**A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**E O STF COMO “LEGISLADOR POSITIVO”**

RESUMO: O artigo versa sobre a necessária atuação normativa do STF, para a tutela da eficácia e da efetividade dos direitos fundamentais no enfrentamento da omissão inconstitucional. Principia pela contextualização do tema, apontando a primazia da tutela dos direitos fundamentais para a Justiça Constitucional e a omissão inconstitucional, mais especificamente a legislativa, como grande óbice à sua eficácia e efetividade. Aborda, então, a necessidade de superação da clássica fórmula Kelseniana do “legislador negativo”, apresenta argumentos de legitimação da atuação normativa do Tribunal Constitucional e a sua efetivação por meio de técnicas “atípicas” de decisão e de ações constitucionais específicas, estabelecendo distinção entre as funções normativa em sentido amplo e de cunho legislativo em sentido estrito. Finaliza por analisar os pressupostos, as características e os limites da atuação do STF como “legislador positivo”.

PALAVRAS-CHAVE: omissão inconstitucional ; STF; legislador positivo.

ABSTRACT: The article is about the necessary normative role of the STF, regarding the tutelage of the efficacy and effectiveness of the fundamental rights in confronting the unconstitutional omission. It starts by contextualizing the theme, pointing out the primacy of the tutelage of the fundamental rights for Constitutional Justice, and the unconstitutional omission, more specifically, the legislative omission, as a major obstacle to its efficacy and effectiveness. Thus, it deals with the need to overcome the classic Kelsenian formula of the “negative legislator”, presenting arguments for legitimating the normative role of the Constitutional Court and its effectiveness using “atypical” decision techniques and specific constitutional acts, establishing a distinction between the normative functions, in a broad sense, and the legislative nature, in a strict sense. It concludes by analyzing the assumptions, the characteristics and the limits of the STF in the role of “positive legislator”.

KEYWORDS: unconstitutional omission; STF; positive legislator.

SUMÁRIO: Introdução; 1. A efetividade dos direitos fundamentais como imperativo de Justiça Constitucional; 2.A omissão inconstitucional como óbice à eficácia e à efetividade dos direitos fundamentais; 3.A necessária superação da fórmula do “legislador negativo”; 4. A legitimidade da atuação normativa do STF; 5.A efetiva superação da fórmula do “legislador negativo” no processo constitucional; 5.1 Técnicas ditas “atípicas” de decisão; 5.2 Ações constitucionais para o controle da omissão inconstitucional; 6. Pressupostos, características e limites da atuação do STF como “legislador positivo”.

CONTENTS: Introduction; 1. The effectiveness of the fundamental rights as imperative for Constitutional Justice; 2. The unconstitutional omission as an obstacle to the efficacy and effectiveness of the fundamental rights; 3. The necessary surpassing of the “negative legislator” formula; 4. The legitimacy of the normative role of the STF; 5. The effective surpassing of the “negative legislator” formula in the constitutional process; 5.1 The so-called “atypical” decision techniques; 5.2 Constitutional Acts for the control of unconstitutional omission; 6. Assumptions, characteristics and limits of the STF role as the “positive legislator”; Conclusion.

**INTRODUÇÃO**

A afirmação da possibilidade de atuação do Tribunal Constitucional como “legislador positivo”, por mais restrita e condicionada que seja, é, ainda em nossos dias, fonte de grande polêmica e motivo de forte resistência, sobretudo ante o profundo

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

enraizamento da rígida concepção liberal de separação de poderes, a que se liga diretamente o axioma montesquiano da neutralidade do Juiz frente à liberdade de conformação do legislador democrático, bem como da ulterior tese kelseniana do Tribunal Constitucional como “legislador negativo”, que inobstante superadora do mito da neutralidade política do Judiciário, vem sendo apropriada como argumento exponencial para a limitação, quando não negação, da legitimidade de uma atuação normativa em sentido positivo da Justiça Constitucional.

