminal adequada desse crime que se caracteriza por impedir o exercício dos recursos legais pelas vítimas e familiares, além de eliminar obstáculos jurídicos à responsabilização dos culpados. Sobre essa decisão, cf. JARDIM, Tarciso del Maso. *Brasil condenado a legislar pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: da obrigação de tipificar o crime de desaparecimento forçado de pessoas*. p. 5 ss. Disponível em http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/TD83-TarcisoDalMaso.pdf. Acesso em 19/01/2012.

¹⁹⁰ Sobre as origens essa discussão, com amplas referências, cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 470 ss.

¹⁹¹ Cf. Constituição e défice procedimental. In: _____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 72.

processos/procedimentos afetam os próprios direitos fundamentais e possibilitam, pois, o controle jurisdicional pelos meios disponíveis para o desrespeito aos direitos constitucionais.

Por fim, tem-se de falar no *dever de correção das normas vigentes*. O dever de correção das normas não se cinge, necessariamente, aos direitos fundamentais. Em outras matérias, pode-se mostrar imperiosa a atualização da legislação, a fim de não haver uma transição para a inconstitucionalidade, pelo câmbio de circunstâncias ulteriores à promulgação do ato normativo (as denominadas “inconstitucionalidades deslizantes”), ou pela descoberta de erros do legislador nas prognoses efetuadas quando da tomada da decisão de legislar. Estas hipóteses representam as duas situações básicas nas quais esse dever surge. Estes pontos serão melhor analisados no próximo capítulo, quando for feita a abordagem das soluções para o controle jurisdicional da constitucionalidade. Vale deixar consignado, de logo, que o trato autônomo dessa categoria de dever é justificado pela existência, ao contrário dos outros deveres, de um regime jurídico para os direitos fundamentais em jogo; entretanto, por razões diversas, as situações jurídicas postas não são constitucionalmente satisfatórias, de modo a caber ao legislador proceder à sua alteração para compatibilizá-las com a constituição. Como será visto, muitas vezes a solução jurisdicional deverá promover uma complexa avaliação do caso, para evitar a destruição de posições jurídicas incompatíveis com a constituição, mas ainda assim melhores que o “vazio” jurídico eventualmente imposto pela anulação das normas inconstitucionais.

Para encerrar o número sobre os deveres de legislação, é relevante trazer à tona a discussão relacionada ao grau em que os deveres de legislação correspondem aos direitos fundamentais dos indivíduos. Há, basicamente, três posições a esse respeito: para a primeira, os direitos de proteção são sempre posições jurídico-objetivas, ancoradas em deveres objetivos de proteção; para a segunda, os direitos de proteção devem ser considerados, em princípio, posições jurídico-objetivas, e só em casos evidentes e concludentes, ser tomados em dimensão jurídico-subjetiva; para a terceira, os direitos de proteção podem e devem ser compreendidos como direitos subjetivos, sempre que eles transportem dimensões materiais indispensáveis à própria proteção dos bens garantidos pelos direitos fundamentais¹⁹². A primeira posição, baseada em uma orientação objetiva do sistema jurídico, está sujeita a críticas de três ordens: substancial, funcional e metodológica. Substancialmente, o perigo é o excesso da dimensão objetiva dos direitos fundamentais diminuir os direitos individuais

¹⁹² As correntes doutrinárias são organizadas dessa forma por Canotilho (cf. Omissões normativas e deveres de proteção. In: DIAS, Jorge de Figueiredo *et al.* (org.) *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*. v. 2. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 121).

constitucionalmente consagrados em nome dos direitos de cunho institucional e democrático. Do ponto de vista funcional, o risco é representado pela extensão do conteúdo dos direitos fundamentais, a qual atrai um aumento dos deveres positivos acometidos ao legislador, com a conseqüente possibilidade de usurpação de competência dos outros órgãos. Já do ponto de vista metodológico, o recurso ao sistema de valores, subjacente à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, é questionado como fonte de decisões jurídicas¹⁹³. A segunda posição é problemática ao colocar a evidência como e a conclusividade como condições para a inclusão da posição jurídica na dimensão subjetiva. A terceira promove mais adequadamente a idéia segundo a qual o sentido fundamental dos direitos fundamentais é o de proteger os indivíduos e promove uma proteção mais forte a estes direitos, sendo a melhor das três abordagens, pelo menos do ponto de vista de uma proteção dos direitos fundamentais contra as omissões do legislador.

2.4 Síntese conclusiva

A intenção neste capítulo era a de buscar elementos suficientes para a caracterização mais adequada de omissão legislativa inconstitucional sobre direitos fundamentais, para fins de estudo do seu controle jurisdicional. No nº 2.2, firmou-se a noção segundo a qual o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma omissão do legislador deve ser focado na contrariedade da situação jurídica resultante da falta de exercício de alguma competência legislativa – e que a contrariedade se deve ao desrespeito ao dever de se comportar de acordo com a constituição, com o afastamento de outros elementos, como o tempo decorrido sem o exercício de uma competência ou a eficácia mediata da norma. No nº 2.3, buscou-se delimitar a matéria jusfundamental, assim como demonstrar a ineliminável possibilidade de se superar a liberdade de conformação do legislador (implicação da adoção da teoria dos princípios, nos moldes alexyanos), enquanto princípio (formal), em colisões com outros princípios, consagradores de direitos fundamentais, cuja realização esteja obstada por omissões do legislador. Deste modo, é possível chegar à conclusão de que a omissão legislativa inconstitucional lesiva de direitos fundamentais é aquela por força da qual uma situação jurídica inconstitucional se estabelece, cuja especificidade reside no desrespeito aos deveres de proteção oriundos da consagração constitucional desses direitos, deveres de ordens variadas (proteção nas relações entre os particulares, criminalização de condutas etc.).

¹⁹³ Cf. QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais: teoria geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 116.

3 AS SOLUÇÕES PARA O CONTROLE JURISDICIONAL DAS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS DO LEGISLADOR: INVENTÁRIO E CRÍTICA

Esta último capítulo se destina, basicamente, a comportar uma análise das soluções propostas para o controle jurisdicional das omissões do legislador à luz do aparato teórico sobre o qual se discorreu nos passos anteriores. Esse intento será perseguido em três passos. No primeiro deles, far-se-á um breve inventário dessas soluções. No segundo, elas serão confrontadas com a separação de poderes, o argumento contrário ao controle jurisdicional das omissões legislativas mais lançado e discutido. Por último, os resultados obtidos serão utilizados para a realização de uma investigação sobre os possíveis efeitos das decisões de controle da inconstitucionalidade por omissão no âmbito dos instrumentos processuais à disposição no direito brasileiro.

A propósito do inventário das soluções propostas, algumas notas se fazem importantes. Uma lista desse jaez pode ser organizada de diversas maneiras. Algumas propostas expostas aqui de maneira separada podem ser apresentadas sob uma só epígrafe por alguns autores. Isso ocorre porque a diferença entre algumas soluções é apenas de grau, com umas mais incisivas sobre a liberdade de conformação do legislador que outras, mas, todo o modo, bastante semelhantes em seus mecanismos de controle. Nos mais variados sistemas de fiscalização da constitucionalidade, é possível encontrar saídas bem distintas, condicionadas por fatores diversos e instrumentalizadas de diferentes formas. Neste passo, será feito um apanhado sem grande atenção a variações menos significativas, de modo a agrupar as soluções em gêneros definidos por rasgos mais gerais, sem que isso traga prejuízo para a visualização dos resultados atingíveis por cada uma¹⁹⁴. Para facilitar a exposição, será utilizada uma distinção entre saídas unilaterais e bilaterais. As soluções bilaterais recorrem à pronúncia jurisdicional mais a intervenção do legislador, enquanto as soluções unilaterais dispensam a intervenção legislativa e cumprem diretamente o dever de legislar imposto pelas normas constitucionais.

¹⁹⁴ Para repasses bem amplos dessas soluções no direito comparado, podem ser consultados BAZÁN, Víctor. *Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales: una visión de derecho comparado*. In: CARBONELL, Miguel (coord.) *En busca de las normas ausentes: ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*. México: México, 2003. p. 91-286. Disponível em <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=544>. Acesso em 21/08/2011 e RODRÍGUEZ, José Júlio Fernández. *La inconstitucionalidad por omisión: teoría general, derecho comparado, el caso español*. Madrid: Civitas, 1998. p. 241-331. Especificamente sobre o controle no Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, o mais pródigo em técnicas de controle de constitucionalidade (não somente no combate às omissões, diga-se de passagem), vale conferir, por todos, SEGADO, Francisco Fernández. *El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas por el Bundesverfassungsgericht*. *Revista de derecho (Universidad Católica del Uruguay)*, n. 4, 2009. p. 137-186.

3.1 Soluções bilaterais

3.1.1 A notificação ao legislador omissor

A notificação do legislador omissor é a menos intrusiva resposta jurisdicional reconhecidora de uma omissão inconstitucional, consistente apenas na comunicação formal da mora legislativa no desenvolvimento normativo da constituição. O posto de guardião da constituição dos tribunais constitucionais é reafirmado pela competência de identificar a omissão como inconstitucional e apontar para essa situação. Esta pode ser uma maneira de pressionar o legislador a exercer o poder a si atribuído, embora a efetividade dessa resposta fique *completamente à mercê dos desígnios do legislativo*. Deste modo, faltarão ao tribunal o condão de tomar qualquer atitude mais incisiva para o restabelecimento da supremacia das normas constitucionais, as quais ele pode declarar contrariadas pela situação jurídica resultante do comportamento omissivo do legislador. A força desta medida será tão maior quanto maior for o respeito às decisões dos órgãos responsáveis pelo controle de constitucionalidade; nos locais em que essas são decisões são sistematicamente ignoradas pela atividade legislativa (sem haver outras medidas disponíveis), o controle das omissões tende ao fracasso – e essa é a realidade em alguns países¹⁹⁵. Talvez se possa argüir a desnecessidade de uma notificação desse tipo, pois o legislador, mais que ninguém, deve conhecer as obrigações impostas pelas normas constitucionais, argumento cuja força é inquestionável, sobretudo quando se toma em consideração o fato de inúmeros casos de omissões inconstitucionais envolverem inequívocos deveres de legislar. Entretanto, é difícil negar que alguns casos de alegada omissão legislativa envolvem hipóteses de complicado acerto jurídico. As situações jurídicas nas quais se põem direitos fundamentais, por exemplo, podem requerer um pronunciamento jurisdicional para ter os seus contornos precisados, à vista de dificuldade, em alguns casos, de se definir aquilo definitivamente imposto pela constituição ao legislador. Em virtude da existência dessas exceções, não se pode desprezar a necessidade da intervenção do judiciário no reconhecimento de certos deveres de legislar.

Pode haver alguma controvérsia sobre os exatos efeitos dessa decisão – e a discussão se relaciona, em grande medida, com os elementos caracterizadores da inconstitucionalidade por omissão, discutidos no capítulo anterior. A questão é se a decisão

¹⁹⁵ Como será visto, a falta de efetividade dos sistemas de combate às omissões do legislador fez alguns setores doutrinários sugerirem a eliminação de alguns instrumentos processuais, principalmente os de controle abstrato.

tem caráter constitutivo ou declaratório da inconstitucionalidade, é dizer: a inconstitucionalidade surge apenas com o pronunciamento jurisdicional, ou lhe pode ser anterior? Para uma teoria defensora apenas da notificação do legislador como meio de correção da inconstitucionalidade por omissão, a resposta a esta indagação não faz caso, pelo menos do ponto de vista processual. Contudo, o interesse no tema se mantém do ponto de vista material, pois pode ser de extrema importância na investigação de uma eventual responsabilidade patrimonial do legislador omissor – matéria ainda carente de estudos mais aprofundados. Fugiria do objeto deste estudo qualquer tentativa de desenvolvimento nesse sentido.

A notificação ao legislador pode, de maneira um tanto curiosa, vir acompanhada da (mera) indicação de um prazo ao longo do qual o legislador deve cumprir o dever de legislar que se declara transgredido. A propósito, o STF, em julgado inovador em sua jurisprudência, adotou tal solução. Foi na ADO 3682/MT, julgada em 2007. Discutiu-se o dever do Congresso Nacional de deliberar, por meio de lei complementar, sobre a matéria do § 4º, do art. 18, da Constituição federal¹⁹⁶. Havia uma peculiaridade do feito: diversos projetos de lei tramitavam pelas casas congressuais, e um deles havia sido aprovado pelo legislativo, mas vetado pelo presidente, ou seja, a inércia era na deliberação, não no exercício do poder de iniciativa. O voto condutor da decisão, vitorioso por maioria, foi, no mérito, pelo reconhecimento da mora legislativa e pela indicação de um prazo, reputado razoável, de dezoito meses para o cumprimento do dever de legislar em debate¹⁹⁷. Apesar da inovação

¹⁹⁶ “Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição. (...) § 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei”. A redação do dispositivo transcrita foi conferida pela emenda constitucional nº 15/96.

¹⁹⁷ É a ementa: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. INATIVIDADE DO LEGISLADOR QUANTO AO DEVER DE ELABORAR A LEI COMPLEMENTAR A QUE SE REFERE O § 4º DO ART. 18 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NA REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL NO 15/1996. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. A Emenda Constitucional nº 15, que alterou a redação do § 4º do art. 18 da Constituição, foi publicada no dia 13 de setembro de 1996. Passados mais de 10 (dez) anos, não foi editada a lei complementar federal definidora do período dentro do qual poderão tramitar os procedimentos tendentes à criação, incorporação, desmembramento e fusão de municípios. Existência de notório lapso temporal a demonstrar a inatividade do legislador em relação ao cumprimento de inequívoco dever constitucional de legislar, decorrente do comando do art. 18, § 4º, da Constituição. 2. Apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei apresentados visando à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, é possível constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar em referência. As peculiaridades da atividade parlamentar que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional. A inércia deliberandi das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. 3. A omissão legislativa em relação à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, acabou dando ensejo à conformação e à consolidação de estados de inconstitucionalidade que não podem ser ignorados pelo legislador na elaboração da lei complementar

representada pela indicação de um prazo para a realização do ato legislativo em sede de controle abstrato das omissões, o STF não arrogou para si a competência de tomar qualquer outra medida mais compressiva da liberdade de conformação do legislador, nem parece preocupado em fazê-lo, logo porque já se passaram alguns anos do julgamento, e a inércia congressual permanece incólume.

O estabelecimento de prazo, junto à notificação, nos termos expostos, agrega pouquíssimo valor à simples declaração/ciência de inconstitucionalidade. No máximo, serve para instruir a opinião pública acerca da omissão do legislador, dado de cunho eminentemente político, sem maior efeito, do ponto de vista jurídico, para o restabelecimento da supremacia das normas constitucionais, reconhecidamente violada pelo comportamento omissivo. Seja como for, até mesmo essa utilidade é difícil de ser bem valorizada, quando se lembra de que os instrumentos de pressão popular junto ao legislativo são miseravelmente relegados a último plano, como dá mostra a ausência de regulamentação do *lobbying*, mesmo depois de duas décadas da primeira proposta de disciplina para a matéria¹⁹⁸⁻¹⁹⁹.

3.1.2 As situações ainda constitucionais e a declaração de inconstitucionalidade sem

federal. 4. Ação julgada procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão. Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI n.ºs 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios. (ADI 3682, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2007, DJe-096 DIVULG 05-09-2007 PUBLIC 06-09-2007 DJ 06-09-2007 PP-00037 EMENT VOL-02288-02 PP-00277 RTJ VOL-00202-02 PP-00583)". O inteiro teor do julgado pode ser consultado em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional>. Acesso em 14/05/2012.

¹⁹⁸ Acerca da saga do *lobbying* no Brasil, vale conferir o endereço <http://www.lobbying.com.br/>, com notícias e opiniões de colaboradores sobre o assunto.

¹⁹⁹ Por falar no assunto da participação popular no combate à omissão do legislador, vale uma menção à recente Proposta de Emenda à Constituição (PEC) (n.º 120/2011), que prevê a possibilidade de pedido de urgência, por iniciativa de dez mil eleitores, para qualquer proposição em trâmite em qualquer das casas do Congresso Nacional. A proposta inclui o acréscimo de um art. 69-A, cuja redação seria: "Art. 69-A. Por iniciativa de dez mil eleitores, poderá ser requerida a urgência na tramitação de qualquer proposição no âmbito do Congresso Nacional ou de qualquer uma de suas Casas". Não é possível maior digressão na análise da PEC indicada, por fugir do tema principal, mas não deixa de chamar a atenção uma tentativa de aprovar uma emenda constitucional de termos tão intrusivos na liberdade de conformação do legislador, pois o regime de urgência pode levar ao trancamento da pauta de votação. Além disso, não passa despercebido o número de eleitores que, de acordo a PEC, poderiam solicitar a tramitação em regime de urgência: dez mil. É gritante a desproporção desse número, se comparado àquele necessário para o exercício da iniciativa popular, a qual exige a subscrição de projeto por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, "distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles" (CF, art. 62, § 2º). Ainda é muito cedo para interpretar o impacto dessa PEC, até porque, por ora, ela não passa de mais um projeto (dos inúmeros) em trâmite nas casas congressuais, cuja apreciação pode ser interminavelmente postergada.

nulidade das normas

As duas soluções comentadas neste número estão ligadas a técnicas de controle de constitucionalidade desenvolvidas por órgãos de jurisdição constitucional, especialmente o alemão (*Bundesverfassungsgericht*), técnicas cuja dinâmica foge da tradicional relação entre inconstitucionalidade e invalidação da norma declarada inconstitucional. Pelo menos no direito brasileiro, ainda é difundida a noção segundo a qual a primeira implica, necessariamente, a segunda, com efeitos retroativos à data de em que entrou em vigor a norma inconstitucional²⁰⁰. É bem verdade que essa é uma regra no nosso sistema de controle da constitucionalidade; contudo, há exceção prevista expressamente pelo ordenamento jurídico²⁰¹. Conforme à observação de Gilmar Mendes, a par das técnicas clássicas, as cortes constitucionais desenvolveram determinadas variantes de decisões que conferem maior relevo à “eterna discussão” sobre o binômio direito-política. Às vezes, uma situação jurídica é declarada como *ainda* constitucional, com a feitura de um apelo ao legislador, a fim de ele proceder à correção ou à adequação dessa situação ainda constitucional. Também ocorre de a corte constatar a inconstitucionalidade de alguma norma, sem declarar a sua nulidade²⁰².

Via de regra, o recurso à declaração de situações jurídicas ainda constitucionais está ligado à alteração de normas constitucionais, seja pela promulgação de uma nova constituição, seja pela alteração da interpretação do texto constitucional. O impacto da declaração de inconstitucionalidade sobre o conjunto de normas infraconstitucionais pode levar à destruição imediata de um sem-número de posições jurídicas, caso a incompatibilidade com as normas constitucionais levasse à nulidade, com efeitos *ex nunc* ou *ex tunc*, e é este o motivo pelo qual o tema se liga ao controle de omissões do legislador. A declaração de nulidade imediata nesses casos poderia causar um “vazio” jurídico mais grave do que a própria situação jurídica acusada de contrária à constituição. No âmbito dos direitos fundamentais, os deveres de proteção impõem uma análise detida da situação posta ao juiz constitucional, pois, se é grave a existência de um regime jurídico de um direito fundamental

²⁰⁰ Para uma abordagem bastante abrangente da doutrina e da jurisprudência dos efeitos das decisões em controle abstrato de constitucionalidade sobre as normas declaradas inconstitucionais, cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 333-343.