O que aqui se busca demonstrar, com toda a limitação de aprofundamento que a brevidade do trabalho impõe, é que uma atuação, tanto normativa em sentido amplo, como, mais restritamente, legislativa em sentido estrito, da Justiça Constitucional, não só não atenta contra o modelo de repartição funcional do poder traçado pela Constituição brasileira, nem ofende ao princípio democrático na mesma consagrado, como se revela essencial à sua tutela e preservação, na medida em que se afigura, por vezes, como único meio eficaz de enfrentamento da hipertrofia da discricionariedade legislativa, altamente atentatória à eficácia e à efetividade dos direitos fundamentais., Sem desconhecer a natureza multifacetada da omissão constitucionalmente relevante, o foco do estudo é centrado na omissão legislativa, sobretudo no tocante à negação de densidade normativa suficiente à efetivação dos direitos fundamentais, cujo enfrentamento impõe a superação da fórmula do “legislador negativo”, que é abordada, não só quanto ao próprio questionamento da natureza da clássica função de controle de constitucionalidade das leis, como em relação à sua insuficiência diante da crescente complexidade funcional da Justiça Constitucional, ao seu déficit processual e, ainda, ao seu déficit interpretativo.

Na sequência, apresenta-se uma síntese de argumentos sustentadores da legitimidade da atuação normativa da Justiça Constitucional e, mais especificamente do STF, para, subsequentemente, analisar-se a efetiva superação da fórmula do “legislador negativo” nesse Tribunal, quer mediante o manejo de técnicas ditas “atípicas” de decisão, brevemente mencionadas, quer no exercício da jurisdição em sede das ações constitucionais voltadas ao controle da omissão inconstitucional, destacando a atuação normativa em sentido amplo nas primeiras, e legislativa em sentido estrito especificamente no mandado de injunção.

Por fim, são abordados os pressupostos, as características e os limites dessa atuação legislativa “positiva”, de modo a aclarar que não implica suplantação, tampouco substituição do legislador.

**1. A Efetividade dos Direitos Fundamentais como Imperativo de Justiça Constitucional**

O Estado Constitucional de Direito se caracteriza pela supremacia da Constituição, que informa e conforma todo o ordenamento jurídico, tanto no âmbito público, como no privado. A supremacia da Constituição, por sua vez, assenta sobre dois fundamentais pilares de sustentação: a rigidez constitucional e a correlata Justiça Constitucional. A primeira consiste na imposição de restrições e de procedimento mais dificultoso do que aquele empregado no processo legislativo ordinário para a reforma da Constituição, evitando que os grandes vetores de conformação do ordenamento jurídico restem à disposição da vontade de oscilantes maiorias parlamentares ocasionais, preservando, assim, a estabilidade do Estado de Direito. A segunda, caracteriza-se como jurisdição incumbida da elevada finalidade de defesa e aplicação da Constituição e, para além disso, da implementação dos princípios e do programa Constitucionais.

Nesse sentido, André Ramos Tavares enfatiza que a Justiça Constitucional não se resume à tradicional tarefa de controle de legitimidade constitucional das leis, envolvendo o controle dos atos estatais em geral, bem como questões de distribuição de competências, resolução de atritos entre poderes, governabilidade e outras matérias consentâneas à estabilidade e a harmonia do complexo sistema jurídico-constitucional contemporâneo1.

Portanto, ocupando, os direitos fundamentais, posição de primazia no Ordenamento Constitucional, a sua tutela exsurge como imperativo de Justiça Constitucional. E a imperatividade da tutela dos direitos fundamentais implica, acima de

tudo, assegurar-lhes eficácia e efetividade, reconhecendo-se, hodiernamente, que estes