²⁰¹ A lei 9868/99 traz o dispositivo atinente ao tema: “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

²⁰² Cf. O apelo ao legislador – *Appellentscheidung* – na práxis da corte constitucional federal alemã. *Revista de informação legislativa*, n. 114, abr./jun., 1992. p. 474-475. Gilmar Mendes se referia especificamente à corte alemã, mas o comentário pode perfeitamente ser estendido a vários órgãos semelhantes.

promotor de uma proteção deficiente, a manutenção da situação jurídica já existente pode ser mais proveitosa, de certo ponto de vista, que fazer nenhuma das normas jurídicas positivadas. Assim, é possível a admissão de uma situação jurídica como ainda constitucional, com o deslocamento da nulidade das normas inconstitucionais para outro momento, talvez incerto; a cargo do legislador, restará esclarecido o dever de legislar, a fim de “constitucionalizar plenamente” o conjunto de normas sob controle da corte. Sobre o assunto, arremata com precisão Gilmar Mendes:

Ainda que provoque alguma insegurança, o reconhecimento de uma situação de transitoriedade tolerável amplia a perspectiva do controle de constitucionalidade, outorgando ao tribunal uma alternativa à simples afirmação ou negação da validade da lei. Por outro lado, há de se reconhecer que, não raras vezes, amplas reformas exigidas pelo texto constitucional não podem ser implementadas de forma imediata, carecendo de um prazo razoável de maturação. Nesse caso, a declaração de nulidade das normas em vigor, além de impedir uma reforma gradual, pode levar a um vácuo legislativo. Assim, não fosse esse recurso, a questão da inconstitucionalidade deixaria de ser apreciada, sob a invocação da *judicial self-restraint*, ou de outra cláusula de exclusão.²⁰³

O STF, em julgado de março de 2012, lançou mão do recurso ao efeito diferido da declaração de inconstitucionalidade. No julgamento das ADI's 3892 e 4270, o pleno do tribunal julgou procedentes as ações, cujo objeto eram normas do estado de Santa Catarina que dispunham sobre a defensoria dativa e a assistência judiciária gratuita. Essa unidade federativa ainda não contava com uma defensoria pública instituída, e a prestação jurídica é garantida à população mais carente por intermédio de um convênio com a seccional catarinense da Ordem dos Advogados do Brasil. Decidiu o STF pela concessão de mais um ano para o término da eficácia dos dispositivos²⁰⁴, ao cabo do qual Santa Catarina já deverá ter instituído a sua defensoria pública. Como é possível perceber, o acesso à justiça dos jurisdicionados sem condições de custear assistência judiciária ficaria dramaticamente afetado caso o STF, sem muito mais, resolvesse extinguir o convênio com a OAB catarinense, uma vez que a instituição da defensoria pública, por mais que houvesse boa vontade e diligência da administração pública, demandaria um tempo considerável para a realização dos atos necessários à sua constituição (acerto da dotação orçamentária, realização de concurso público para compor os quadros de pessoal etc.). Felizmente, há pouco tempo, foi promulgada a lei da instituição da defensoria pública de Santa Catarina, em meio a críticas por algumas

²⁰³ *Controle de constitucionalidade*: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 25.

²⁰⁴ Restou vencido o ministro Marco Aurélio, para quem a inconstitucionalidade dos dispositivos deveria valer desde a edição. É difícil imaginar quais seriam as conseqüências imediatas de uma decisão nos termos do voto do ministro vencido. Por exemplo, o que seria dos patrocínios de causa em andamento, caso o convênio fosse anulado?

falhas deixadas pelo projeto finalmente aprovado²⁰⁵. Agora, é aguardar o cumprimento das disposições dessa lei pela administração catarinense, a fim de a questão não tornar ao STF.

Além da hipótese de modulação temporal em situações jurídicas ainda constitucionais, exemplificada acima, a inconstitucionalidade pode ser declarada com a paralisação imediata dos efeitos de certas normas, até que a situação jurídica seja normalizada pelo legislador. Está é a chamada declaração de inconstitucionalidade sem nulidade de normas. O ponto de apoio para o desenvolvimento dessa técnica foi o combate às chamadas exclusões arbitrárias de benefícios concedidos pelas normas oriundas da atividade do legislador, em descompasso com os ditames da isonomia, embora tenha, posteriormente, sido utilizada em outras situações pelo *Bundesverfassungsgericht*. Diferem das situações consideradas ainda constitucionais pela presença de um caráter marcadamente prescritivo nas determinações do tribunal, ao passo que as situações ainda constitucionais têm um cunho mais preventivo, no sentido de evitar o trânsito para uma inconstitucionalidade²⁰⁶. Como dito, a dificuldade inicial para a qual se buscou solução com a declaração de constitucionalidade sem nulidade de norma foi a exclusão arbitrária de benefício; para a melhor compreensão dessa exclusão, é importante trazer uma distinção clássica entre as omissões legislativas, a saber: a distinção entre as omissões absolutas e as omissões relativas.

A distinção entre omissões absolutas e relativas é creditada a um pequeno escrito de Franz Wessel bastante difundido nos trabalhos sobre omissões legislativas, o qual, curiosamente, não era dedicado especificamente ao tema, pois se dedicava à apreciação da jurisprudência do então recém-criado órgão alemão de jurisdição constitucional sobre a reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*)²⁰⁷. A rigor, a divisão apareceu de

²⁰⁵ No dia 02 de agosto de 2012, o governador de Santa Catarina, Raimundo Colombo, sancionou a lei complementar que trata do tema. Apesar da sanção da lei, alguns questionamentos têm sido levantados. O número de vagas (60) para o primeiro concurso de defensor é reputado baixo, embora seja o triplo do previsto no projeto original. Além disso, exatamente em virtude do baixo número de defensores previsto para o início das operações, há previsão para convênios com a OAB, instituições de ensino superior e instituições públicas. A composição da banca com membros da defensoria pública de outros estados e a obrigatoriedade de o chefe dos defensores ser um dos aprovados no primeiro concurso foram rejeitadas pelos parlamentares, o que também gerou críticas e desconfiança, principalmente por se deixar a indicação do primeiro defensor-geral a cargo do governador, cuja escolha deverá ser por advogado de reconhecido saber jurídico. Sobre a repercussão da lei sob comento, cf. DEFESA DE CARENTES - Gurgel critica criação da Defensoria Pública de SC. *Revista consultor jurídico*, 20 julho 2012. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-jul-20/gurgel-critica-criacao-defensoria-publica-santa-catarina>. Acesso em 21/07/2012; Conquista histórica: sancionada Lei que cria a Defensoria Pública em Santa Catarina. *Anadepexpress*, 03 agosto 2012. Disponível em <http://www.anadep.org.br/wtksite/grm/envio/1434/index.html>. Acesso em 05/08/2012.

²⁰⁶ Cf. SEGADO, Francisco Fernández. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas por el Bundesverfassungsgericht. *Revista de derecho (Universidad Católica del Uruguay)*, n. 4, 2009. p. 167-168.

²⁰⁷ WESSEL, Franz Karl Michael. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht zur Verfassungsbeschwerde. *Deutsches Verwaltungsblatt*, a. 67, t. 6, mar., 1952. p. 161-164 (Reimpressão: Schmidt Periodicals, D-8201 Bad Feilnbach 2: West Germany, 1986).

maneira nada sistemática nesse trabalho – diga-se: não dá para assegurar a intenção de Wessel de fazê-lo; o trabalho nem se dedicava detidamente ao tema. Ele qualifica omissões como relativas e absolutas de maneira incidental em comentários a decisões do tribunal. Em uma decisão prolatada em dezembro de 1951, o *Bundesverfassungsgericht* rechaçou, por improcedente, uma reclamação constitucional movida sob o argumento de omissão do legislador lesiva do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade, já que não havia qualquer legislação regente do exercício de pretensões dirigidas à efetivação desse direito. Por haver nenhum regramento, Wessel manifestou sua opinião contrária ao reconhecimento de uma violação a direito fundamental por omissões *absolutas* do legislador (*absolutes Unterlassen des Gesetzgebers*). Para ele, esse caso constituía uma questão política, não jurídica. Em seguida, ele se refere a omissões relativas (*relatives Unterlassen*), ao abordar a hipótese de o legislador regular pretensões jurídicas de algum grupo, mas deixar a descoberto as pretensões jurídicas idênticas de outros grupos que deveriam, em razão da isonomia, ser incluídos nessa situação jurídica. Aqui, sempre segundo Wessel, a isonomia e os direitos fundamentais envolvidos seriam desrespeitados a um só tempo pelo comportamento do legislador, motivo pelo qual é admissível a fiscalização da constitucionalidade da situação jurídica dele resultante. Mas há um detalhe: a reclamação, na verdade, é dirigida contra a comissão legislativa, não contra a omissão, pois é através da primeira que há o desrespeito às normas constitucionais. Ele chega à conclusão de que a nulidade da regulação parcial da matéria é a consequência decorrente do reconhecimento de sua inconstitucionalidade²⁰⁸.

A partir dessa construção, muitos autores atribuem a Wessel a distinção entre omissões absolutas e omissões relativas: as primeiras existem quando não há qualquer desenvolvimento normativo de alguma(s) norma(s) da constituição²⁰⁹, enquanto as segundas pressupõem uma regulação parcial de algum direito, de sorte a excluir determinados grupos de seu regime jurídico, com violação da isonomia. Subjazeria a esta distinção o interesse maior de estabelecer a possibilidade de controle jurisdicional da omissão relativa e a

²⁰⁸ Cf. o trabalho citado na nota anterior, à página 164.

²⁰⁹ Nicolò Trocker propôs uma divisão das omissões absolutas em “puras” e “impuras”. As omissões puras são aquelas em que a matéria constitucional não conhece qualquer regulamentação prévia; as omissões absolutas “divengono infatti <<impure>> o <<improprie>> se vengono poste in relazione alla regolamentazione già esistente” (cf. *Le omissione del legislatore e la tutela giurisdizionale dei diritti di libertà: studio comparativo sul diritto tedesco. Archivio Giuridico*, 1970. p. 110). A proposta de Trocker é um tanto confusa, pois se as omissões absolutas impróprias conhecem uma regulamentação prévia, esse regime jurídico pode ou não ser recepcionado pelas novas normas constitucionais. Se o for, a omissão absoluta deixaria de existir; o caso poderia ser de uma omissão relativa ou mesmo de inexistência de omissão. Se o regime jurídico anterior não for recepcionado, ter-se-á uma omissão absoluta “própria”, razão pela qual a sub-divisão não tem maior sustentação.

impossibilidade da realização do mesmo controle, nas omissões absolutas²¹⁰. Constantino Mortati, um dos grandes comentaristas dessa distinção, sublinhou a necessidade de ela sofrer reparos em duas frentes: (1) a ausência de desenvolvimento normativo (omissão absoluta) para a realização de um princípio constitucional não é, por si só, suficiente a tornar inadmissível a ação destinada à correção dessa omissão, pois não se pode excluir a chance de extração, do próprio sistema jurídico, da solução adequada; (2) a atuação parcial da constituição é controlável jurisdicionalmente não apenas nos contrastes com a isonomia, pois também o pode ser quando há lesão a qualquer outra norma constitucional²¹¹. As críticas de Mortati são certas, mas partem de pressupostos questionáveis. Em primeiro lugar, não há maiores fundamentos para afirmar que Wessel negaria uma reclamação constitucional se fosse possível corrigir uma lesão a direitos fundamentais pela interpretação sistemática do ordenamento; ele afasta (apenas) a viabilidade de uma lesão da matéria jusfundamental pela omissão (absoluta) do legislador. Em segundo lugar, também não se sustenta a opinião de que ele restringe as omissões relativas às hipóteses relacionadas à isonomia; a rigor, ele, em comentário a julgado da corte alemã, classificou esse tipo de omissão como “relativa”, sem pretender relacioná-la biunivocamente às quebras da isonomia. Seja como for, a divisão ainda hoje é corredia na literatura especializada e, agora, pode auxiliar na compreensão de alguns dados atinentes à declaração de inconstitucionalidade sem nulidade de norma.

Como afirmado pouco mais acima, o ponto de apoio dessa técnica foi o combate às exclusões arbitrárias de benefícios. Com as noções lançadas, fica visível o motivo (inicial) do surgimento dessa técnica: o combate às omissões relativas contrárias a certos ditames derivados da isonomia. Ela visa à correção das desigualdades indevidas resultantes do regime jurídico diferenciado imposto pelo legislador. Mas, é de se questionar, quais são os efeitos dessas decisões a respeito das situações jurídicas privilegiadas? Para Wessel, a saída é a mais tradicional: a nulidade das normas favorecedoras dos grupos incluídos no regime diferenciado. Entretanto, a simples aniquilação do regime jurídico já posto pode ser

²¹⁰ Nesse sentido, cf. SEGADO, Francisco Fernández. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas. *Estudios constitucionales*, n. 2, 2009. p. 27. Disponível em http://www.cecocoh.cl/docs/pdf/revista_ano7-2-2009/estudios_el_control.pdf. Acesso em 21/08/2011.

²¹¹ Cf. MORTATI, Constantino. Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionale contro comportamenti omissivi del legislatore. In: _____. *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di scritti*. v. 3. Milano: Giuffrè, 1972. p. 928. A partir da crítica de Mortati, Ignacio Villaverde Menéndez lança a distinção entre silêncio do legislador e silêncio da lei. O silêncio do legislador é equivalente à omissão absoluta, pelo menos com relação à sua caracterização como ausência completa do desenvolvimento normativo de alguma norma da constituição; o silêncio da lei se assemelha à omissão relativa, embora não se restrinja apenas às situações jurídicas ofensivas da isonomia, mas se estenda a todos e quaisquer casos nos quais o legislador desenvolve normativamente a constituição de forma incompleta ou defeituosa (cf. *La inconstitucionalidad por omisión*. Madrid: McGraw-Hill, 1997. p. 41 ss.).

prejudicial ao desenvolvimento normativo da constituição, até porque esse regime, do ponto de vista dos direitos fundamentais desenvolvidos para os grupos privilegiados, pode nem ser inconstitucional. Nesse sentido, vislumbrou-se como solução a paralisação dos efeitos das normas declaradas inconstitucionais, sem a sua eliminação do sistema jurídico, com a notificação ao legislador para corrigir a situação jurídica, a fim de acabar a paralisação imposta pela declaração de inconstitucionalidade (ou de mera incompatibilidade). Deste modo, a paradoxal aplicação de normas declaradas inconstitucionais pode ser evitada, embora haja registros de defesas dessa aplicação em alguns casos, com força no argumento geral de se praticar um *mal menor* do que a paralisação das normas controladas²¹².

3.1.3 Perda da competência como sanção pela omissão inconstitucional

Ainda no âmbito das soluções bilaterais, mas com mais alto grau de intervenção na liberdade de conformação do legislador, está a tese da perda de competência como sanção pela inconstitucionalidade por omissão. É uma das soluções mais sofisticadas propostas até agora para o problema das omissões inconstitucionais, consistente na troca do ente competente para cometer o ato jurídico omitido por quem detém, originalmente, a competência para fazê-lo. Nos termos propostos por Alf Ross²¹³, haveria a substituição do elemento subjetivo de uma competência constitucionalmente acometida. No Brasil, o maior divulgador dessa tese é Walter Claudius Rothenburg, cujos trabalhos podem servir de excelente fio condutor para a exposição mais precisa dessa tese.

Rothenburg chama a atenção para o que considera um contra-senso do moderno constitucionalismo: a fixação de generosos projetos a cumprir, sem haver “meios plenamente eficazes para exigir tal cumprimento dos sujeitos constitucionalmente incumbidos”, nem permissão para essa atuação por outros atores jurídicos possivelmente legitimados ao desempenho da tarefa de concretização da constituição. Para ele, uma redefinição das competências constitucionalmente atribuídas pode revelar um caminho para a efetividade das normas, como um momento de abertura do sistema constitucional, mercê de uma concepção de constituição como sistema, pelo menos parcialmente, aberto e interagente. A partir disso, ele lança sua tese principal: verificada a omissão parcial ou total, seja dada autorização ou feita a indicação de outro sujeito para efetivar, temporária ou definitivamente, o que a

²¹² Cf. SEGADO, Francisco Fernández. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas por el Bundesverfassungsgericht. *Revista de derecho (Universidad Católica del Uruguay)*, n. 4, 2009. p. 174.

²¹³ Cf. n° 1.1.3.

constituição determina. A definição constitucional poderia consistir em um dos momentos de abertura constitucional para a ampliação do sujeito constitucional, desde que sejam observadas duas condições: (1) a realização de valores constitucionais fundamentais; (2) o fornecimento, pelo próprio sistema, de alternativa razoavelmente justificável, sem recursos a fundamentações “transcendentes” e/ou arbitrárias²¹⁴.

Alguns exemplos são lançados para ilustrar e fundamentar a tese. Em 2005, o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público editaram resoluções no sentido de combater o nepotismo nos seus quadros. O exercício dessa competência acendeu uma grande discussão, pois, para alguns, configurou-se a usurpação da competência legislativa do Congresso Nacional, o qual não regulara a matéria²¹⁵. Submetida ao controle de constitucionalidade, a resolução do Conselho Nacional de Justiça foi, liminarmente, admitida pelo Supremo Tribunal Federal, na ADC 12 MC/DF, julgada em 2006. Para Rothenburg, a tese da troca de sujeito constitucional ofereceria um argumento de apoio à superação da omissão do legislador na regulamentação do nepotismo, pois se trata de um problema crônico, cujo combate não se deu por prestações normativas do legislativo. Deste modo, “importa antes dar efetivo cumprimento aos princípios constitucionais da impessoalidade e moralidade, do que sustentar uma competência exclusiva mas inerte”²¹⁶. Em

²¹⁴ Cf. Omissão inconstitucional e troca de sujeito. In: TAVARES, André Ramos (coord.) *Justiça constitucional: pressupostos teóricos e análises concretas*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 302; *Idem. Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito: a perda da competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 22, 25-26. O autor discorre longamente sobre as modalidades de legitimidade que justificariam o câmbio do sujeito constitucional (cf. o livro citado por último, p. 111 ss.). Entretanto, não vem ao caso a análise desse ponto, pois o mais importante é repassar a sua tese principal, para fins de exposição à crítica na seqüência, sem tomar em consideração, especificamente, os argumentos de Rothenburg acerca da matéria.

²¹⁵ Sobre o tema, em geral, vale conferir CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Sarlet; STRECK, Lenio Luis. Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Disponível em www.mp.rs.gov.br/areas/atuacaomp/anexos_noticias/cnjmp.doc. Acesso em 14/01/2012.

²¹⁶ Este argumento não foi levantado na decisão do STF na ADC 12/DF, julgada em 2008. A ementa da decisão é a seguinte: “EMENTA: AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE, AJUIZADA EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18.10.05, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ATO NORMATIVO QUE “DISCIPLINA O EXERCÍCIO DE CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES POR PARENTES, CÔNJUGES E COMPANHEIROS DE MAGISTRADOS E DE SERVIDORES INVESTIDOS EM CARGOS DE DIREÇÃO E ASSESSORAMENTO, NO ÂMBITO DOS ÓRGÃOS DO PODER JUDICIÁRIO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS”. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. Os condicionamentos impostos pela Resolução nº 07/05, do CNJ, não atentam contra a liberdade de prover e desprover cargos em comissão e funções de confiança. As restrições constantes do ato resolutivo são, no rigor dos termos, as mesmas já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. 2. Improcedência das alegações de desrespeito ao princípio da separação dos Poderes e ao princípio federativo. O CNJ não é órgão estranho ao Poder Judiciário (art. 92, CF) e não está a submeter esse Poder à autoridade de nenhum dos outros dois. O Poder Judiciário tem uma singular compostura de âmbito nacional, perfeitamente compatibilizada com o caráter estadualizado de uma parte dele. Ademais, o art. 125 da Lei Magna defere aos Estados a competência de organizar a sua própria Justiça, mas não é menos certo que esse mesmo art. 125, caput, junte essa organização aos princípios “estabelecidos” por ela, Carta Maior, neles incluídos os constantes do art.

matéria jusfundamental, ele oferta o exemplo da proteção contra a despedida arbitrária²¹⁷. A Convenção nº 158, da Organização Internacional do Trabalho, devidamente integrada ao ordenamento jurídico brasileiro pelos trâmites previstos para esse tipo de ato, previa normas de proteção à despedida do empregado realizadoras, em maior medida, do *princípio* constitucional da proteção contra a despedida sem justa causa. Todavia, na decisão da ADI 1480 MC/DF, proferida em 1997, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela impossibilidade de os tratados internacionais tratarem de matéria reservada constitucionalmente ao trato da lei complementar, pois “em tal situação, a própria Carta Política subordina o tratamento legislativo de determinado tema ao exclusivo domínio normativo da lei complementar”, sem chance de substituição por qualquer outra espécie normativa infraconstitucional, “inclusive pelos atos internacionais já incorporados ao direito positivo interno”. O afastamento definitivo do diploma internacional foi realizado com a denúncia do diploma citado, através do Decreto nº 2100, de 1996. À vista desses elementos, Rothenburg conclui que seria “constitucionalmente razoável” a perda provisória da competência do Congresso Nacional em favor da Organização Internacional do Trabalho, até mesmo porque a Convenção foi assimilada pelo direito interno brasileiro²¹⁸⁻²¹⁹.

Outra importante fonte de possibilidade de alterações de sujeitos constitucionais está no contexto da federação. Raul Machado Horta já dava notícia de um caso na Constituição austríaca, sobre as regras técnicas ordenadoras da legislação fundamental, as

37, cabeça. 3. Ação julgada procedente para: a) emprestar interpretação conforme à Constituição para deduzir a função de chefia do substantivo "direção" nos incisos II, III, IV, V do artigo 2º do ato normativo em foco; b) declarar a constitucionalidade da Resolução nº 07/2005, do Conselho Nacional de Justiça. (ADC 12, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2008, DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009 EMENT VOL-02387-01 PP-00001 RTJ VOL-00215- PP-00011 RT v. 99, n. 893, 2010, p. 133-149)”.

²¹⁷ Dispõe a Constituição: “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”.

²¹⁸ Cf. Omissão inconstitucional e troca de sujeito. In: TAVARES, André Ramos (coord.) *Justiça constitucional: pressupostos teóricos e análises concretas*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 302-305, 306-309; *Idem*. *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito: a perda da competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 74-80.

²¹⁹ Há um detalhe que passou despercebido pelo autor. O STF rejeitou a aplicação das normas relativas à proteção contra a despedida arbitrária porque esta matéria é reservada ao trato de lei complementar; como a tese líder no STF à época propunha o ingresso desse tipo de tratado com os requisitos típicos da lei ordinária, seria impossível o trato do tema por tratado internacional, mesmo devidamente internalizado. Nesses termos, o problema poderia ser vazado no âmbito da relação entre lei ordinária e lei complementar; isto é importante porque Rothenburg adere à tese de Elival da Silva Ramos, de acordo com a qual, à falta da lei complementar constitucionalmente demandada, a lei ordinária pode regular as matérias da chamada “reserva material complementar” (cf. *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito: a perda da competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 47), motivo pelo qual seria de se sustentar, de acordo com as idéias dele mesmo (embora ele não o faça), a possibilidade de regulação da proteção contra a despedida arbitrária por ato internacional devidamente aprovado pelo legislativo e promulgado pelo executivo, pois passaria a contar como uma lei ordinária.

quais dispunham que, uma vez deferida à federação a legislação sobre princípios, a regulamentação complementar de aplicação caberia à legislação do estado-membro. Para a confecção dessas leis de aplicação, a lei federal poderá estipular um prazo, não inferior a seis meses, nem superior a um ano. “Se o Estado-Membro não observar esse prazo, transfere-se à Federação a competência estadual para elaborar a lei de aplicação (art. 15, 2)”²²⁰. Em trabalho anterior à promulgação da Constituição de 1988, Anna Ferraz propunha a participação dos poderes estaduais, mediante a iniciativa legislativa sobre as leis de “aplicação constitucional especialmente voltadas para os interesses peculiares do Estado-Membro”, como forma de aplacar os efeitos da inércia dos poderes constituídos²²¹. Carlos Frederico Marés de Souza Filho parece ter ido mais longe na proposta, ao defender o deslocamento da competência para os estados, sem maior consideração sobre a matéria em discussão²²². Rothenburg lembra que a Constituição de 1988 trouxe um caso dessa espécie: os §§ 2º e 4º, do art. 12, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), estabeleceram a competência dos estados e dos municípios para, no prazo de três anos, a contar da promulgação da Constituição, mediante acordo ou arbitramento, promover a demarcação de suas linhas divisórias então litigiosas; essa competência poderia ser exercida pela União, se, após o prazo referido, os trabalhos demarcatórios não estivessem concluídos. Como caso concreto no qual a tese da troca de sujeito poderia servir de suporte a uma decisão, ele cita as diversas leis municipais que tratavam do uso do cinto de segurança, antes de a legislação sobre o trânsito ser codificada. Esta matéria estaria incluída na competência privativa da União para legislar sobre trânsito e transporte (CF; art. 22; inc. XI); não obstante ser competência comum dos entes federados o estabelecimento e a implantação da política de educação para a segurança do trânsito (CF; art. 23, inc. XII), determinar a utilização do cinto de segurança é uma questão de trânsito, acima de tudo. Rothenburg nota a inconstitucionalidade das invasões de competência promovidas pelas leis municipais, mas observa, baseado em Clèmerson Clève, o cumprimento de um papel de conscientização por parte desses diplomas, para concluir que não seria “desarrazoado sustentar que Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a questão, deixasse de reconhecer a inconstitucionalidade, aceitando, assim, a perda temporária da legitimidade do

²²⁰ Cf. Repartição de competências e autonomia do estado-membro. In: _____. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 367.

²²¹ Cf. Inconstitucionalidade por omissão: uma proposta para a constituinte. *Revista de informação legislativa*, n. 89, jan./mar., 1986. p. 61.

²²² Cf. O direito constitucional e as lacunas da lei. *Revista de informação legislativa*, n. 133, jan./mar., 1997. p. 16.

Legislativo federal (nacional) relapso”²²³.

A proposta de troca de sujeito vai além da divisão de competências entre entes federativos; atinge também a divisão entre legislativo, executivo e judiciário. Anna Ferraz, no trabalho há pouco citado, fez algumas propostas dessa natureza para a constituinte: (1) fixação de prazo nas matérias mais importantes, com o estabelecimento de sanções específicas pelo descumprimento do dever de legislar. Caso se trate de ato dependente da intervenção de outro órgão, a fórmula poderia ser a edição *ad referendum* do poder competente para revê-lo, com a atribuição de efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*, conforme à hipótese; (2) nos casos de omissão de iniciativa reservada, poder-se-ia fixar, constitucionalmente, prazo razoável para o exercício desse poder, o qual, se não for exercido até ao fim desse período, poderá ser exercitado por outro agente (imagine-se uma iniciativa reservada ao chefe do executivo); (3) para as leis complementares integrativas, poder-se-ia fixar prazo, cujo transcurso sem o exercício da competência justificaria a possibilidade de expedição de regulamento de execução com força de lei, até à manifestação adequada do legislativo²²⁴. Ainda no âmbito da estipulação de prazos para legislar, Luís Roberto Barroso defendeu a hipótese de ser fixado um prazo para a discussão e deliberação de projetos, os quais tenham por objeto “integrar os comandos constitucionais cujos efeitos estejam paralisados por falta de regulamentação”. Ao término desse prazo, o projeto seria incluído na ordem do dia, obrigatoriamente, ao longo de um determinado número de sessões, ao cabo das quais, caso ainda não se haja deliberado sobre o projeto, nenhum outro poderia ser votado. Ele ainda sugere a criação de um mecanismo capaz de neutralizar a pura e simples rejeição de qualquer projeto apresentado – embora não especifique a formatação desse mecanismo²²⁵.

Rothenburg antevê uma grande dificuldade para a aceitação da tese. Para ele, possivelmente por ser um primeiro momento de avanço em terreno ordinariamente reservado à discricionariedade política, regido por uma concepção clássica da separação de poderes, o controle de constitucionalidade das omissões legislativas merece acolhimento na condição de

²²³ Cf. *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito*: a perda da competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 45-46.

²²⁴ Cf. *Inconstitucionalidade por omissão: uma proposta para a constituinte*. *Revista de informação legislativa*, n. 89, jan./mar., 1986. p. 61. Com a instituição das medidas provisórias pela Constituição de 1988, grande parte das idéias subjacentes a essas propostas foram concedidas ao chefe do executivo, que pode emitir as famigeradas medidas em grande espectro de matérias, com imediatos efeitos de lei. Esses atos devem, necessariamente, passar pela apreciação do Congresso Nacional dentro de certo prazo, sob pena de sobrestamento de todas as deliberações da casa em que estiverem em trâmite. Do ponto de vista da liberdade do legislador, as medidas provisórias são mais intrusivas que as propostas transcritas no texto, pois não dependem do transcurso de qualquer prazo sem o exercício de competências – e podem revogar imediatamente o direito já produzido.

²²⁵ Cf. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 169-170.

importante conquista. Entretanto, obtempera, “a troca de titular como sanção pela incompetência em atuar os comandos constitucionais (...) deve ser aceita apenas como *alternativa extrema e excepcional*”, caso outras formas menos drásticas de controle no cumprimento dos preceitos constitucionais fracassem “e se revele adequado levar as possibilidades de solução jurídica a tais conseqüências, assim que já não importe tanto quem, desde que seja realizado o ideal constitucional”²²⁶.

Com a breve exposição da tese da perda da competência, cabem algumas observações. Como visto, alguns autores consideram a *perda da competência* uma *sanção* pela omissão inconstitucional. Em primeiro lugar, é importante observar que a expressão perda da competência poderia indicar a supressão definitiva da competência do legislador; entretanto as propostas vão, geralmente, no sentido de se admitir um exercício extraordinário da competência por outro ente, conservada a competência originária do legislador omissor. Em segundo lugar, tratar a alteração do elemento subjetivo da competência como sanção pode gerar complicações, pois a noção de sanção ordinariamente se liga à responsabilização patrimonial e/ou política, algo que não ocorre quando se trata do exercício de uma competência por outro ente. Nesse sentido, será mais conveniente falar em controle, de modo mais geral, para evitar esta complicação. Ainda assim, será possível dizer que a “troca de sujeito” se dá pelo descumprimento de um dever de legislar, pois, nos termos propostos, há um dever em todas as ocasiões nas quais há competência de um órgão para promover algum tipo de controle²²⁷.

Outro ponto merecedor de atenção é o relativo à forma como esta tese trata as normas de competência, isto é, as normas conferidoras de competência. De maneira bastante significativa, essa tese propõe uma alteração da forma como se interpretam os textos normativos atinentes ao empoderamento de um sujeito de direito. Via de regra, é entendido que uma disposição relativa à atribuição de competência restringe o elemento subjetivo desse poder ao agente indicado, salvo disposição em contrário – pela referência a outras normas, poder-se-ia investigar se se trata de uma competência passível de delegação, avocação etc. A tese da troca de sujeito propõe a inclusão de uma cláusula nas normas de competência, segundo a qual o seu elemento subjetivo pode ser estendido, temporária ou definitivamente, uma vez obedecidos certos pressupostos já indicados mais acima, na exposição dos trabalhos

²²⁶ Cf. Omissão inconstitucional e troca de sujeito. In: TAVARES, André Ramos (coord.) *Justiça constitucional: pressupostos teóricos e análises concretas*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 302; *Idem*. *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito: a perda da competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 210.

²²⁷ Cf. nº 1.2.

de Rothenburg. Este autor considera a medida como insuficiente para garantir a efetividade das normas constitucionais, pois remete o problema a outro sujeito, mas afirma “que cada maior seria a aproximação do cumprimento constitucional”²²⁸.

3.2 Solução unilateral (prestação normativa direta pelo judiciário)

Antes de fazer maiores considerações sobre a solução unilateral para as omissões inconstitucionais do legislador, é fundamental fazer uma advertência: ela é unilateral da perspectiva do órgão controlador da constitucionalidade. A dação de prestações normativas diretas pelo judiciário também pode configurar, por outra perspectiva, um exercício de competência acometida ao legislador; assim, seria de se enquadrar como ocorrência da chamada “perda de competência”. O ponto central a ser tomado em linha de conta é a ausência de qualquer participação do legislador no debelamento da omissão, embora, como se verá, ele pode ser chamado a cumprir o dever de legislar, antes de o próprio judiciário efetuar a prestação normativa necessária ao restabelecimento da supremacia das normas constitucionais. Todo o modo, a dinâmica da alteração do elemento subjetivo de uma competência é idêntica; ao legislador se confere um poder, cujo não-exercício é contrário à constituição e serve de justificativa para seu exercício por outro ente, no caso, o judiciário. Sem dúvida, a resposta unilateral é a mais extrema intervenção à liberdade de conformação do legislador, pois promove a constituição de posições jurídicas jusfundamentais totalmente “à revelia” deste, o qual assiste ao cometimento de um ato jurídico pelo judiciário sem fazer intervenções decisivas nesse ato. Nem todos os setores doutrinários são entusiastas da solução; há quem considere terminantemente a liberdade de conformação do legislador um limite ao controle jurisdicional das omissões legislativas²²⁹; apesar da resistência ainda hoje observada, é verdade que a solução tem crescido não somente nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial, mas também há sido positivada em algumas constituições.

Um dos mais antigos e interessantes exemplos de prestação normativa direta pelo judiciário se pode colher no uso da *legislative injunction* norte-americana. Robert A. Shapiro, em trabalho clássico, explora alguns julgados de cortes cujo intuito era combater omissões de legisladores. A premissa fundamental desse instrumento é o incumprimento, pelos órgãos

²²⁸ Cf. *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito*: a perda da competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 85.

²²⁹ “El tribunal Constitucional (*sic*) no puede «crear» derecho. Por tanto, encontraremos esos límites (...) Cuando la adopción del derecho que colma la laguna es ejercicio de una opción política (ámbito de discrecionalidad del legislador)” (cf. RUIZ, María Ángeles Ahumada. El control de la constitucionalidad de las omisiones legislativas. *Revista del centro de estudios constitucionales*, n. 8, jan./abr., 1991. p. 178).

legislativos competentes, de alguma ação determinada pela constituição, reconhecida pelas cortes²³⁰. A inatividade prolongada do legislador, quando viola a constituição, confere às cortes poderes mais amplos, a fim de superar a inconstitucionalidade. A mera declaração de responsabilidade do legislador pode, por vezes, não ser suficiente para fazê-lo cumprir uma determinação constitucional; as cortes, no papel de garantidoras dos direitos constitucionais, encontram nessas omissões a justificativa bastante para alterar o princípio segundo o qual as decisões que imponham determinadas obrigações aos cidadãos devem ser tomadas exclusivamente pelos representantes eleitos pelo povo. No limite, seria possível a prestação normativa direta pelo judiciário, a exemplo do ocorrido no caso *Jenkins v. Missouri*, no qual o magistrado Russell Clark determinou, diretamente, um aumento de impostos sobre a renda e sobre a propriedade, com o intuito de se financiar um plano para as escolas acabarem com o regime de segregação no ensino²³¹.

A preocupação com o incumprimento de certos preceitos constitucionais estratégicos para a realização do plano desenhado pelo constituinte e a desconfiança sobre a proficiência do legislador para cumprir esse desiderato a contento (e a tempo) levaram, em conjunto, à quebra da resistência contra a consagração expressa da competência das cortes constitucionais para a dação de prestações normativas diretas, quando o legislador é (inconstitucionalmente) omissivo. No mesmo ano da promulgação da Constituição brasileira, a Constituição da província argentina do Rio Negro consagrou um dispositivo ao tema. Em seu art. 207, inc. II, “d”, é fixada a competência do Superior Tribunal de Justiça (uma espécie de corte suprema da província) para julgar as ações dirigidas contra o incumprimento de um dever concreto do estado ou dos municípios; fica também estabelecida a competência para, uma vez procedente a ação, fixar prazo para o cumprimento do dever e, no caso de continuidade da omissão, integrar a ordem normativa com efeitos restritos ao caso. Se isso não for possível, fica a corte competente para determinar a responsabilidade do poder público, com a fixação do montante devido por força do seu comportamento omissivo²³². O STF tem

²³⁰ “The premise of the legislative injunction is that the court has determined that the Constitution requires certain legislative actions and that the legislature has nevertheless refused to comply” (cf. The legislative injunction: a remedy for unconstitutional legislative inaction. *Yale law journal*, n. 99, 1989/1990. p. 242).

²³¹ Cf. o trabalho citado na nota anterior, às páginas 232 e 238.

²³² “Art. 207. El Superior Tribunal de Justicia tiene, en lo jurisdiccional, las siguientes atribuciones: (...) 2. Ejerce jurisdicción originaria y exclusiva en los siguientes casos: (...) d. En las acciones por incumplimiento en el dictado de una norma que impone un deber concreto al Estado Provincial o a los municipios, la demanda puede ser ejercida -exenta de cargos fiscales- por quien se sienta afectado en su derecho individual o colectivo. El Superior Tribunal de Justicia fija el plazo para que se subsane la omisión. En el supuesto de incumplimiento integra el orden normativo resolviendo el caso con efecto limitado al mismo y de no ser posible, determina el monto del resarcimiento a cargo del Estado conforme la perjuicio indemnizable que se acredite”. Para maiores detalhes sobre essa ação, cf. SAGÜÉS, Néstor Pedro. La acción de inconstitucionalidad por omisión en la

precedentes na linha dessa construção. No MI 283-DF, julgado em 1991, o tribunal se pronunciou sobre o dever de legislar oriundo do art. 8º, § 3º, do ADCT. Neste caso, era prevista uma reparação de danos a certo grupo de pessoas, na forma a ser fixada por uma lei de iniciativa do Congresso Nacional²³³. Impetrado o MI, decidiu o STF declarar a mora do legislador, com a comunicação ao Congresso Nacional e à Presidência da República de que contariam com quarenta e cinco dias, mais quinze para a sanção presidencial, para ultimar o processo legislativo relativo a esse ato. Caso o prazo passasse sem o cumprimento desse dever, o impetrante poderia manejar, por via processual adequada, ação para cobrar as perdas e danos, com montante a ser arbitrado pela justiça. Ainda neste capítulo, será visto como esse julgado representou certo desvio do entendimento inicial do STF sobre o MI.

Em outro tipo de solução unilateral ao combate às omissões do legislador, mais recentemente, a Constituição do Equador, aprovada por referendo em 2008, trouxe interessante inovação sobre o tema. Em seu art. 436 (o diploma soma 444, no total), inc. X, é conferida a competência à corte constitucional para declarar a inconstitucionalidade de situações jurídicas decorrentes do comportamento omissivo dos poderes públicos. Caso se passe do prazo constitucionalmente indicado para o cumprimento do dever de legislar, ou, à falta desse prazo, de um período razoável indicado pela corte, sem o exercício da competência, a corte poderá expedir a norma ou executar o ato omitido, de maneira provisória²³⁴⁻²³⁵.