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

1 O autor, apresentando uma teoria funcionalista da Justiça Constitucional, identifica cinco grandes funções, que lhe são ínsitas: a) interpretativa, partindo a constatação de que a Constituição, a exemplo das leis em geral, não hospedam a solução total, objetiva e definitiva para as controvérsias sociais e jurídicas, tornando indispensável a intermediação judicial para a finalização da representação jurídica, com o que assume um papel nitidamente criativo de participação no processo de produção do direito; b) estruturante, atinente à promoção, adequação e harmonização formais do ordenamento jurídico, conforme sua lógica interna e seus próprios comandos relacionados à estrutura normativa adotada, buscando, em suma, a preservação da higidez da estrutura básica do edifício jurídico, o que inclui a tradicional tarefa de controle de constitucionalidade das leis; c) arbitral, que realiza o acertamento dos conflitos do sistema, notadamente quanto a conflitos de competência, envolvendo conflitos entre Poderes, proteção de minorias políticas, conflitos entre o próprio Tribunal Constitucional e outros Poderes, controle dos partidos políticos e o conflito entre entidades territoriais autônomas, tanto no plano normativo, como no plano material (controle federativo); d) legislativa, correspondente ao desenvolvimento de atividade geradora da composição inaugural de comandos com efeitos de caráter geral; e) governativa, que, com marcante caráter político, está atrelada à direção do Estado e à persecução dos seus fins (*Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.217-358).

direitos não apenas constituem direitos subjetivos públicos oponíveis ao Estado, tendo, também, uma dimensão objetiva da qual emana para o Estado o dever de não apenas respeitá-los, mas, acima disso, protegê-los e promovê-los.

O termo eficácia é aqui empregado com o sentido estrito de eficácia jurídica, isto é, aptidão da norma para a produção de efeitos jurídicos, diferenciando-se da eficácia social, ou efetividade, entendida, no dizer de Luis Roberto Barroso, como “a concretização do comando normativo, sua força operativa no mundo dos fatos”2, ou, ainda, nas palavras de Kelsen, como “o fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, a circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos”3.

No Brasil, o parágrafo primeiro do art.5º da Constituição Federal estatui que as normas definidoras de direitos e garantias têm aplicação imediata, abrangendo, segundo a melhor interpretação sistemática e teleológica, todos os direitos fundamentais, estejam no catálogo (arts.5º a 17), em outras partes do texto constitucional, ou mesmo em tratados internacionais (art.5º, §2º)4. Contudo, o grau de eficácia dos direitos fundamentais, pressuposto de sua efetividade, como bem leciona Ingo Sarlet5, depende fundamentalmente de dois fatores: a técnica de positivação das normas de direitos fundamentais, notadamente no que tange à sua densidade normativa, e a função que exercem.

Quanto ao segundo aspecto, os direitos fundamentais podem ser divididos em dois grandes grupos: a) os chamados direitos de defesa, abrangendo os direitos de liberdade, igualdade, as garantias, liberdades sociais e os direitos políticos; b) e os chamados direitos a prestações, abarcando tanto direitos a prestações em sentido amplo, tais como os direitos à proteção e à participação na organização e no procedimento,

como direitos a prestações em sentido estrito, representados pelos direitos sociais de natureza prestacional6.

Já o primeiro fator remonta à classificação das normas constitucionais quanto à densidade normativa, vale dizer, quanto à aptidão para produzirem, desde logo, em

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

2 *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. 7.ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.84.

3 *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Batista Machado. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

4 Cf. SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10.ed. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009, p.263.

5 *A eficácia dos direitos fundamentais*, p.257/364.

6 *A eficácia dos direitos fundamentais*, p.260.

maior ou menor grau, os efeitos a que se destinam, cuja abordagem aqui restringir-se-á, por suficientemente esclarecedor, ao precursor modelo dúplice, introduzido no Brasil por José Horário Meirelles Teixeira7 e posteriormente desdobrado por outros autores de escol como José Afonso da Silva8, Maria Helena Diniz9, Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Brito10. Tal modelo classifica as normas constitucionais em normas de eficácia plena, aptas a produzir, desde o início da sua vigência todos os seus efeitos essenciais, porquanto dotadas de normatividade suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui o objeto, e normas de eficácia limitada ou reduzida, que não produzem, desde logo, todos os seus efeitos essenciais, porque não estabelecem sobre a matéria enfocada normatividade suficiente, deixando total ou parcialmente esta tarefa para o legislador ordinário.