A contraposição entre as construções da província do Rio Negro e do Equador é bastante significativa, pois põe à mostra a diferença entre um sistema difuso e um sistema concentrado de controle das omissões legislativas. Cada um dos controles encontra no sistema brasileiro de debelamento das omissões uma representação por instrumentos processuais

constitución de la provincia de Río Negro. In: BAZÁN, Víctor (coord.) *Inconstitucionalidad por omisión*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1997. p. 109-122.

²³³ “Art. 8º. (...)§ 3º - Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica nº S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e nº S-285-GM5 será concedida reparação de natureza econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição”.

²³⁴ “Art. 436. La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: (...) 10 - Declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley”.

²³⁵ Para uma crítica mais detida desse controle de omissão legislativa equatoriano, cf. SAGÜÉS, Néstor Pedro. Novedades sobre inconstitucionalidad por omisión: la corte constitucional de Ecuador como legislador suplente y precario. *Estudios constitucionales*, n. 2, 2009. p. 71-79. Disponível em http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_ano7-2-2009/estudios2.pdf. Acesso em 21/08/2011.

diferentes, como será explorado mais à frente.

3.3 Controle jurisdicional das omissões legislativas e a separação de poderes

O principal obstáculo teórico ao desenvolvimento do controle jurisdicional das omissões do legislador é, seguramente, a separação de poderes. Seja para negar inteiramente a realização desse controle, seja para rechaçar somente alguma(s) forma(s) mais intrusiva(s) à liberdade de conformação do legislador, a separação de poderes é constantemente esgrimida como óbice intransponível; muitas vezes, isso ocorre sem maiores reflexões sobre os motivos pelos quais ela não pode ser superada, nem mesmo em face de peculiaridades de alguns casos concretos – por exemplo, a importância das matérias contrapostas à separação de poderes. É possível sustentar até mesmo que a separação de poderes não somente é o principal problema envolvido pelo tema, como é, em última instância, o problema ao qual todos os outros se reportam, pois todos são vazados na discussão acerca da forma pela qual certos poderes devem ser distribuídos entre certos órgãos²³⁶.

Não há qualquer pretensão (tanto menos necessidade) de se fazer um apanhado histórico sobre a separação de poderes²³⁷. Nesta breve abordagem do tema, em primeiro lugar, será feito um esforço para dar contornos mais precisos à terminologia empregada, passo imprescindível para pôr a questão nos exatos moldes teóricos expostos nos capítulos anteriores. Na seqüência, serão explorados alguns pontos do enquadramento da questão nos moldes mencionados, com especial atenção a idéias recentemente lançadas no debate sobre o controle jurisdicional das omissões do legislador.

3.3.1 A separação de poderes: nota terminológica

A separação de poderes, provavelmente, carrega a mais difusa polissemia de toda a pragmática do direito público. Porque, simultaneamente, aponta para um princípio

²³⁶ A título de exemplificação desta tese, considere-se o seguinte: Torben Spaak levanta a possibilidade de se falar na “criação de direito” por parte do Judiciário, no âmbito do assim chamado ativismo judicial, como um problema propriamente democrático, não de separação de poderes, uma vez que os juízes não estariam submetidos a eleições populares (cf. Explicating the concept of legal competence. In: HAGE, Jaap C.; e VON DER PFORDTEN, Dietmar (ed.) *Concepts in law*. Springer: Springer, 2009. p. 73-74). Embora a idéia possa atrair, a questão se reconduz, de qualquer forma, à partição de competências, pois que os juízes não tenham seus mandatos conferidos em eleições periódicas é apenas um argumento que depõe contra o exercício de certas competências por parte do judiciário, competências cujo desempenho seria pretensamente melhor, se reservado a representantes do povo periodicamente eleitos pelo sufrágio universal.

²³⁷ Sobre isso, vale conferir, por todos, SILVESTRE, Gaetano. *La separazione dei poteri*. v. 1. Milano: Giuffrè, 1979, e PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo de suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra, 1989. p. 31ss.

de desagregação e de composição. A pertinência de um <<fazer>> e a cautela de <<obstar.>> A razão e a experiência. O <<um>> e o <<outro>>. Um prodigioso afã classificatório vai aqui distinguir subtilmente os mais ténues cambiantes, preconizando, excluindo, conotando ou contrapondo: separação, divisão, interdependência, balança, freios e contrapesos, consoante a preocupação dominante ou a perspectiva eleita favoreçam a vertente garantística ou a organizatória, a doutrina ou o dogma, a função ou a estrutura, o sistema ou a história.²³⁸

As palavras transcritas logo acima resumem, com elegância e precisão, a confusão na qual se pode enovelar quem começar a ler as mais diversas opiniões estampadas nos trabalhos sobre a separação de poderes, sejam específicos, sejam mais gerais. O mais importante, agora, é estabelecer o significado a ser atribuído à separação de poderes, para evitar confusões indesejáveis, principalmente pelo fato de esse significado ter de ser adequado às outras noções já expostas (e adotadas) ao longo do trabalho. Não será demais (re)lembrar: também a noção de separação de poderes será explorada apenas nos limites interessantes aos propósitos da pesquisa, ou seja, tanto quanto for útil ao estudo do controle jurisdicional das omissões do legislador.

Apesar das divergências entre as abordagens de vários autores, uma grande constante é observável: algo, inicialmente unificado, é repartido entre diversos entes. As discussões têm início sobre aquilo que é separado. Apesar de consagrada pelos textos constitucionais mais diversos, a expressão separação de *poderes* sofre uma crítica há bastante tempo, resumida no seguinte: divididas são as funções estatais, não o poder. José Horácio Meirelles Teixeira opina nesse sentido. Segundo ele, o poder estatal, uno e individual em sua essência, conhece divisões apenas em suas manifestações exteriores, é dizer, em seu exercício pelos órgãos do estado; cada um destes exerce, na esfera de sua competência, o poder político unitário estatal. E se o poder político é uno em sua origem, ele tem o seu exercício dividido, através do poder constituinte, “para atender à complexidade das tarefas estatais e à conseqüente necessidade de especialização dos órgãos estatais, no desempenho dessas tarefas”. Por conseguinte, é incorreto falar em “divisão do poder político”, pois este não se divide; divisíveis são as funções, os atos “em que se concretiza o exercício do poder”²³⁹. Essa

²³⁸ VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de. *Teoria geral do controlo jurídico do poder público*. Lisboa: Cosmos, 1996. p. 142.

²³⁹ Cf. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 571-572. Doutrinadores mais recentes também manifestam adesão a essa crítica: “O fenômeno da separação de Poderes não é senão o fenômeno da separação de funções estatais, que consiste na forma clássica de expressar a necessidade de distribuir e controlar o exercício do Poder político entre distintos órgãos do Estado. O que correntemente, embora equivocadamente, se convencionou chamar de separação de Poderes, é, na verdade, a distribuição e divisão de determinadas funções estatais a diferentes órgãos do Estado” (cf. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A separação das funções estatais ante uma nova dogmática constitucional: a necessidade de um revisão da teoria clássica da separação de poderes. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; e TAVARES, André Ramos (org.). *Estado constitucional e organização do poder*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 267.

crítica comete um erro muito comum quando estão envolvidas questões terminológicas: considerar uma das possíveis construções teóricas para a representação de uma realidade a *única* viável. Os críticos partem da consideração de um *poder político* para abordar o princípio da separação de poderes, enquanto princípio *jurídico*, e dão esta saída como a correta, sem tomar em consideração a possibilidade de existirem outras formas de abordagem do problema – sem falar nas próprias discussões sobre a noção de *poder*, de um modo mais geral²⁴⁰⁻²⁴¹.

Uma “crítica da crítica” tem a chance, dessa forma, de se aproveitar da relativa incongruência desses setores da doutrina de falar em unidade do poder político, ao analisar a divisão dos poderes. Para o estudo do controle de constitucionalidade de omissões do legislador, não faz tanto sentido indagar da natureza do poder como capacidade para fazer uma pessoa se comportar de determinada forma. Se o relevante nesse tipo de controle é o restabelecimento da supremacia constitucional, o que deve estar em jogo é somente a possibilidade de alteração de alguma situação *jurídica* contrária a alguma(s) norma(s) constitucional(is). Destarte, esse poder jurídico deve consistir na possibilidade de se promover, através de algum comportamento específico, uma alteração em alguma(s) situação(ões) jurídica(s). Esta noção é precisamente a de competência jurídica admitida no trabalho; por essa razão, as expressões “poder jurídico” e “competência jurídica” são, para esta pesquisa, sinônimas. Em suma: aquilo que é separado, no âmbito da “separação de poderes”, pode ser considerado um grande conjunto de poderes jurídicos (ou, em outros termos, competências jurídicas); assim, *toda discussão sobre a divisão de poderes tem, como pano de fundo – ainda que bem oculto, – a problemática relativa a quem produz o direito e às formas através das quais isso deve acontecer*. Com a formatação proposta, a expressão “separação de poderes” resta adequada para fazer referências a uma partição de competências empreendida pelo constituinte.

Ainda é necessário falar sobre uma distinção comum a respeito da separação de poderes. Como nota Giovanni Bognetti, as funções de império, no âmbito de um ordenamento jurídico, podem ser repartidas entre entes políticos distintos. Em todos os ordenamentos ocidentais modernos, exemplifica ele, os poderes são sempre distribuídos entre, pelo menos,

²⁴⁰ A postura de Dirley Júnior, bem delineada na citação da nota anterior, dá o exemplo, ao considerar “equivocada” a expressão “separação de poderes”, sem questionar a adequação da noção de “poder político”, adotada em seu trabalho.

²⁴¹ É verdade que, de modo bastante amplo, é bem aceita a noção de poder para designar “a capacidade ou a possibilidade de agir, de produzir efeitos”, referida tanto a indivíduos e a grupos humanos como a objetos ou fenômenos naturais (cf. STOPPINO, Mario. Poder. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. v. 2. 4. ed. Vários tradutores. Brasília: Edunb, 1992. p. 933).

dois níveis de governo (central e local); em número crescente, os ordenamentos têm também distribuído esses poderes em três níveis, com a utilização da figura organizativa da federação. Em casos que tais, existe a chamada divisão *vertical* de poderes, pois a distribuição é efetuada entre entes jurídica e politicamente distintos, sobrepostos uns aos outros. A divisão vertical dos poderes é tratada, no geral, na disciplina do federalismo. Em outra frente, existe a separação *horizontal* de poderes, a qual se realiza entre órgãos constituintes do mesmo ente jurídico. Estoutra divisão diz respeito, sobretudo, à distribuição das funções entre os órgãos do aparato estatal, com possibilidade de ocorrer em todos os níveis de governo (central, local etc.)²⁴². A divisão horizontal dos poderes é a mais importante neste estudo. A atenção sobre a divisão vertical será dedicada somente em virtude da proposta da perda de competência de um órgão legislativo em favor de outro, componente de ente federado distinto.

3.3.2 A separação de poderes: seu sentido como princípio jurídico

Com o acertamento do ponto terminológico, impõe-se a avaliação da separação de poderes como um princípio jurídico, compreendido nos termos alexyanos²⁴³. O desafio imposto neste momento é o de interpretar a separação de poderes como um princípio jurídico, especialmente na forma pela qual ela atua nas decisões no controle de constitucionalidade das omissões do legislador. Apesar de o aparato teórico já haver sido exposto, essa tarefa não é tão simples; a separação de poderes foi (e ainda é) utilizada no discurso jurídico como se tivesse um conteúdo *essencial*, é dizer, como se a separação ocorresse, necessariamente, de uma determinada maneira, onde quer que se encontre consagrada. Como se verá pouco mais à frente com mais vagar, essa pressuposição é incompatível com a consideração da separação de poderes como um princípio, ou seja, como um mandamento de otimização passível de entrar em colisão com outros princípios e de sofrer intervenções para a realização otimizada dos valores em jogo em um caso concreto.

Pedro de Vasconcelos notou que a separação de poderes, no âmbito do constitucionalismo revolucionário de fins do século XVIII, aparece mais forte que um princípio constitucional, para chegar ao foro de pressuposto e programa necessário do próprio

²⁴² Cf. *La divisione dei poteri: saggio di diritto comparato*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2001. p. 11-12. Em sentido semelhante, um setor da literatura fala em divisão espacial do exercício do poder, correspondente à descentralização política, “cujo paroxismo vamos encontrar no Estado federal”, e divisão em sentido funcional ou institucional do exercício do poder, correspondente à “harmonia e independência dos poderes”, na linguagem constitucional (cf. TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 572).

²⁴³ Cf. n° 2.3.3.

constitucionalismo, condição explicitada paradigmaticamente na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789²⁴⁴. A rigor, seria apenas uma “face remozada de uma extensa panóplia” de expedientes que, sutilmente, desestruturava as pretensões centralistas da monarquia – embora não se reduzisse apenas a isso, valia como “expressão eufemística da destituição do príncipe”²⁴⁵. Naturalmente, pelos motivos animadores da ideologia constitucional moderna então nascente, a separação de poderes não era empunhada como qualquer divisão de competências entre órgãos públicos com dinâmicas distintas de funcionamento (executivo, legislativo e judiciário). Com expressão mais forte na França, a separação de poderes fazia as vezes de chave de segurança à concentração de poder nas mãos do monarca – concentração representativa do *ancien regime* combatido pelos revolucionários – e de limitação dos poderes dos órgãos judiciários, malquistos pelos revolucionários pela propensão à monarquia e por não serem escolhidos de forma democrática. Mas essa separação de poderes não tomava uma forma aleatória; ela prestigiaria as parcelas da sociedade que tomaram as rédeas do poder político após o êxito do movimento revolucionário, isto é, a burguesia. A liberdade burguesa impõe uma estrutura de exercício do poder cuja principal missão seja a proteção dos cidadãos contra os abusos das autoridades públicas. Desta liberdade, notou-o Carl Schmitt, duas conseqüências fundamentais se deixam deduzir, plasmadas nos dois princípios do elemento típico do estado de direito: (1) princípio da distribuição, de acordo com o qual a liberdade dos indivíduos é considerada um dado pré-estatal, de modo a deixar a liberdade individual ilimitada, a princípio, e a faculdade do estado para invadi-la limitada, também a princípio; e (2) princípio da organização, cuja serventia é pôr em prática o princípio da distribuição; o poder estatal (limitado, a princípio) se divide e se encerra em um sistema de competências circunscritas. O princípio da distribuição encontraria sua expressão em um conjunto de direitos; o princípio da organização estaria, por seu turno, contido na doutrina da divisão de poderes, na distinção de diversos setores para o exercício do poder público, divisão estabelecida com o intuito de impor freios e controles recíprocos a esses poderes. Assim, divisão dos poderes e direitos fundamentais designavam o conteúdo essencial do estado de direito, presente nas constituições modernas²⁴⁶.

²⁴⁴ Dispunha o art. 17 desse diploma: “Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n’est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n’a point de Constitution” (“Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”, na tradução de MIRANDA, Jorge. *Textos históricos do direito constitucional*. Lisboa: Imprensa Nacional/Casa da Moeda, 1980. p. 59).

²⁴⁵ Cf. Teoria geral do controlo jurídico do poder público. Lisboa: Cosmos, 1996. p. 140.

²⁴⁶ Cf. *Teoría de la constitución*. Tradução de Francisco Ayala. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1934. p. 147.

A instrumentalização disso tudo por intermédio da separação de poderes conheceria, grosso modo, a seguinte forma: a superioridade do legislativo, cujos membros componentes eram escolhidos por voto dos cidadãos (voto inicialmente restrito, diga-se de passagem); deste modo, as decisões agravantes das posições jurídicas jusfundamentais teriam de passar pelo crivo dos “representantes do povo”, a fim de conseguir a legitimação necessária a esse tipo de intervenção. Os magistrados, na célebre fórmula de Montesquieu, seriam as bocas que pronunciam as palavras da lei, a qual se tornou a máxima expressão na produção do direito, pois era o ato consubstanciador de uma manifestação da vontade geral. A influência dessas idéias foi tão profunda e estável durante os dois séculos subseqüentes, que a expressão “separação de poderes” (ou alguma equivalente) *passou a ser sinônimo da própria separação de poderes nesses moldes liberais*. Em outras palavras, em algo como uma “metonímia”, a separação de poderes se transformou numa forma de estruturação dos poderes públicos específica, com a formatação prototípica do chamado estado liberal de direito, embora esta seja apenas uma das inúmeras formas possíveis de conformação desses mesmos poderes²⁴⁷. Essa tendência representa uma doutrina *essencialista* da separação de poderes. Serão consideradas essencialistas todas as doutrinas tendentes a emprestar um conteúdo invariável a essa divisão, de modo que a separação de poderes representa uma essência imutável, sob quaisquer circunstâncias.

Algumas especificações devem ser feitas às doutrinas essencialistas da separação de poderes. Em primeiro lugar, nem todas as doutrinas essencialistas são vazadas em termos idênticos. Dentre as formulações desse tipo, há um espectro de soluções que segue desde uma rígida divisão dos poderes entre os órgãos do executivo, do judiciário e do legislativo, até a formulações permissivas de exercício de poderes “tipicamente” pertencentes a um desses “três poderes”²⁴⁸ por algum(ns) outro(s), de maneira extraordinária, para melhor desempenho de seus misteres institucionais. Para acomodar mais confortavelmente essas exceções, a doutrina lança mão da distinção entre funções típicas (ou principais/predominantes) e atípicas de cada

²⁴⁷ Apenas para trazer uma ilustração dessa identificação, veja-se a seguinte passagem: “O instituto da separação de poderes não se confunde com a mera técnica de distribuição de funções ou distinção entre as mesmas. Até nos regimes totalitários há distinção de funções, independentemente da separação de poderes. Num caso, há divisão de trabalho para maior eficiência do todo administrativo; no outro, há separação para garantia da liberdade. Sumariando e repetindo, a separação de funções é meramente uma técnica; a separação de poderes é substancialmente política” (MELLO, José Luiz de Anhaia. *Da separação de poderes à guarda da constituição: as côrtes constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 11-12).

²⁴⁸ Foram utilizadas aspas para evitar ambigüidades, pois o termo poder é muito utilizado na literatura jurídica para designar uma espécie de personificação do conjunto de competências (no léxico assumido neste trabalho, *poderes*) jurídicas (por exemplo, quando se fala na relação entre os *poderes* legislativo e judiciário). Doravante, o próprio contexto dará a indicação do sentido em que o termo será empregado, sem qualquer tipo de marcação adicional.

um dos três poderes, diferença bastante cara aos publicistas²⁴⁹; mesmo essa diferenciação entre funções típicas e atípicas demonstra a índole essencialista da doutrina, pois atribui algumas competências *essencialmente* ao conjunto pertencente ao legislativo, ao executivo ou ao judiciário. Essas matizações nas doutrinas essencialistas da divisão dos poderes têm a sua mais notável matriz na doutrina dos primeiros teóricos da constituição norte-americana. No *federalist paper* nº 47, Madison afirma: nenhuma verdade política tem maior valor *intrínseco*, ou é mais empunhada pelos defensores da liberdade, que aquela segundo a qual a acumulação das incumbências legislativas, executivas e judiciárias no mesmo órgão constitui uma tirania. Mas, obtempera Madison, mesmo Montesquieu não teria proscrito o exercício de certas competências atípicas; o grande problema seria a concentração de todo o poder de um departamento nas mãos dos responsáveis por todo o poder de outro²⁵⁰. A doutrina essencialista da separação de poderes mais propagada atualmente toma em linha de conta a doutrina de Madison, para afirmar a preponderância das funções típicas, embora sejam cada vez mais admitidas as funções atípicas em grau maior, pelas novas necessidades de atuação dos poderes públicos surgidas no último século – paradigmaticamente representadas pela atuação legislativa dos órgãos executivos. Apesar de ser defendida, a todo momento, a necessidade de uma revisão do “dogma da separação de poderes” por força dessas novas distribuições de competências nas constituições da atualidade, muitos doutrinadores ainda se mantêm firmes nas doutrinas essencialistas, a defender apenas o estabelecimento de “novos moldes” para a separação. Outro ponto ainda constantemente defendido é a superioridade do legislativo, sem maiores explicações sobre as implicações do reconhecimento dessa superioridade; é importante ressaltar: essa superioridade cumpre um papel contrário ao controle jurisdicional das omissões do legislador²⁵¹.