A partir disso, conclui Ingo Sarlet que os direitos fundamentais de defesa, em regra, exigem uma abstenção, e não uma prestação do Estado ou de outros destinatários da norma, e, via de regra, são consagrados por enunciados normativos dotados de normatividade suficiente, não dependendo de concretização normativa, razões pelas quais assumem a feição de direitos subjetivos, não suscitando maior controvérsia quanto à sua aplicabilidade imediata e sindicabilidade11.

Já os direitos fundamentais prestacionais demandam ações positivas do Estado, encontrando grande limitador à sua realização na chamada reserva do possível, abrangente dos limites fáticos (escassez de recursos) e jurídicos (disponibilidade orçamentária) à sua implementação. Além disso, os direitos prestacionais têm extremamente dificultada a sua configuração como direitos subjetivos (portanto exigíveis), na medida em que, justamente por dependerem de circunstâncias sócio-econômicas, tendem a ser positivados de forma vaga e aberta, geralmente sob as modalidade de normas-tarefa, normas-programa, normas-fim e imposições legiferantes,

deixando ao legislador infraconstitucional uma considerável margem de liberdade na

tarefa concretizadora12, que não implica, no entanto, absoluta discricionariedade, na medida em que o elaborador da lei está sujeito ao balizamento dos princípios e objetivos traçados pela Constituição.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

7 *Apud* SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais, p.246-247.

8 *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2.ed. São Paulo:RT, 1982.

9.*Norma Constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1989.

10  *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*.

11 *Eficácia dos Direitos Fundamentais,* p.260.

12 *Eficácia dos direitos fundamentais*, p.260-262, 286, 287, 289, 291-292.

É justamente este último aspecto, relativo à (in)suficiência normativa para a implementação dos direitos fundamentais, que diz diretamente com o foco do presente estudo, na medida em que constitui condição primeira para a eficácia, e consequentemente, para a efetividade dos direitos consagrados com primazia pela Constituição Federal.

Igualmente releva ter presente que, segundo Jorge Reis Novais13, os limites aos direitos fundamentais consistem em “ações ou omissões dos poderes públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário) ou de particulares, que dificultem, reduzam ou eliminem o acesso ao bem jurídico protegido, afetando o seu exercício (aspecto subjetivo) e/ou diminuindo os deveres estatais de garantia e promoção (aspecto objetivo) que resultem dos direitos fundamentais”. Em sentido convergente, Robert Alexy14 bem esclarece que restringíveis são os bens protegidos por direitos fundamentais (liberdades/situações/posições de direito ordinário) e as posições *prima facie* garantidas por princípios de direitos fundamentais, que guardam íntima relação entre si, de modo que uma restrição a um bem protegido é sempre também uma restrição a uma posição *prima facie* garantida por um princípio de direito fundamental. Em qualquer hipótese, os limites aos direitos fundamentais só se legitimam se conformes à Constituição, seja diretamente, quando decorrentes de normas expressas ou implícitas, de hierarquia constitucional, seja indiretamente, quando impostos por normas infraconstitucionais, mediante autorização constitucional.

Inolvidável, outrossim, a percuciente observação de Ernst-Wolfgang Bökenförde no sentido de que uma teoria dos direitos fundamentais está vinculada a uma concepção de Estado e a uma idéia de Constituição, não sendo, pois, de livre escolha do intérprete, na medida em que deve ser extraída da própria Constituição15. No caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988 claramente aponta para a conformação de um Estado Social de Direito, o que se reflete diretamente na expressa e destacada consagração dos direitos sociais, ao lado das liberdades e garantias individuais, como direitos fundamentais. A Constituição brasileira nitidamente aponta para a busca de uma igualdade substancial, não se contentando com a mera igualdade formal própria do

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

13 *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p.157. Apud SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p.391.

14 *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã *Theorie der Grundrechte*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p.181-195.

15 *Escritos sobre derechos fundamentales*. Tradução para o espanhol de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden:Nomos Verlagsgesellchaft, 1993.

Estado Liberal clássico. Daí porque avulta a previsão de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art.5º, §1º) em relação aos direitos sociais. Entretanto, para estes,

de pouco ou nada serve uma eficácia limitada, de cunho meramente interpretativo e negativo, nem se lhes faz bastante uma eficácia mandamental de imposição legiferante, se não concretizada, importando-lhes, sim, a efetividade.

**2.A Omissão Inconstitucional como Óbice à Eficácia e à Efetividade dos Direitos Fundamentais**

Assim, nada pode ser mais atentatório aos direitos fundamentais, no seio de um Estado Social de Direito, do que a omissão estatal, quer no que tange à implementação de políticas públicas concretizadoras do programa constitucional, quer no tocante à normatização necessária à plenitude da eficácia e, consequentemente, à efetividade de tais direitos.

Tem-se, portanto, que a omissão dos poderes competentes em dotar direitos fundamentais de densidade normativa bastante à sua eficácia é flagrantemente inconstitucional, caracterizando-se como manifesta insuficiência no cumprimento do dever de proteção do Estado em relação a esses direitos.

A omissão inconstitucional pode dizer respeito a ato ou providência administrativa, sobretudo no tocante ao exercício do poder regulamentar do Executivo. Muitas vezes, a própria lei fixa prazo para a edição do ato regulamentar, após o qual resta configurada a mora. Em regra, como destaca Gilmar Mendes, a omissão regulamentar não tem o condão de paralisar a eficácia do comando legal, devendo ser entendido que, decorrido o lapso de tempo estabelecido pelo legislador para a regulamentação da lei, esta será eficaz em tudo que não depender do regulamento, salvo nas hipóteses em que a lei não contiver os elementos mínimos que assegurem a sua plena aplicabilidade, caso em que a omissão do poder regulamentar poderá ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade16. Também se pode configurar a omissão inconstitucional em casos de omissão das autoridades na adoção de diferentes providências administrativas, de modo a dificultar ou inviabilizar a \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

16 *Curso de Direito Constitucional*. 6 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p.1301.

concretização da vontade constitucional, do que pode constituir exemplo a questão da organização dos serviços de defensoria pública (Art.5º., LXXIV), ainda não implementada em todos os Estados brasileiros.

Mais diretamente ligada ao objeto do presente estudo está a omissão legislativa inconstitucional, que, segundo o mesmo autor, pressupõe a inobservância de um dever constitucional de legislar, que resulta tanto de comandos explícitos da Lei Magna, como de decisões fundamentais da Constituição identificadas no processo de interpretação. Pode ser absoluta ou total, quando o legislador não empreende a providência legislativa reclamada, ou parcial, quando o faz de modo insuficiente à realização da vontade constitucional. Pode configurar-se, ainda, na hipótese de *inertia deliberandi*. Embora a Constituição, de modo geral, não fixe prazo para a deliberação legislativa do Congresso, a *inertia deliberandi* resta caracterizada em caso de conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, de modo a por em risco a própria ordem constitucional17. Embora a Jurisprudência do STF se posicionasse, inicialmente, no sentido de que, desencadeado o processo legislativo, não há cogitar-se de omissão inconstitucional, já há precedente de reconhecimento de mora legislativa por *inertia deliberandi*, com fixação de prazo para a deliberação das Casas Legislativas18.

Como bem acentua Luis Roberto Barroso, “se um ato, mesmo omissivo, impede o exercício de um direito constitucionalmente previsto, na verdade o está violando, e, portanto, esta não é uma questão estritamente política”19, relevando acrescentar que, na seara dos direitos fundamentais, especialmente no tocante às normas atributivas de direitos, a existência de atos estritamente políticos tem importância restrita, na medida em que, se afetarem direitos subjetivos, desnaturam-se, ensejando controle jurisdicional, consoante art.5º, XXXV, da Constituição Federal20.

Daí porque o Supremo Tribunal Federal, como Tribunal Constitucional Brasileiro, assim caracterizado pelo complexo de competências ínsitas à Justiça Constitucional que lhe são conferidas pela Constituição Federal, tem como tarefa primordial, na tutela dos direitos fundamentais, o enfrentamento da omissão inconstitucional.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

17 *Curso de Direito Constitucional*, p.1294.