²⁴⁹ Cf., por todos, FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 4 ss.

²⁵⁰ “No political truth is certainly of greater intrinsic value, or is stamped with authority of more enlightened patrons of liberty, than that on which the objection is founded. The accumulation of all powers, legislative, executive, and judiciary, in the same hands, whether of one, a few, or many, and whether hereditary, self-appointed, or elective, may justly be pronounced the very definition of tyranny. (...) His meaning [da afirmação de Montesquieu sobre a impossibilidade de defender a liberdade dos cidadãos com a concentração de poderes nas mesmas mãos], as his own words import, and still more conclusively as illustrated by the example in his eye, can amount to no more than this, that where the *whole* power of one department is exercised by the same hands which possess the *whole* power of another department, the fundamental principles of a free constitution are subverted” (HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The federalist*. In: *Great books of the western world*. v. 43. Chicago/Toronto/Londres: Willian Benton, 1952. p. 153-154). Sobre a influência de Montesquieu na concepção de linhas essencialistas da separação de poderes na constituinte norte-americana, cf. CLAUS, Laurence. Montesquieu’s mistakes and the true meaning of separation. *Oxford journal of legal studies*, vol. 25, n. 3, 2005. p. 419 ss.

²⁵¹ Alguns argumentos são direcionados contra a opção pelo controle jurisdicional de constitucionalidade. Na doutrina brasileira, Martonio Lima, defensor da superioridade do legislativo, sustenta a tendência para a vinculação das decisões das cortes ao problema da governabilidade, por duas razões básicas: (1) natureza da

Em contraposição às teorias essencialistas, formaram-se aquelas que podem ser intituladas doutrinas relativistas da separação de poderes. As doutrinas essencialistas tiveram em Karl Loewenstein, muito provavelmente, seu grande antagonista no século XX. Para ele, é devido ter em mente que separação necessária entre as funções estatais, como condição (necessária) à salvaguarda da liberdade individual, de acordo com os seus diversos elementos substanciais e com distribuição entre diferentes agentes, não é essencial ao exercício do poder político, nem uma verdade evidente e válida para todo o tempo. A descoberta ou invenção da teoria da separação das funções estava determinada pelo tempo e pelas circunstâncias; tratou-se de um protesto ideológico do liberalismo contra o absolutismo monolítico dos séculos XVII e XVIII; somente o constitucionalismo liberal identificou liberdade individual com separação de poderes²⁵². Deste modo, a separação toma o caráter de técnica da separação de

jurisdição constitucional como exercício historicamente relacionado com a segurança das relações sociais, baseada na manutenção do *status quo* político; (2) confusão da atuação da corte com a tarefa da manutenção da realidade institucional, ligada ao passado (cf. Jurisdição constitucional: um problema da teoria da democracia política. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de *et al. Teoria da constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 215 ss.). Os argumentos, considerada a dinâmica institucional brasileira, são frágeis, pelo menos para justificar uma superioridade do legislador, em detrimento da expansão das competências do judiciário para promover o controle de constitucionalidade. Talvez, em 2003, a jurisdição constitucional brasileira ainda não tivesse dado tantas mostras do chamado “ativismo judicial”, a partir das quais se acentuou um caráter mais progressista dos julgados da corte, motivo limitador do alcance das razões expostas por Martonio Lima. A propósito da superioridade legislativa, razões muito mais sérias vinculam a tomada de decisões do legislador com o problema da governabilidade. Como anotou Andrea Lucas Garín: “Pensando en los órganos tradicionales, es evidente cómo el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo se ven habitualmente integrados por el movimiento continuo que supone la presencia de una misma mayoría parlamentaria o de gobierno en ambos órganos, lo que se ha llamado ‘principio de la gobernabilidad’” (cf. GARÍN, Andrea Lucas. Nuevas dimensiones del principio de división de poderes en un mundo globalizado. *Estudios constitucionales*, n. 2, 2009. p. 246. Disponível em http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_ano7-2-2009/estudios8.pdf. Acesso em 21/08/2011). No Brasil, em todos os níveis de governo, o executivo angaria o apoio sistemático de blocos do legislativo a partir, muita vez, da oferta de parcelas dos cargos públicos, a fim de montar a “base aliada” indispensável à sustentação do governo. O resultado disso, como é fácil prever, é a vinculação dos partidos componentes das “bases aliadas” aos propósitos governistas. Apenas para citar o exemplo dessa relação no governo federal, em 2011, das trinta e sete medidas provisórias editadas pela Presidência da República, *nenhuma* foi rejeitada pelo Congresso Nacional. Fora de qualquer questão, isso denota um alinhamento do legislador à governabilidade – as medidas provisórias são os mais célebres instrumentos de governabilidade dentre os trazidos pela CF, – pelo menos tão grande quanto o que vincularia as cortes constitucionais pelos motivos argüidos por Martonio Lima. Nesse viés, abordagens sobre o legislativo como o representante dos “reais anseios do povo” dificilmente ainda encontram grande plausibilidade, sobretudo se forem considerados os momentos nos quais os interesses do governo contrastam com os tais “interesses do povo”. O desenvolvimento adequado dessa questão teria de estudar a real capacidade do legislativo, nos exatos moldes das instituições brasileiras, de levar a cabo os deveres a si constitucionalmente conferidos, com os olhos voltados para as suas possibilidades dentro das relações atualmente travadas com o executivo brasileiro, no âmbito do sistema político nacional. Infelizmente, isto não pode ser feito aqui. Todo o modo, é visível a diferença que legislativo e judiciário tomaram na atenção dedicada pelos juristas brasileiros nas últimas décadas. O judiciário tem os seus problemas cada vez mais expostos em virtude dos estudos dos quais têm sido objeto; entretanto, o legislativo, na condição específica de produtor do direito, nada obstante os escândalos nos quais está envolvido constantemente (o famigerado caso do “mensalão” é apenas um capítulo de uma história razoavelmente longa), permanece tratado muito superficialmente, quando não mesmo de forma idealizada, até mesmo pelo público especializado.

²⁵² “One has to bear in mind that the doctrine of the necessity to split up the state functions into their various substantive segments and to distribute them among different exercises is neither essential to the operation of

competências jurídicas, sem contar com uma formulação essencial ou intrínseca; os poderes destinados a cada órgão deverão ser investigados a partir de uma interpretação do material jurídico posto, e não em obediência a uma doutrina universalmente válida sobre a divisão desses poderes. A relativização com a qual a doutrina da separação de poderes é abordada leva, inclusive, a propostas diferentes da solução tripartite, com a admissão de novos órgãos, que não os legislativos, executivos e judiciais²⁵³.

A observação de que a separação de poderes se marcou pelas circunstâncias nas quais suas formatações mais célebres foram realizadas abre espaço, embora não leve necessariamente, a outro nível de construção teórica: a relatividade da distribuição de competências mesmo nos casos de atribuição a um ente específico, em face de razões favoráveis ao exercício da mesma competência por outro agente. Com efeito, a relatividade da separação de poderes pode ter o alcance necessário para superar, em um caso concreto, a própria reserva de competência ao legislativo, ao executivo ou mesmo ao judiciário, caso haja razões bastantes para a superação dessa reserva. À vista do exposto, se se considerar a separação de poderes como um princípio jurídico em termos alexyanos, a doutrina passível de enquadramento nestes termos será a relativista. As doutrinas essencialistas, em grau menor ou maior, sempre tomam como pressuposto uma margem na qual a separação de poderes é incontestável, não importa as razões contrárias à sua manutenção em um caso concreto. Como já exposto, a lei da colisão, base da teoria dos princípios, representa a natureza dos princípios jurídicos como mandamentos de otimização ao deixar clara a inexistência de uma relação absoluta de precedência entre duas (ou mais) normas desse tipo; com isso, é difícil sustentar a separação de poderes como princípio jurídico e, ao mesmo tempo, defender a

political power nor a self-evident truth valid from here to eternity. The discovery or invention of the theory of the separate functions was conditioned by time and environment, an ideological protest of political liberalism against the monolithic royal absolutism of the seventeenth and eighteenth centuries. (...) Only liberal constitutionalism identified individual liberty with separation of "powers" (Political power and the governmental process. 2. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 1965. p. 36).

²⁵³ Nesse sentido, parece ir André Ramos Tavares: "A doutrina da separação dos poderes serve atualmente como uma técnica de arranjo da estrutura política do Estado, implicando a sua distribuição por diversos órgãos, de forma não exclusiva, permitindo o controle recíproco, tendo em vista a manutenção das garantias individuais consagradas no decorrer do desenvolvimento humano. (...) A Constituição brasileira não levou a cabo nenhum tratamento sistemático das funções do Estado. Procedeu à consagração expressa do princípio da separação dos órgãos do poder. Além dessa referência há uma articulação dispersa nas normas constitucionais e uma orientação funcional que a cada um desses órgãos corresponderá. Só pelo estudo sistemático é que se pode chegar a uma conclusão sobre as funções que verdadeiramente exerce cada um dos órgãos previstos constitucionalmente, e que não se restringem mais a apenas três (...)" (A superação da doutrina tripartite dos poderes do estado: a função de controle como essencial. In: BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos. *As tendências do direito público no limiar de um novo milênio*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 67-68). Para a proposta segundo a qual o estágio atual da matéria revela a possibilidade de uma hexapartição dos poderes, cf. SOUZA JÚNIOR, César Saldanha. *O tribunal constitucional como poder: uma nova teoria da divisão dos poderes*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

impossibilidade de ela ser superada em determinados casos, sobretudo quando se lhe contrapõem princípios muito importantes em um sistema constitucional, com especial menção aos consagradores de direitos fundamentais.

A separação de poderes como princípio jurídico formal significa, portanto, a imposição do respeito à distribuição de competências empreendida pela constituição, na maior medida possível, dentro das condições fáticas e jurídicas do caso concreto. Uma das dimensões desse princípio, passível de trato como princípio autônomo, é a competência decisória do legislador, segundo a qual as decisões legislativas devem ser respeitadas na maior medida possível. Neste ponto, vale uma pequena nota: esse respeito às decisões do legislador sempre foi, via de regra, tomado em relação às decisões subjacentes a comportamentos legislativos vazados em comissões. O exemplo mais representativo é a atuação da separação de poderes como um princípio jurídico formal para sustentar a validade das normas oriundas de atos comissivos do legislador, principalmente das leis, as quais podem ser declaradas inconstitucionais, desde que estejam em desacordo com outro(s) princípio(s) constitucional(is) cujo(s) peso(s), no caso concreto, seja(m) suficiente(s) para superar a separação de poderes. Contudo, com maior pertinência para o presente trabalho, também as omissões legislativas denotam uma decisão do legislador, decisão de não legislar, a qual, igualmente, pode estabelecer uma situação jurídica de confronto com o qualificado como devido pela constituição. Do mesmo modo, a separação de poderes, até nos casos de omissões inconstitucionais, imporia, *prima facie*, o respeito a decisões dessa natureza; contudo, existem inúmeras reservas ao trabalho das cortes constitucionais no combate às omissões legislativas, sob o argumento de respeito à liberdade de conformação do legislador. Esse aparente descompasso do peso da separação de poderes nas operações empreendidas pelos órgãos de controle jurisdicional de constitucionalidade nos casos de omissões e comissões inconstitucionais do legislador tem fundamento teórico e implicações cujo estudo demanda atenção apartada.

3.3.3 A jurisdição constitucional: seu lugar nos poderes separados no controle de constitucionalidade das omissões legislativas em matéria jusfundamental

Como observou Hans-Peter Schneider, há algum tempo já é familiar à ciência o reconhecimento de que o problema da separação de poderes se coloca de uma nova maneira, em virtude da existência de uma jurisdição constitucional, à qual está atribuída a função de controle abstrato das normas, dentre outras. Entretanto, tem-se observado um descuido

relativo à extração das conseqüências dessa realidade, assim como não é especificado o princípio da “auto-limitação judicial”²⁵⁴, que encobre mais que ilumina a relação da jurisdição constitucional com outros órgãos estatais. Apesar do reconhecimento de que as cortes decidem sobre a constitucionalidade das atuações de outros órgãos estatais em processos resolatórios e vinculantes, os esforços de encerrar os poderes da jurisdição constitucional em firmes limites materiais, institucionais e/ou funcionais, chegam a se assemelhar ao problema da quadratura do círculo. Seja como for – prossegue, – a desistência na persecução desse intento equivaleria a uma capitulação diante dos fatos e prestaria às cortes um desserviço, pois a autoridade fática destas provém da observância desses limites²⁵⁵.

A comparação de Schneider, segundo a qual o problema dos limites da jurisdição constitucional está para os juristas como a quadratura do círculo para os geômetras, é de invulgar precisão, pela representatividade dos dois problemas; isto proscreve a realização de uma investigação abrangente sobre os limites da jurisdição constitucional. Felizmente, isso não é necessário para os propósitos perseguidos aqui. Como estratégia para contornar a imensidão do tema, será possível a feitura de um contraste entre o que se admite para a jurisdição constitucional nas comissões legislativas e o que se admite para os casos de omissões do legislador. Com essa comparação, serão tecidas algumas considerações finais sobre o lugar adequado para a jurisdição constitucional diante das omissões legislativas acerca de direitos fundamentais.

Após a promulgação da CF, o controle de constitucionalidade no Brasil viveu (a rigor, ainda vive) o seu capítulo mais diversificado. O atual diploma constitucional brasileiro trouxe uma série de inovações na matéria, com algumas ações cujo ineditismo movimentou o cenário jurídico nacional, pois ninguém sabia ao certo quais seriam as possibilidades de exploração de alguns dos chamados remédios constitucionais (por exemplo, o MI, ainda hoje, é alvo de intensas discussões, e somente após duas décadas da promulgação da Constituição, o STF veio a sinalizar com uma viragem no seu entendimento sobre os efeitos possíveis nas decisões em sede de MI). As inovações, acompanhadas pela conferência cada mais vez mais acentuada de força normativa às normas da Constituição, promoveram um acréscimo nunca antes visto nos poderes da jurisdição constitucional – tanto no controle concreto, quanto no

²⁵⁴ Klaus Stern foi mais longe na crítica ao *judicial self-restraint*, ao afirmar que sua recomendação nunca foi fundada ou detalhada, nem determinada quanto ao seu conteúdo. Com isso, ela seria imprecisa demais para servir de modelo argumentativo eficiente (cf. *Jurisdicción constitucional y legislador*. Tradução de Alberto de los Reyes. Madrid: Dykinson, 2009. p. 45).

²⁵⁵ Cf. *Jurisdicción constitucional y separación de poderes*. Tradução de Joaquín Abellán. *Revista española de derecho constitucional*, n. 5, mai./ago., 1982. p. 35-36, 38.

abstrato²⁵⁶. Esse acréscimo de poderes da jurisdição constitucional brasileira teve como reação o surgimento, no Brasil, das doutrinas do *diálogo institucional*²⁵⁷, até então pouco conhecidas e professadas – sempre fortemente amparadas no princípio da separação de poderes. Segundo esta noção, o controle de constitucionalidade, no qual o judiciário detém a “última palavra” (ou, como já foi dito pela doutrina, “o direito de errar por último”), por ser o guardião da Constituição, só pode ser admitido a um custo altíssimo para a democracia, pois o órgão detentor da competência para resolver as querelas constitucionais em última instância não tem a propensão democrática que os parlamentos exibem em sua composição e no recrutamento de seus recursos humanos, através de eleições periódicas com sufrágio universal. Assim, a fórmula da “última palavra” se mostra parcial e/ou incompleta. Nessa senda, nada impediria ao legislador dar uma nova palavra sobre um assunto em que a palavra do tribunal constitucional já tenha se dado, mesmo que, eventualmente, o legislador contradiga o pronunciamento jurisdicional. Para certo setor da doutrina simpático a esta noção:

Esta a dialética que constitui a democracia atual, sob a marcante influência da jurisdição constitucional, mas sem desconsiderar a legitimidade dos espaços de conformação legislativa. O discurso de ênfase nas virtudes do controle jurisdicional de constitucionalidade e na relevância do papel do tribunal constitucional não deve ofuscar a importância do Poder Legislativo nas democracias constitucionais contemporâneas. A afirmação dos direitos fundamentais não se consegue apenas com a jurisdicionalização das reivindicações. A jurisdição não deve pretender monopolizar a concretização desses direitos, tarefa complexa que não prescinde da – nem se encerra na – configuração legislativa. O controle jurisdicional pode apresentar-se, não como instância definitiva, mas como instância reflexiva, em reforço à melhor concretização possível dos direitos constitucionais.²⁵⁸

Não é necessário um maior aprofundamento nessa temática; o importante é avaliar o impacto dessa idéia para o objeto do estudo. Há registros na literatura de adesões ao diálogo constitucional para a resolução dos problemas da omissão do legislador²⁵⁹; entretanto, não há maior desenvolvimento sobre os termos desse diálogo no controle de comportamentos omissivos. A omissão sobre a exata conformação de um diálogo constitucional neste tipo de controle é problemática, por não haver maior certeza sobre os tipos de solução admissíveis –

²⁵⁶ Para uma análise geral do chamado ativismo judicial no direito constitucional brasileiro, vale conferir, por todos, RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 138 ss.

²⁵⁷ Sobre o tema, com diversas referências, cf. MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

²⁵⁸ ROTHENBURG, Walter Claudius. A dialética da democracia: entre legisladores e jurisdição constitucional. In: CLÈVE, Clemerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIANNI, Alexandre Coutinho (coord.) *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 438-439.

²⁵⁹ Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 250-251. Ele ainda afirma, no lugar acabado de citar: “É claro que isso exigiria que a separação rígida de poderes, na forma como muitas vezes é defendida no Brasil, fosse repensada”.

nos termos da exposição feita neste capítulo, se seriam admitidas apenas soluções bilaterais, a fim de deixar a cargo do legislador tomar parte no “diálogo” antes de restabelecida a supremacia constitucional, ou se também as soluções unilaterais poderiam ser admitidas, com a formação do “diálogo” no momento em que o legislador vier a exercer a competência a si atribuída, após o exercício extraordinário do judiciário. A questão não pode deixar de ser enfrentada; o silêncio sobre esse ponto deixa totalmente em aberto as possibilidades de solução da problemática.

No controle das omissões sobre direitos, a melhor forma de conciliar o diálogo constitucional é com a admissão (também) das soluções unilaterais, por duas razões básicas. A primeira delas é que muitos direitos não devem, simplesmente, ficar à espera de uma decisão legislativa para ganhar a conformação normativa mínima para sua realização (ou uma conformação que ponha fim a uma indeterminação muito grande, apesar de seu gozo não ficar impedido). Nesta razão, é possível visualizar a desnecessidade de incluir o tempo decorrido sem o exercício de uma competência na noção de omissão inconstitucional. A situação jurídica inconstitucional decorrente de omissão sobre alguns direitos pode ser grave já imediatamente após a promulgação de uma constituição, sem que se fale em piora dessa situação com o transcurso de certo período. O direito à greve é um bom exemplo disso: esse direito é tão desrespeitado pela omissão do legislador no dia subsequente à promulgação de uma constituição quanto o é décadas depois; a situação jurídica não se torna mais ou menos grave com o passar do tempo (diga-se o mesmo, sempre à guisa de exemplo, do aviso prévio proporcional). Em casos que tais, as soluções bilaterais, mesmo quando tenham um desfecho satisfatório (isto é, levem ao exercício escorreito da competência legislativa), trarão uma demora injustificável do ponto de vista das pessoas que dependem de uma prestação normativa para o exercício dos direitos em jogo²⁶⁰. A segunda razão diz respeito exatamente à demora com a qual o legislador brasileiro se põe a desenvolver normativamente certos preceitos constitucionais. Para ficar com o exemplo dado há pouco, o direito à greve constava já do rol da Constituição de 1946, mas somente conheceu a legislação para a iniciativa privada em 1989 (lei nº 7783/89)²⁶¹. Não fosse o bastante, o legislador brasileiro não

²⁶⁰ O tempo decorrido sem o exercício da competência tem importância crucial na aferição no controle, por exemplo, quando o executivo tem a competência para iniciar projeto de lei em que se trate de aumento anual da remuneração dos servidores públicos. Não significa que nestes casos seja impossível uma solução unilateral; também aqui ela pode ser efetivada. Mas, tratam-se de casos nos quais a possibilidade de haver uma “situação ainda constitucional” pode tornar mais adequado o manejo de uma solução bilateral, inicialmente, a fim de respeitar ao máximo a liberdade de conformação do legislador, até ao ponto em que a situação seja tão repugnante que se justifique uma solução unilateral.

²⁶¹ Curiosamente, essa lei foi o resultado da conversão de uma medida provisória (nº 59/89). Este detalhe corrobora uma tese já lançada neste trabalho, sem maior fundamentação, pela falta de espaço para o seu trato

manifesta qualquer esforço no sentido de empreender um planejamento claro de desenvolvimento normativo a respeito dos direitos constitucionalmente consagrados, até porque, hoje em dia, muitas das atividades congressuais se encontram determinadas pelas iniciativas do executivo, o qual dispõe de instrumentos para se apropriar da agenda do legislativo (medidas provisórias, poder de iniciativa, pedido de regime de urgência etc.)²⁶².

A solução unilateral, importante ressaltar, não representa a única saída para as omissões do legislador. Na verdade, ela deve ser admitida apenas quando a realização dos direitos fundamentais envolvidos no caso concreto seja tão relevante que possa bater a separação de poderes (e outros princípios que a ela se conjuguem). A solução unilateral, já se disse, representa a mais interventiva forma de resolução do problema, da perspectiva da liberdade do legislador; somente deve ser admitida em situações extremas. Aliás, todas as soluções listadas no começo deste capítulo podem ser manejadas no controle de constitucionalidade e devem ser encaradas como um espectro de saídas cuja utilização deve ser proporcional ao grau de necessidade de realização do(s) direito(s) cuja consagração se encontra obstada de alguma forma (e em algum grau) pela omissão do legislador. As peculiaridades de cada caso darão o tom exato do tipo de prestação normativa necessária à proteção efetiva dos direitos e deixarão transparecer as dificuldades para essa realização direta pelo judiciário. O dever de legislar deduzido de cada situação pode ser mais ou menos passível de uma prestação normativa direta pelo judiciário, embora, em alguns casos, seja muito difícil vislumbrar uma decisão dessa natureza. A criminalização de uma conduta, para proteger algum direito fundamental de transgressões, não é o tipo de prestação normativa que se possa esperar, ordinariamente, do judiciário; entretanto, em situações (muito) extremas, até mesmo esse tipo de prestação pode ser justificada, caso o legislador seja injustificadamente

detido: a maior causa de omissões legislativas é o *custo político da tomada de decisões*. Se a greve para o setor privado foi objeto de uma medida provisória, por que motivo a greve no setor público ainda não conheceu sua regulação, ainda que fosse pelo regime comum do processo legislativo da lei ordinária? Uma legislação mais interventiva sobre o direito desagradaria aos trabalhadores; um projeto tendente a realizar o direito em maior medida desagradaria ao governo (sobretudo em tempos de greves em várias parcelas do serviço público, como a que se vive no término da redação deste trabalho). Nesse impasse, a decisão é sistematicamente adiada, *sine die*.

²⁶² Como observaram Rafael e Silva e Suely de Araújo, em excelente trabalho sobre o tema: “No Brasil, o Poder Executivo dispõe de um amplo conjunto de recursos de poder, de *jure* e *de facto*, tornando inequívoca a sua predominância na iniciativa de propostas legislativas para a gestão estatal e condução de políticas públicas. A experiência brasileira registra uma quantidade muito grande de leis criadas pelo Executivo. Tal efeito parece estar ligado ao período de governo autoritário dos militares (1964-1985), bem como à aparente passividade do Legislativo, que necessita manter relações de cordialidade com um Executivo, detentor de vários recursos de poder. (...) Além disso, esses instrumentos são reforçados pela capacidade de centralização do processo decisório pelos líderes dos partidos da coalização majoritária dentro do Congresso. Esse conjunto de fatores permite que o Presidente molde ou até mesmo defina a agenda legislativa” (cf. *Apropriação da agenda do legislativo: como aferir esse fenômeno?* p. 1. Disponível em http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/NOVOS%20TEXTOS/Texto%2076%20-%20Rafael%20Silva%20e%20Suely%20Araujo.pdf. Acesso em 19/01/2012).

relapso na proteção do direito – claro, desde que a ameaça seja muito forte. O programa de realização dos direitos fundamentais não pode ficar completa e indeterminadamente à mercê dos desígnios das maiorias parlamentares²⁶³⁻²⁶⁴; da mesma forma, não é ao judiciário que cabe, via de regra, o cumprimento do plano de desenvolvimento normativo dos direitos. Como se tem sustentado, as soluções mais drásticas, do ponto de vista da separação de poderes, devem ser acompanhadas de justificativas do ponto de vista dos direitos fundamentais, as quais devem ser tão fortes quanto as intervenções que venham a causar na liberdade de conformação do legislador, *e isto não tem como ser acertado fora de um caso concreto*, de maneira genérica, como pretendem certos setores da doutrina, cujas doutrinas essencialistas da separação de poderes impõem a recusa prévia às soluções unilaterais²⁶⁵.

A teoria dos princípios oferta os instrumentos teóricos mais adequados à representação das colisões de princípios envolvidas no controle das omissões do legislador em matéria jusfundamental. Entretanto, apenas o seu uso não será o bastante para garantir um controle efetivo; é preciso entrar em acordo sobre a importância, para a manutenção da ordem constitucional, do controle dessas omissões, sobretudo quando o tema envolvido é o conjunto de direitos consagrados. Se as normas constitucionais forem aceitas como parâmetro irrecusável para o comportamento de todos os poderes constituídos, será inevitável, como

²⁶³ Essa vocação “contramajoritária” dos direitos fundamentais é explorada por NOVAIS, Jorge Reis. Direitos como trunfos contra a maioria: sentido e alcance da vocação contramajoritária dos direitos fundamentais no estado de direito democrático. In: CLÈVE, Clemerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIANNI, Alexandre Coutinho (coord.) *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 79 ss.

²⁶⁴ Néstor Sagüés, ao repassar argumentos a favor da liberdade de conformação do legislador contra a solução unilateral, escreve que uma omissão pode ser devida à polêmica em torno da matéria, uma dificuldade para o atingimento do consenso necessário, mais do que pelo simples ócio do legislador (cf. Problemas constitucionales en la solución de la inconstitucionalidad por omisión. *Cuadernos constitucionales de la cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n. 58-59, 2007. p. 257). Apesar de o argumento ser válido, ele não tem força para afastar o controle da constitucionalidade, até mesmo em formas mais fortes. A dificuldade de se atingir um consenso sobre determinada matéria não é, do ponto de vista da supremacia das normas constitucionais (sobretudo quando envolvem direitos que estão afrontados pela omissão de um poder constituído), uma justificativa muito “melhor” que o mero “ócio” do legislador. Claro, se a demora na prestação não promove graves intervenções na realização de direito constitucionalmente consagrado, é possível que a complexidade do processo decisório justifique, em um primeiro momento, a tomada por uma solução menos intrusiva à liberdade de conformação do legislador. Mesmo assim, não se pode postergar indeterminadamente uma prestação normativa reclamada pela constituição.

²⁶⁵ Em um dos mais famosos trabalhos de crítica à inconstitucionalidade por omissão, Carlos Ruiz Miguel argumenta que a assunção de todo o poder legislativo por parte do judiciário, na condição de “legislador positivo”, contrariaria os princípios fundamentais de uma constituição livre (cf. Crítica de la llamada inconstitucionalidad por omisión. *Revista iberoamericana de derecho procesal constitucional*, n. 2, 2004. p. 171. Disponível em http://www.iidpc.org/revistas/2/pdf/175_193.pdf. Acesso em 21/08/2011). Essa crítica não é capaz de refutar completamente a possibilidade de prestações normativas diretas, pois o poder jamais seria *totalmente* absorvido pelo judiciário, que apenas exerceria excepcionalmente competências legislativas. Além disso, o que parece passar despercebido por Carlos Ruiz, é que o controle das omissões do legislador, pelo menos tal como defendido aqui, é realizado em atendimento a outros princípios constitucionais (consagradores de direitos), também componentes de uma “constituição livre”, no dizer desse autor (o uso da expressão “constituição livre” denota a identificação da separação essencialista de poderes com a garantia da liberdade individual, nos moldes da teoria clássica da separação de poderes).

opina Dirley Jr., confiar ao judiciário o poder para combater as inconstitucionalidades com a “*nulidade judicial* da atuação estatal infratora” e com o “*suprimento judicial* da inércia transgressora”, pois a mais “perniciosa e odiosa” maneira de frustrar a força normativa das normas da constituição é a consistente no não cumprimento das imposições constitucionais, através das omissões do executivo, quando não realiza as políticas sociais que lhe competem, e do legislativo, ao não regular os preceitos constitucionais carentes de legislação, comportamentos que expõem o diploma constitucional ao descrédito²⁶⁶.

O contraste do controle das omissões com o controle dos atos comissivos leva, ainda, a uma forte argumentação a favor da aceitação de medidas judiciais mais drásticas no processo de controle. Sergio Moro empreendeu uma das mais fortes sustentações nesse sentido. Para ele, a Constituição brasileira não prevê expressamente o poder dos juízes para invalidar uma norma reputada inconstitucional; há apenas a atribuição de competência a certos entes para promover esse controle, sem maiores detalhes. A admissão praticamente incontestada da competência das cortes para invalidar as normas inconstitucionais seria incoerente com a recusa do poder de realizar certas prestações normativas “positivas”; as razões para a aceitação das duas competências seria a mesma: o combate às inconstitucionalidades. A censura à atuação como “legislador positivo” somente faria sentido se houvesse uma diferença substancial entre o controle nessas duas perspectivas, mas não há.

O julgador, no exercício do controle de constitucionalidade, invade inevitavelmente área reservada ao legislador. Assim age, entretanto, para resguardar a supremacia da Constituição. Aliás, a intensidade da interferência parece ser maior no caso de invalidação de ato legislativo inconstitucional do que no de suprimento de omissão inconstitucional. No primeiro caso, o juiz estará sobrepondo sua interpretação da Constituição à interpretação legislativa, dizendo que a lei, um ato positivo do legislador, é incompatível com a Carta Constitucional. No segundo, o juiz atua apenas supletivamente, censurando não uma ação do legislador, mas uma omissão, ou melhor, talvez apenas desenvolvendo e efetivando a Constituição, independentemente do legislador e no âmbito de suas atribuições específicas, ou seja, no julgamento de casos concretos, sem que sequer cogite de uma censura a outro poder constituído. Se em um regime democrático são problemáticas decisões judiciais que invalidem decisões legislativas, menos problemáticas são decisões judiciais que suprem vazios legislativos.²⁶⁷

Essa longa transcrição traz uma doutrina que se ajusta ao que é defendido neste trabalho. Demonstra que a interferência na liberdade de conformação do legislador chega a ser maior no controle dos atos comissivos. Realmente, a desconstituição de uma deliberação

²⁶⁶ Cf. A separação das funções estatais ante uma nova dogmática constitucional: a necessidade de uma revisão da teoria clássica da separação de poderes. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; e TAVARES, André Ramos (org.). *Estado constitucional e organização do poder*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 288-289.

²⁶⁷ Cf. Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 84-86.

do parlamento (a qual ainda conta com a sanção presidencial, no caso brasileiro), depois de ter atravessado todas as fases do processo legislativo, é uma intervenção muito grave, que passa despercebida pelo fato de todos já terem se acostumado com isso. O controle das omissões, mesmo através de soluções unilaterais, fica situado no campo de deveres constitucionais descumpridos, total ou parcialmente, pelo legislador, sempre com a possibilidade de ele vir a exercer a competência a si reservada pela constituição. É dizer: sempre se trata de um dever descumprido. No caso do controle de atos comissivos, nem sempre a legislação atacada terá sido editada em atendimento a um dever dessa natureza; nenhuma situação jurídica inconstitucional advém, necessariamente, da anulação dessas normas. Desse modo, resta claro que o controle das omissões não é tão drástico sobre a separação de poderes quanto muitos juristas (ainda) sustentam; além disso, quando esse princípio se confronta com direitos fundamentais, é de se admitir sempre a possibilidade de restar superado em um caso concreto – a referência aos casos concretos é outro detalhe captado por Moro com bastante sensibilidade.

Pelo exposto, é de se concluir que a jurisdição constitucional não pode restar impotente diante de parlamentos que insistem em não cumprir deveres de legislação relativos aos direitos constitucionalmente consagrados. Existem várias soluções para o controle jurisdicional da constitucionalidade das omissões do legislador. Todas elas podem ser manejadas pelos órgãos de controle, com o desafio de achar a solução adequada a cada caso concreto – é claro, desde que haja suporte no ordenamento jurídico. A recusa das soluções de maior intervenção na separação de poderes reflete o apego a doutrinas essencialistas deste princípio, em concepções marcadamente oitocentistas dessa matéria. Como visto, mesmo as soluções unilaterais resguardam a competência do legislativo para retomar o poder jurídico exercido excepcionalmente pelo judiciário; tais soluções se mostram, muitas vezes, as únicas capazes de fazer frente à renitente recusa de cumprimento dos deveres lançados pela consagração dos direitos fundamentais. Enfim, tomar a sério a força normativa das normas consagradoras de direitos fundamentais impõe às cortes o controle das omissões legislativas e aos juristas a recolocação do judiciário no âmbito dos poderes divididos, a fim de otimizar a realização de todos os princípios constitucionais²⁶⁸. Sem dúvida, para a questão ganhar

²⁶⁸ Nuno Piçarra aborda a problemática relativa à divisão das competências entre executivo, legislativo e judiciário. O autor citado observa que começa a ganhar terreno a idéia segundo a qual a organização ótima das funções estatais deve ser o critério norteador da divisão, ao invés de uma divisão ideal, fruto de um método abstrato-dedutivo. Assim se pronunciou o professor citado: “A falência daquela tripartição, como classificação universal e intemporalmente válida das funções estaduais, e, sobretudo, o progressivo esbatimento de fronteiras entre as diversas funções do Estado e a fluidez e relatividade dos critérios de caracterização material e de diferenciação entre elas, tem levado a doutrina a desinteressar-se progressivamente da elaboração de uma teoria

contornos mais precisos que os feitos aqui, muitos esforços terão de ser envidados e muito tempo será consumido, mas é o preço a se pagar pela realização plena das normas constitucionais.

3.3.4 O caso brasileiro do combate às omissões: o alcance possível dos instrumentos consagrados pela CF

Consciente de que produzira um diploma cuja efetividade dependeria, decisivamente, da atuação dos poderes constituídos, o constituinte brasileiro teve o cuidado de insculpir no produto de seus trabalhos alguns instrumentos para contornar a eventual inércia dos responsáveis pelo desenvolvimento normativo da Constituição. Nesse sentido, foram formulados dois instrumentos voltados para essa finalidade: o MI e a ADO. Neste último número, a intenção é apenas, com a aplicação das idéias desenvolvidas ao longo do texto, investigar os possíveis efeitos das decisões prolatadas nessas ações. Considerações relacionadas às origens desses institutos, procedimentos etc., são realizadas apenas de maneira incidental.

O MI foi previsto para ser concedido sempre que “sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (CF. art. 5º; inc. LXXI). O laconismo do constituinte deixou completamente em aberto a determinação do procedimento a ser observado na tramitação do MI e, o mais importante, os efeitos possíveis das decisões. Isso chegou a gerar algumas controvérsias sobre a aplicabilidade da norma que o instituiu, isto é, se já existiria a possibilidade de interposição e julgamento desse instrumento processual antes de sua regulamentação – discussão séria, a qual não deixava de ter um cunho irônico, pois o MI estava planejado exatamente para assegurar a imediata aplicabilidade das normas constitucionais²⁶⁹. Sobre os efeitos de suas decisões, formaram-se três correntes: (1) as

geral das funções estaduais como elemento essencial do princípio da separação dos poderes, para se fixar numa análise das funções do Estado constitucionalmente adequada, no quadro de uma constituição concreta” (Cf. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*: um contributo para o estudo de suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra, 1989. p. 264). Duas páginas antes, na mesma obra, ele afirma que o entendimento do princípio da separação de poderes como princípio de organização ótima das funções do Estado “vai no sentido de precisar a capacidade do princípio para fornecer critérios de solução quanto à exacta delimitação de competências entre os órgãos constitucionais, sobretudo em casos tão problemáticos como o direito judicial, o controlo jurisdicional da discricionariedade administrativa e dos vários tipos da chamada discricionariedade imprópria, a inconstitucionalidade por omissão e o instituto dos assentos”.

²⁶⁹ Sobre essa discussão, com vastas referências, cf. COELHO, Inocêncio Mártires. Sobre a aplicabilidade constitucional da norma que instituiu o mandado de injunção. *Revista de informação legislativa*, n. 104,

decisões seriam meramente declaratórias da inconstitucionalidade; (2) as decisões teriam efeito concreto, com efeitos *inter partes*; (3) as decisões teriam efeitos concretos, com efeitos *erga omnes*²⁷⁰. O STF entendeu pela eficácia plena da norma constitucional instituidora do MI²⁷¹, mas, em uma série de julgados, deixou assentado o entendimento segundo o qual, constatada a mora do legislador, competia à corte apenas notificar a autoridade omissa²⁷². Ficava, destarte, acertada a eleição da solução bilateral menos interventiva na liberdade de conformação do legislador. Argumentou-se que, como o art. 103, § 2º, da CF²⁷³, previa apenas a notificação do ente omissis no caso da ADO, não poderia o STF conceder uma prestação normativa direta que estaria vedada para a ADO. Essa linha jurisprudencial é criticável sob diversos aspectos, principalmente na interpretação emprestada ao art. 103, § 2º, da CF, por motivos explicados pouco mais à frente. A jurisprudência do STF, constante sobre o MI durante quase duas décadas, conheceu a sua grande reviravolta em 2007. O entendimento dado pelo tribunal nos MI's 670-ES, 708-DF, 712-PA, ao determinar a aplicação, no que coubesse, da legislação sobre greve na iniciativa privada (lei nº 7783/89) aos servidores públicos, chegou a ser interpretada como uma alteração do entendimento da corte, para passar a conceder efeitos *erga omnes* às suas decisões²⁷⁴. É de se ressaltar que, embora não seja claro se a tendência da corte será pela conferência de efeitos *erga omnes* aos seus julgados em sede de MI, a concessão de efeitos *inter partes* já ocorrera em outros momentos, alguns dos quais nos primeiros anos depois da promulgação da Constituição (já se falou do MI 283-DE²⁷⁵). Como se pode perceber, a jurisprudência já teve ocorrências das três teses surgidas sobre os efeitos possíveis das decisões em MI, e não é fácil afirmar qual será o futuro do instituto na corte, à vista das decisões recentes e das alterações na sua composição.

Considerada essa multiplicidade de interpretações, é de se indagar se há *uma*

out./dez., 1989. p. 43-58. Neste trabalho, o autor era contra o exercício do MI antes de regulamentação pelo legislador.

²⁷⁰ Cf. QUARESMA, Regina. *O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 106-107.

²⁷¹ Nesse sentido, cf. a questão de ordem no MI 107-3/DF, julgado em 1990, sob a relatoria do então ministro Moreira Alves.

²⁷² Cf., dentre outros, MI 95-RR, julgado em 1992; MI 369-DF, julgado em 1992.

²⁷³ “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (...) § 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”.

²⁷⁴ Nesse sentido, RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 302-303. O autor citado acusa a viragem na interpretação especialmente no julgamento do MI 712-PA, embora ressalte a existência de três votos vencidos neste julgado, os quais iam no sentido da concessão de efeitos *inter partes*, como fixado no MI 721-DF, o que deixa em dúvida se a orientação do STF pelos efeitos *erga omnes* será permanente.

²⁷⁵ Cf. nº 3.2.

corrente mais acertada que outra para o MI. É clara a resistência à concessão de efeitos *erga omnes* às decisões, pela conversão dos magistrados em “legisladores positivos” que isso implicaria. Entretanto, a riqueza da jurisprudência do STF, ao abranger, ainda que inconscientemente, as três teses, reside justamente na abertura às soluções contempladoras, da melhor maneira possível, das necessidades dos casos concretos. Já foi defendida, neste trabalho, a competência da jurisdição constitucional para buscar, nos limites do ordenamento jurídico, a solução mais adequada a fazer frente às omissões do legislador. Nesse sentido, como o MI foi consagrado de modo a deixar em aberto os efeitos de suas decisões, a busca pela decisão que traga maior efetividade no combate à omissão legislativa é justificada pela aplicação direta dos direitos fundamentais a que visa proteger, bem como pelo princípio hermenêutico da máxima efetividade das normas constitucionais. No exame do caso concreto, caberá à corte promover a análise de todos os princípios jurídicos em jogo, a fim de eleger a solução mais apta a debelar a situação jurídica inconstitucional decorrente da omissão legislativa, seja a solução bilateral, seja unilateral, com efeitos *inter partes* ou *erga omnes*²⁷⁶.

Sobre a ADO, o laconismo do texto constitucional trouxe ainda mais limitações que a respeito do MI. O art. 103, § 2º, da CF, é o único a dizer algo sobre a ação, razão pela qual chegou a se discutir se havia realmente uma ação específica para a declaração de uma omissão, ou se isso aconteceria no âmbito de uma ADI. Todavia, essa questão foi facilmente resolvida no sentido de se emprestar autonomia à ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão. Segundo esse preceito, uma vez declarada a inconstitucionalidade por omissão de “medida para tornar efetiva norma constitucional”, será dada ciência ao ente competente para implementá-la; caso se trate de órgão administrativo, será dado um prazo de trinta dias para fazê-lo. A interpretação do STF se firmou na impossibilidade de determinar alguma medida, para o legislador, que não seja a mera notificação da inconstitucionalidade, pois não há outra solução expressamente prevista pela Constituição. Mesmo no caso da ADI 3682, julgada em 2007, quando o STF estipulou, pela primeira vez, um prazo para o legislador cumprir uma imposição constitucional, essa medida não teve maiores conseqüências, pois a própria corte fez questão de indicar o caráter meramente sugestivo do prazo assinalado, em atenção ao princípio da separação de poderes. Deste modo, a jurisprudência sobre a ADO

²⁷⁶ Em algumas hipóteses, a concessão de efeitos *erga omnes* pode ser praticamente inevitável. Imagine-se um caso como o do aviso prévio proporcional, o qual o STF estava prestes a julgar quando foi editada a legislação regulamentadora. Se a corte decidisse pelo estabelecimento de uma proporção para um caso, seria inevitável que ela fosse aplicável a todos os outros, pois não faria sentido estabelecer uma proporção para cada MI chegado ao STF (e o número de feitos se elevaria exponencialmente). A propósito, não será demais lembrar que a abertura a várias decisões distintas é uma das principais deficiências de qualquer sistema de controle difuso da constitucionalidade, por gerar maiores níveis de incerteza jurídica.

sempre foi marcada pela limitação à notificação do legislador omissor, com uma profunda marca de ineficácia, já que é comum o desleixo do legislador brasileiro no cumprimento das notificações enviadas pelo STF. Inquestionavelmente, essa realidade impõe uma grande perda do crédito de uma corte constitucional que se ocupa de uma matéria, em um procedimento complexo e demorado²⁷⁷, para, ao fim e ao cabo, dar um provimento jurisdicional muitas vezes desnecessário, pois é nítido o descumprimento do dever de legislar, e sem qualquer efetividade, pois o legislador o descumpre de maneira sistemática. Tais razões já levaram certo setor da doutrina à sugestão da revogação do instituto²⁷⁸. Sob todos os aspectos, é lamentável manter no ordenamento jurídico brasileiro um instrumento de controle da omissão legislativa cujo efeito tem se mostrado praticamente nulo. Contudo, desistir, sem muito mais, da ADO em virtude da sua pouca efetividade é abrir mão de explorar outras interpretações que a levem mais além no combate às inconstitucionalidades, é dizer, que possibilitem a utilização de outras soluções para o problema, além da notificação ao ente omissor.

Vanice Regina Lírio do Valle tece uma das melhores críticas a essa interpretação literal do STF. Para ela, a construção jurisprudencial foi formulada com pouco tempo de vigência da Constituição, motivo por que a posição esposada pela corte apresenta uma fragilidade, devida à pouca vivência “de controle abstrato de constitucionalidade em um ambiente mais ambicioso de carta valorativa e, portanto, do seu caráter inegavelmente mais ambicioso no que toca à atividade de desvelamento do real conteúdo constitucional”. Ainda prevaleceria uma mentalidade de aplicação do direito infraconstitucional, de acordo com a qual a conclusão a ser extraída na interpretação do dispositivo fosse a de que todas as outras providências estariam desautorizadas pelas normas constitucionais. Mas, adverte, não se pode pretender que o texto constitucional opere sob a premissa de que o legislador, informado pelo judiciário da existência de uma situação jurídica constitucionalmente reprovável, imputável ao seu comportamento, “mantenha-se na mesma linha de comportamento descumprindo a pauta de ação” firmada pela Constituição. Como é possível a busca criativa de uma solução, ou pelo menos a oferta de parâmetros constitucionais para a concretização de um caminho de solução, seria possível a investigação de outras saídas para o problema das omissões do legislador.

²⁷⁷ Em 2009, a ADO foi regulamentada pela lei nº 12063, ato legislativo que ganhou um extenso ensaio até na doutrina estrangeira (cf. SEGADO, Francisco Fernández. El nuevo régimen jurídico de la *acción de inconstitucionalidad por omisión*: la ley brasileña nº 12.063, de 27 de octubre de 2009. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, n. 14, 2010, p. 119-182). Vale registrar a ausência de novidades sobre os efeitos das decisões em ADO nesse diploma.

, embora não tenha trazido novidade alguma em relação aos efeitos da ação.

²⁷⁸ Cf. BASTOS, Elísio Augusto Velloso. *A garantia jurisdicional da Constituição brasileira: Análise e propostas para o seu aprimoramento*. São Paulo: Método, 2009. nº 4.3.1.

Em outros termos, entre a mera admoestação – ainda hoje, preconizada pelo Supremo como única resposta possível – e a prática jurisdicional qualificada como substitutiva da ação legislativa, há toda uma escala de alternativas intermediárias, onde se pode encontrar a solução de equilíbrio condutora a uma efetividade constitucional sem preferências, comprometida com o equilíbrio e harmonia entre os poderes, mas também com os direitos fundamentais.²⁷⁹

A citação transcrita se adéqua com exatidão à doutrina perfilhada aqui. Mais uma vez, a doutrina essencialista da separação de poderes influenciou uma interpretação excessivamente modesta de um instrumento de combate à omissão do legislador. O controle abstrato das omissões é muito importante para a transformação das situações jurídicas inconstitucionais, com características muito interessantes que podem complementar as do controle difuso. A uniformidade das soluções manifestadas em sede de controle abstrato garante um grau de segurança inatingível no âmbito do controle difuso. Além disso, poderiam ser evitadas inúmeras ações de controle da constitucionalidade por omissão, caso houvesse uma resposta jurisdicional com os efeitos típicos do controle abstrato. Nesse sentido, uma reinterpretção da ADO pode auxiliar no debelamento de inúmeras omissões legislativas em matéria jusfundamental, cuja persistência desbasta a força normativa das normas constitucionais. Esta medida ainda seria útil por permitir uma concatenação entre os avanços da interpretação do STF acerca do MI, que poderia assumir um papel predominante no controle difuso, com a ADO como instrumento líder do controle abstrato²⁸⁰.

Como visto, é possível, mesmo sem emendas constitucionais²⁸¹, justificar a concessão de efeitos variados às decisões exaradas no âmbito dos instrumentos de controle das omissões do legislador. É de se esperar que o STF continue a evoluir a sua jurisprudência nesse sentido após a passagem de duas décadas de uma jurisprudência sem força para coibir as inconstitucionalidades resultantes desses comportamentos omissivos, com a pendência de grande parte do desenvolvimento normativo necessário para a realização ideal dos direitos constitucionais.

²⁷⁹ Cf. *Sindicar a omissão legislativa: real desafio à harmonia entre os poderes*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 261-266. Ela ainda rechaça o argumento *a contrario*, segundo o qual, por haver previsto uma solução mais forte contra a liberdade da administração pública, ao estatuir um prazo, a Constituição tenha proibido a adoção de outras medidas contra a liberdade de conformação do legislador. O argumento seria fraco por não atentar para a possibilidade de o constituinte não indicar uma medida especial para o combate à omissão do legislador em razão da especificidade dos trabalhos legislativos, peculiaridade que demandaria uma análise do caso concreto para se determinar a solução mais adequada.

²⁸⁰ Acerca dos direitos fundamentais, é importante a defesa da possibilidade de concessão de efeitos *erga omnes* às decisões em MI, porque a ADO tem um rol de legitimados muito restrito, o que limita o manejo do “remédio” jurisdicional aos cidadãos.

²⁸¹ André Puccinelli Júnior propõe exatamente a feitura de uma emenda constitucional ao art. 103, § 2º, da CF, para se conferir poder ao STF de fixar o prazo para o legislador cumprir o dever de legislar. Caso o prazo transcorra sem a manifestação devida, o STF poderia dar a prestação normativa direta, sem prejuízo da competência legislativa na matéria (cf. *A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do estado legislador*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 266-267).

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. On the structure of legal principles. *Ratio juris*, v. 13, n. 3, set., 2000. p. 294-304.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVIM, Decio Ferraz. *Concepção institucional do direito*. São Paulo: Livraria Liberdade, 1934.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2007.

ARRUDA, Samuel Miranda. *O direito fundamental à razoável duração do processo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista diálogo jurídico*, v. 1, n. 4, 2001. p. 1-36. Disponível em http://www.direitopublico.com.br/pdf_4/DIALOGO-JURIDICO-04-JULHO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf. Acesso em 04/04/2012.

BARBALHO, João. *Constituição federal brasileira*. Rio de Janeiro: Companhia Lytho-Tipographia, 1902 (Edição fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2002).

BARBOSA, Ruy. *Commentarios á Constituição Federal*. Colligidos e ordenados por Homero Pires. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1933.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BASTOS, Elísio Augusto Velloso. *A garantia jurisdicional da Constituição brasileira: Análise e propostas para o seu aprimoramento*. São Paulo: Método, 2009.

BAZÁN, Víctor. Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales: una visión de derecho comparado. In: CARBONELL, Miguel (coord.) *En busca de las normas ausentes: ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*. México: México, 2003. p. 91-286. Disponível em <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=544>. Acesso em 21/08/2011.

_____. En torno al control sobre las inconstitucionalidades e inconveniencias normativas. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Montevideo: Konrad Adenauer, 2010. p. 151-177. Disponível em <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2010/pr/pr12.pdf>. Acesso em 21/08/2011.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Sobre el carácter de las normas de competencia*. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito – Universidade Pompeu Fabra. Barcelona, 1997. Disponível em <http://www.tdx.cat/handle/10803/7312;jsessionid=F19CE4A55A5F6BE6ADCB90D5F>

[40D7989.tdx1#documents](#). Acesso em 21/08/2011.

BENTHAM, Jeremy. *Of laws in general*. Editado por H. L. A. Hart. London: Athlone, 1970.

BERNARDES, Juliano Taveira. Novas perspectivas do controle da omissão inconstitucional no direito brasileiro. In: TAVARES, André Ramos; FERREIRA, Olavo A. V. Alves; LENZA, Pedro (coord.) *Constituição federal – 15 anos: mutação e evolução – comentários e perspectivas*. São Paulo: Método, 2003. p. 225-282.

BITENCOURT NETO, Eurico. *Mandado de injunção na tutela de direitos sociais*. Salvador: Juspodivm, 2010.

BOGNETTI, Giovanni. *La divisione dei poteri: saggio di diritto comparato*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BULYGIN, Eugenio. On norms of competence. *Law and philosophy*, vol. 11, n. 3, 1992. p. 201-216.

CALSAMIGLIA, Albert. Geografía de las normas de competencia. *Doxa*, n. 15-16, v. 2, 1994. p. 747-768. Disponível em http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/01361620824573839199024/cuaderno15/volIII/doxa15_14.pdf. Acesso em 21/08/2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra. 1982.

_____. Tomemos a sério o silêncio dos poderes públicos – O direito à emanção de normas jurídicas e a proteção judicial contra as omissões normativas. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.) *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 351-367.

_____. Omissões normativas e deveres de proteção. In: DIAS, Jorge de Figueiredo *et al.* (org.) *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*. v. 2. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 111-124.

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina. 2003.

_____. Constituição e défice procedimental. In: _____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 69-84.

CARA, Juan Carlos Gavara de. La vinculación positiva de los poderes públicos a los derechos fundamentales. *Teoría y realidad constitucional*, n. 20, 2007. p. 277-320.

CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 4. ed. Reimp. Buenos Aires:

Abeledo-Perrot, 1998.

CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. *Constituição federal brasileira*. Rio de Janeiro: Companhia Lytho-Typografia, 1902. (Edição fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2002).

CHOMSKY, Noam. *Language and mind*. 3. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

CLAUS, Laurence. Montesquieu`s mistakes and the true meaning of separation. *Oxford journal of legal studies*, vol. 25, n. 3, 2005. p. 419-451.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____; SARLET, Ingo Sarlet; STRECK, Lenio Luis. *Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)*. Disponível em www.mp.rs.gov.br/areas/atuacaomp/anexos_noticias/cnjmp.doc. Acesso em 14/01/2012.

COELHO, Inocêncio Mártires. Sobre a aplicabilidade constitucional da norma que instituiu o mandado de injunção. *Revista de informação legislativa*, n. 104, out./dez., 1989. p. 43-58.

COOPER, Jeremy. What is legal competence? *The modern law review*, v. 54, t. 1, jan., 1991. p. 112-121.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *O controle judicial das omissões do poder público*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. A separação das funções estatais ante uma nova dogmática constitucional: a necessidade de uma revisão da teoria clássica da separação de poderes. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; e TAVARES, André Ramos (org.) *Estado constitucional e organização do poder*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 265-290.

DIAS, Gabriel Nogueira. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito: na obra de Hans Kelsen*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIEZ-PICAZO, Luis María. Concepto de ley y tipos de leyes: ¿Existe una noción unitaria de ley en la Constitución española? *Revista española de derecho constitucional*, n. 24, set./dez., 1988. p. 47-93.

DIMOULIS, Dimitri; e MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. Definição e características dos direitos fundamentais. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.) *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 118-136.

DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. *Direito constitucional: instituições de direito público*. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

FALLON JR., Richard. The core of an uneasy case for judicial review. *Harvard law review*, v. 121, n. 7, mai., 2008. p. 1694-1736. Disponível em http://www.harvardlawreview.org/media/pdf/fallon_judicialreview.pdf. Acesso em 12/03/2012.

FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Inconstitucionalidade por omissão: uma proposta para a constituinte. *Revista de informação legislativa*, n. 89, jan./mar., 1986. p. 49-62.

_____. Proteção jurisdicional da omissão inconstitucional dos poderes locais. *Revista Mestrado em Direito*, n. 5, 2005. p. 157-210. Disponível em <http://132.248.9.1:8991/hevila/Revistamestradoemdireito/2005/vol5/no5/11.pdf>. Acesso em 21/08/2011.

FERREIRA, Daniel Brantes. Wesley Newcomb Hohfeld e os conceitos fundamentais do direito. *Direito, sociedade e estado*, n. 31, jul./dez., 2007. p. 33-57. Disponível em http://direitostadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Ferreira_n31.pdf. Acesso em 21/08/2011.

FREIRE, Antonio Manuel Peña. Sobre las normas de competencia: algunas observaciones a las tesis de Jordi Ferrer. *Anuario de filosofía del derecho*, t. 18, 2001. p. 399-412.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. 3. ed. 3. reimp. Madrid: Civitas, 1994.

GARÍN, Andrea Lucas. Nuevas dimensiones del principio de división de poderes en un mundo globalizado. *Estudios constitucionales*, n. 2, 2009. p. 241-253. Disponível em http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_ano7-2-2009/estudios8.pdf. Acesso em 21/08/2011.

GOMES, Felipe Lima. *Dois estudos sobre a lei complementar no direito brasileiro*. Fortaleza: Felipe Lima Gomes, 2012. Disponível em www.bibliografiadedireito.blogspot.com.

GUASTINI, Ricardo. En torno a las normas de producción jurídica. *Boletín mexicano de derecho comparado*, n. 89, mai./ago., 1997. p. 547-557. Disponível em <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/89/art/art9.htm>. Acesso em

21/08/2011.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Conceito do efeito jurídico. *Nomos*, v. 23, jan./dez., 2004. p. 191-194.

_____. A proporcionalidade em sentido estrito e a “Fórmula do Peso” de Robert Alexy: significância e algumas implicações. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*, Porto Alegre, v. 31, n. 65, jan./jun., 2007. p. 25-41.

_____. Derivative norms, principles and optimization: some remarks on Alexy’s theory of constitutional rights. In: _____. *A teoria das normas jusfundamentais: a contribuição de Robert Alexy*. Manuscrito, 2007. p. 65-147.

GUERREIRO, Manuel Medina. *La vinculación negativa del legislativo a los derechos fundamentales*. Madrid: McGraw-Hill, 1996.

HAGE, Jorge. *Omissão inconstitucional e direito subjetivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

HALPIN, Andrew. The concept of legal power. *Oxford journal of legal studies*, vol. 16, n. 1, 1996. p. 131-140.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The federalist*. In: *Great books of the western world*. v. 43. Chicago/Toronto/Londres: Willian Benton, 1952. p. 29-259.

HARRIS, James W. Kelsen’s pallid normativity. *Ratio juris*, v. 9, n. 1, mar., 1996. p. 94-117.

HART, Herbert Lionel Adolphus. Bentham on legal powers. *Yale law journal*, vol. 81, n. 5, abr., 1972. p. 799-822 (trabalho republicado, com pequenas alterações: Legal powers. In: _____. *Essays on Bentham: studies in jurisprudence and political theory*. p. 194-219).

_____. *The concept of law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1994 (Há a seguinte edição brasileira: *O conceito de direito*. Tradução de Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009).

HEIDEMANN, Carsten. The creation of normative facts. *Law and philosophy*, vol. 19, 2000. p. 263-281.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

_____. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

HOHFELD, Wesley Newcomb. Some fundamental legal concepts as applied in judicial

reasoning. *The Yale law journal*, vol. 23, n. 1, nov., 1913. p. 16-59 (há a seguinte tradução para a língua portuguesa, com pequenas alterações em relação ao artigo citado: Primeira parte. In: _____. *Os conceitos jurídicos fundamentais aplicados na argumentação judicial*. Tradução de Margarida Lima Rego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008. p. 1-85).

HORTA, Raul Machado. Repartição de competências e autonomia do estado-membro. In: _____. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 363-376.

HUERTA, Carla. La discusión sobre el carácter deóntico de las normas de competencia: obligación o permiso. *Problema – Anuario de filosofía y teoría del derecho*, vol. 4 (2010), 2011. p. 243-275. Disponível em <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/filotder/cont/4/pr/pr11.pdf>. Acesso em 21/08/2011.

_____. Una reflexión metodológica sobre la naturaleza y función de las normas de competencia. *Boletín mexicano de derecho comparado*, n. 131, mai./ago., 2011. p. 599-624. Disponível em <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/131/art/art4.pdf>. Acesso em 21/08/2011.

JARDIM, Tarciso del Maso. *Brasil condenado a legislar pela Corte Interamericana de Direitos Humanos*: da obrigação de tipificar o crime de desaparecimento forçado de pessoas. Disponível em http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/TD83-TarcisoDalMaso.pdf. Acesso em 19/01/2012.

KELSEN, Hans. *Teoría general del estado*. Tradução de Luis Legaz Lacambra. Barcelona: Labor, 1934.

_____. *La teoría pura del derecho*: introducción a la problemática científica del derecho. 2. ed. Tradução de Jorge G. Tejerina. Buenos Aires: Losada, 1946.

_____. *General theory of law and state*. 3. tir. Tradução de Anders Wedberg. Cambridge/Massachusetts: Harvard University Press, 1949.

_____. *Teoría pura del derecho*: introducción a la ciencia del derecho. Tradução de Moisés Nilve. Buenos Aires: Eudeba, 1960.

_____. Derogation. In: NEWMAN, Ralph A. (ed.) *Essays in jurisprudence in honor of Roscoe Pound*. Indianápolis/Nova York: Bobbs-Merrill, 1962. p. 339-355.

_____. Professor Stone and the pure theory of law. *Stanford law review*, v. 16, n. 6, jul., 1965. p. 1128-1157.

_____. *Teoria pura do direito*. 3. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1974.

_____. On the basis of legal validity. Tradução de Stanley L. Paulson. *The American*

journal of jurisprudence, v. 26, 1981. p. 178-189.

_____. *Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris Editor, 1986.

_____. *Problemas capitales de la teoría jurídica del estado: desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica*. Tradução de Wenceslao Roces. Ciudad de México: Porrúa, 1987.

_____. *Reine Rechtslehre*. 2. ed. reimpr. Wien: Österreichische Staatsdruckerei, 1992.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 5. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. *O STF na crise institucional brasileira (estudos de casos: abordagem interdisciplinar de sociologia constitucional)*. São Paulo: Malheiros, 2009.

LIMA, Martonio Mont`Alverne Barreto. Jurisdição constitucional: um problema da teoria da democracia política. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de *et al.* *Teoria da constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 199-261.

LOEWENSTEIN, Karl. *Political power and the governmental process*. 2. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 1965.

LOPES, Ana Maria D`Ávila. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Fabris Editor, 2001.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. Las generaciones de los derechos humanos. *Revista del centro de estudios constitucionales*, n. 10, set./dez., 1991. p. 203-217.

MACCORMICK, Neil. Powers and power-conferring rules. In: _____. *H. L. A. Hart*. 2. ed. Stanford: Stanford University Press, 2008. p. 94-112.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional de convencionalidade das leis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MELLO, José Luiz de Anhaia. *Da separação de poderes à guarda da constituição: as côrtes constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. O apelo ao legislador – *Appellentscheidung* – na prática da corte constitucional federal alemã. *Revista de informação legislativa*, n. 114, abr./jun., 1992. p. 473-502.

_____. O controle da omissão inconstitucional. In: SCHÄFER, Jairo (org.) *Temas polémicos do constitucionalismo contemporâneo*. Florianópolis: Conceito, 2007. p. 137-206.

_____. *Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADO, ADC: comentários à Lei n. 9868/99*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENÉNDEZ, Ignacio Villaverde. La inconstitucionalidad por omisión de los silencios legislativos. *Anuario de derecho constitucional y parlamentario*, n. 8, 1996. p. 117-152.

_____. *La inconstitucionalidad por omisión*. Madrid: McGraw-Hill, 1997.

_____. La intangibilidad competencial de los derechos fundamentales: forma de estado y derechos fundamentales. *Teoría y realidad constitucional*, n. 20, 2007. p. 321-357.

_____. *La inconstitucionalidad por omisión. Um nuevo reto para la justicia constitucional*. In: CARBONELL, Miguel (coord.) *En busca de las normas ausentes: ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*. México: México, 2003. p. 65-89. Disponível em <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=544>. Acesso em 21/08/2011.

MERKL, Adolf. Prolegómenos a una teoría de la estructura jurídica escalonada del ordenamiento (II). Tradução de Juan Fuentes Osorio e Miguel Azpitarte Sánchez. *Revista de derecho constitucional europeo*, n. 3, 2005. p. 301-326.

MIGUEL, Carlos Ruiz. Crítica de la llamada inconstitucionalidad por omisión. *Revista iberoamericana de derecho procesal constitucional*, n. 2, 2004. p. 159-176. Disponível em http://www.iidpc.org/revistas/2/pdf/175_193.pdf. Acesso em 21/08/2011.

MIRANDA, Jorge. *Textos históricos do direito constitucional*. Lisboa: Imprensa Nacional/Casa da Moeda, 1980.

_____. *Manual de direito constitucional*. t. 2. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1991.

_____. La fiscalización de la inconstitucionalidad por omisión en el ordenamiento constitucional portugués. In: _____. *Derechos fundamentales y derecho electoral*. Tradução de Joaquín González Casanova. México D. F.: UNAM, 2005. p. 15-37.

_____. A fiscalização da inconstitucionalidade por omissão no ordenamento constitucional português. In: BAZÁN, Víctor (coord.) *Inconstitucionalidad por omisión*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1997. p. 153-171.

MORAES, Carlos Blanco de. *As leis reforçadas: as leis reforçadas pelo procedimento no âmbito dos critérios estruturantes das relações entre actos legislativos*. Coimbra: Coimbra, 1998.

MORO, Sergio Fernando. *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas*

constitucionais. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MORTATI, Constantino. Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionale contro comportamenti omissivi del legislatore. In: _____. *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di scritti*. v. 3. Milano: Giuffrè, 1972. p. 925-993.

NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988.

NOVAIS, Jorge Reis. Direitos como trunfos contra a maioria: sentido e alcance da vocação contramajoritária dos direitos fundamentais no estado de direito democrático. In: CLÈVE, Clemerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIANNI, Alexandre Coutinho (coord.) *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 79-113.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa de. *Vida e morte da constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PARRA, Diego Andrés. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas: perspectivas del problema. *Foro. Revista de derecho*, n. 4, 2005. p. 59-97. Disponível em <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1774/1/RF-04-TC-Parra.pdf>. Acesso em 21/08/2011.

PAULSON, Stanley L. An empowerment theory of legal norms. *Ratio juris*, vol. 1, n. 1, 1988. p. 58-72.

_____. The weak reading of authority in Hans Kelsen's pure theory of law. *Law and philosophy*, vol. 19, 2000. p. 131-171.

_____. Hans Kelsen's doctrine of imputation. *Ratio juris*, vol. 14, n. 1, 2001. p. 47-63.

_____. Some issues in the exchange between Hans Kelsen and Erich Kaufmann. *Scandinavian studies in law*, v. 48, 2005. p. 269-290.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo de suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra, 1989.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. *A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do estado legislador*. São Paulo: Saraiva, 2007.

PUENTE, Marcos Gómez. *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*. Madrid: McGraw-Hill, 1997.

PULIDO, Carlos Bernal. Las normas de competencia en la teoría pura del derecho de Kelsen. In: BORDA, Luis Villar (org.) *Hans Kelsen: 1881-1973*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. p. 89-123.

QUADROS, Fausto de. Omissões legislativas sobre direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (org.) *Nos dez anos da Constituição*. Lousã: Casa da Moeda/Imprensa Nacional, 1987. p. 57-66.

QUARESMA, Regina. *O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra, 2006.

_____. *Direitos fundamentais: teoria geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAZ, Joseph. Voluntary obligations and normative powers. *Proceedings of the aristotelian society (supplementary volumes)*. vol. 46, 1972. p. 79-102.

REALE, Miguel. *Os direitos da personalidade*. Disponível em <http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>. Acesso em 03/04/2012.

RIBES, Didier. Existe-t-il un droit à la norme? Contrôle de constitutionnalité et omission législative. *Revue belge de droit constitutionnel*, n. 3, 1999. p. 237-274.

RODRÍGUEZ, José Júlio Fernández. La jurisprudencia del tribunal constitucional español relativa a la inconstitucionalidad por omisión. In: BAZÁN, Víctor (coord.) *Inconstitucionalidad por omisión*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1997. p. 123-151.

_____. *La inconstitucionalidad por omisión: teoría general, derecho comparado, el caso español*. Madrid: Civitas, 1998.

_____. Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión. In: CARBONELL, Miguel (coord.) *En busca de las normas ausentes: ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*. México: México, 2003. p. 17-64. Disponível em <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=544>. Acesso em 21/08/2011.

ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

_____. *O ordenamento jurídico*. Tradução de Arnaldo Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2008.

ROSS, Alf. Delegation of power. Meaning and validity of the maxim *delegata potestas non potest delegari*. *The American journal of comparative law*, vol. 7, n. 1, 1958. p. 1-22.

_____. On the concepts “state” and “state organs” in constitutional law. *Scandinavian studies in law*, v. 5, 1961. p. 111-129.

_____. *Directives and norms*. London/New York: Routledge & Kegan Paul, 1968.

_____. On self-reference and a puzzle in constitutional law. *Mind*, v. 78, n. 309, jan., 1969. p. 1-24.

_____. Auge y decadencia de las expresiones realizativas. Tradução de Raúl Nocedal. *Boletín mexicano de derecho comparado*. n. 21, set./dez., 1974. p. 169-199. Disponível em <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/21/est/est11.pdf>. Acesso em 21/08/2011.

_____. *Sobre el derecho y la justicia*. 4. ed. Tradução de Genaro Carrió. Buenos Ayres: Eudeba, 1977.

_____. Validity and the conflict between positivism and natural law. In: PAULSON, Stanley L.; e PAULSON, Bonnie Litschewski (ed.) *Normativity and norms: critical perspectives on kelsenian themes*. Oxford: Oxford University Press, 1998. p. 147-163.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito: a perda da competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Omissão inconstitucional e troca de sujeito. In: TAVARES, André Ramos (coord.) *Justiça constitucional: pressupostos teóricos e análises concretas*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 301-317.

_____. A dialética da democracia: entre legisladores e jurisdição constitucional. In: CLÈVE, Clemerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIANNI, Alexandre Coutinho (coord.) *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 429-440.

_____. O mandado de injunção finalmente terá sua lei. *Observatório da jurisdição constitucional*, a. 3, 2009/2010. Disponível em <http://ojs.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/370/253>. Acesso em 21/08/2011.

RUIZ, María Ángeles Ahumada. El control de la constitucionalidad de las omisiones legislativas. *Revista del centro de estudios constitucionales*, n. 8, jan./abr., 1991. p. 169-194.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. La acción de inconstitucionalidad por omisión en la constitución de la provincia de Río Negro. In: BAZÁN, Víctor (coord.) *Inconstitucionalidad por omisión*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1997. p. 109-122.

_____. Reflexiones sobre la imprevisión constitucional. *Estudios constitucionales*, n. 1, 2003. p. 487-499. Disponível em http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_ano1/revista_ano1_19.pdf. Acesso em 21/08/2011.

_____. Problemas constitucionales en la solución de la inconstitucionalidad por omisión. *Cuadernos constitucionales de la cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n. 58-59, 2007. p. 253-264. http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_ano1/revista_ano1_19.pdf. Acesso em 21/08/2011.

_____. Novedades sobre inconstitucionalidad por omisión: la corte constitucional de

Equador como legislador suplente y precario. *Estudios constitucionales*, n. 2, 2009. p. 71-79. Disponível em http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_ano7-2-2009/estudios2.pdf. Acesso em 21/08/2011.

SALDANHA, Nelson. *Formação da teoria constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, n. 10, 2006. p. 303-354.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2008.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.) *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 251-314.

SCHMILL, Ulises. The dynamic order of norms, empowerment and related concepts. *Law and philosophy*, vol. 19, 2000. p. 283-310.

_____. El modelo del mandato, el orden jurídico y las normas de competencia. *Doxa*, vol. 25, 2002. p. 371-411. Disponível em http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23584061091481851665679/doxa25_12.pdf. Acesso em 21/08/11.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Tradução de Francisco Ayala. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1934.

SCHNEIDER, Hans-Peter. Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático. Tradução de Joaquín Abellán. *Revista de estudios políticos*, n. 7, jan./fev., 1979. p. 7-35.

_____. Jurisdicción constitucional y separación de poderes. Tradução de Joaquín Abellán. *Revista española de derecho constitucional*, n. 5, mai./ago., 1982. p. 35-61.

SEGADO, Francisco Fernández. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas. *Estudios constitucionales*, n. 2, 2009. p. 13-69. Disponível em http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_ano7-2-2009/estudios_el_control.pdf. Acesso em 21/08/2011.

_____. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas por el Bundesverfassungsgericht. *Revista de derecho (Universidad Católica del Uruguay)*, n. 4, 2009. p. 137-186.

_____. El nuevo régimen jurídico de la *ação de inconstitucionalidade por omissão*: la ley brasileña nº 12.063, de 27 de octubre de 2009. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, n. 14, 2010. p. 119-182.

SHAPIRO, Robert A. The legislative injunction: a remedy for unconstitutional

legislative inaction. *Yale law journal*, n. 99, 1989/1990. p. 231-250.

SILVA, Jorge Pereira da. *Dever de legislar e protecção jurisdiccional contra omissões legislativas: contributo para uma teoria da inconstitucionalidade por omissão*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Rafael Silveira e; ARAÚJO, Suely Mara Vaz Guimarães de. *Apropriação da agenda do legislativo: como aferir esse fenômeno?* Disponível em http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/NOVOS%20TEXTOS/Texto%2076%20-%20Rafael%20Silva%20e%20Suely%20Araujo.pdf. Acesso em 19/01/2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras – mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista latino-americana de estudos constitucionais*, n. 1, 2003. p. 607-630.

_____. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Teoría de los principios, competencia para la ponderación y separación de poderes. Tradução de Virgílio Afonso da Silva e Pablo Gasparini. In: SIECKMANN, Jan-R. (ed.) *La teoría principialista de los derechos fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 243-259.

SILVESTRE, Gaetano. *La separazione dei poteri*. v. 1. Milano: Giuffrè, 1979.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. O direito constitucional e as lacunas da lei. *Revista de informação legislativa*, n. 133, jan./mar., 1997. p. 5-16.

SOUZA JÚNIOR, César Saldanha. *O tribunal constitucional como poder: uma nova teoria da divisão dos poderes*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

SPAACK, Torben. *The concept of legal competence: an essay in conceptual analysis*. Tradução de Robert Carrol. Brookfield: Dartmouth, 1994.

_____. Norms that confer competence. *Ratio juris*, vol. 16, n. 1, 2003. p. 89-104.

_____. Explicating the concept of legal competence. In: HAGE, Jaap C.; e VON DER PFORDTEN, Dietmar (ed.) *Concepts in law*. Springer: Springer, 2009. p. 67-80.

_____. *The concept of legal competence*. Disponível em http://ivr-enc.info/index.php?title=The_Concept_of_Legal_Competence. Acesso em 21/08/2011.

STERN, Klaus. *Jurisdicción constitucional y legislador*. Tradução de Alberto de los

Reyes. Madrid: Dykinson, 2009.

STOPPINO, Mario. Poder. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. v. 2. 4. ed. Vários tradutores. Brasília: Edunb, 1992. p. 933-943.

STRECK, Lenio Luis. *O dever de proteção do estado (schutzpflicht): o lado esquecido dos direitos fundamentais ou “qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes”?* Disponível em <http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/08/Vers%C3%A3o-final-da-Untermassverbot-08-07-art-33-1.pdf>. Acesso em 22/06/2012.

TAVARES, André Ramos. A superação da doutrina tripartite dos poderes do estado: a função de controle como essencial. In: BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos. *As tendências do direito público no limiar de um novo milênio*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 60-68.

_____. Aspectos atuais do controle abstrato da omissão inconstitucional. In: TAVARES, André Ramos; FERREIRA, Olavo A. V. Alves; LENZA, Pedro (coord.) *Constituição federal – 15 anos: mutação e evolução – comentários e perspectivas*. São Paulo: Método, 2003. p. 283-311.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TROCKER, Nicolò. Le omissione del legislatore e la tutela giurisdizionale dei diritti di libertà: studio comparativo sul diritto tedesco. *Archivio giuridico*, 1970. p. 88-131.

TUSSEAU, Guillaume. *Les normes d’habilitation*. Paris: Dalloz, 2006.

_____. Jeremy Bentham on power-conferring laws. *Revue d`etudes benthamiennes*, n. 3, 2007. p. 48-77. Disponível em <http://spire.sciences-po.fr/hdl:/2441/3cr7jj61bs68cvg99gksjatb6/resources/article-gtusseau.pdf>. Acesso em 21/08/2011.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Sindicar a omissão legislativa: real desafio à harmonia entre os poderes*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de. *Teoria geral do controlo jurídico do poder público*. Lisboa: Cosmos, 1996.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, n. 115, v. 3, abr., 2006. p. 1346-1406. Disponível em www.law.harvard.edu/news/spotlight/links/waldron.pdf. Acesso em 21/08/2011.

WESSEL, Franz Karl Michael. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht zur Verfassungsbeschwerde. *Deutsches Verwaltungsblatt*, a. 67, t. 6, mar., 1952. p. 161-164 (Reimpressão: Schmidt Periodicals, D-8201 Bad Feilnbach 2: West Germany, 1986).