18 ADI 3.682, Rel.Min.Gilmar Mendes, julgamento 09.05.2007.

19 *Eficácia dos Direitos Fundamentais,* p.161.

20 *Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p.88.

**3. A Necessária Superação da Fórmula do “Legislador Negativo”**

Para o enfrentamento da omissão inconstitucional, impõe-se afirmar que o STF, como autêntico órgão de Justiça Constitucional, necessariamente há de exercer uma função de natureza normativa em sentido amplo, ou mesmo legislativa em sentido estrito e, portanto, positivo, tornando-se imperiosa a superação da tese Kelseniana do Tribunal Constitucional como “legislador negativo”.

Kelsen, ao sustentar o controle jurisdicional abstrato de legitimidade constitucional das leis, consagrou a fórmula do “legislador negativo”21, aduzindo que anular uma lei é ditar uma norma geral, porque a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade que a sua produção, não sendo senão uma produção com sinal negativo e, assim, uma função legislativa22. Sob tal fórmula, as decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade das leis restam limitadas ao binônio constitucionalidade/invalidade, ficando a atuação da Justiça Constitucional reduzida, segundo as felizes palavras de Gabriel Nogueira Dias23, a uma perspectiva minimalista de “jardineiro fiel do ordenamento jurídico”, para eliminar “ervas daninhas” surgidas no campo constitucional, já semeado pelo legislador constitucional competente.

Sabidamente são muitas as críticas à idéia do “legislador negativo”, principiando pela contestação da própria natureza legislativa atribuída por Kelsen à anulação de enunciado legislativo tido como inconstitucional em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

André Ramos Tavares, embora reconheça a natureza normativa do controle abstrato de constitucionalidade das leis, que enquadra como função estruturante da Justiça Constitucional, nega-lhe a natureza legislativa em sentido estrito, entendida como “o desenvolvimento de atividade da qual resulta a composição inaugural de comandos com elementos de caráter geral”24. Para além disso, atribui-lhe status constitucional e, portanto, supralegal, sob o argumento de que a eliminação de

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

21 A expressão já fora utilizada por Jeremy Bentham no escrito de 1776 intitulado *A fragment of government*. Cf. DMIOULIS, Dimitri. O “legislador negativo” no controle judicial de constitucionalidade: reflexões sobre a inaptidão teórica de uma construção. Belo Horizonte, *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, ano 04, n.15, jul/set.2010, p.167.

22 *Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Tradução para o espanhol e notas de Roberto J. Brie. 2.ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1999, reimpressão 2002, p.37.

23 “Legislador negativo” na obra de Hans Kelsen: origem, fundamento e limitações à luz da própria *Reine Rechtslehre*. Belo Horizonte, *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, ano 04, n.15, ju/set.2010, p.94.

24 Justiça Constitucional: superando as teses do “legislador negativo” e do ativismo de caráter jurisdicional. Porto Alegre, *Direitos Fundamentais e Justiça*, ano 3, n.7. abr/jun.2009, p.171.

dispositivos legais incompatíveis com a Constituição assenta em base exclusivamente constitucional, sendo o conflito entre fontes do direito de estatura diferenciada resolvido por ato de estatura idêntica ao do ato hierarquicamente superior violado. Assim, a integridade normativa da Constituição é recomposta por ato que se deve considerar de mesma hierarquia da Constituição e não do ato infraconstitucional violador25.

Dimoulis e Lunardi, partindo da concepção de função legislativa como criação de normas jurídicas gerais e abstratas, no intuito de regulamentar determinadas relações ou situações, vinculando os demais órgãos estatais, enfatizam que a função de controle de constitucionalidade das leis não tem o intuito de regulamentar algo, faltando-lhe vontade legislativa, ao que se alia o caráter técnico de verificação da regularidade da função normativa segundo a constituição, razão pela qual esposam o entendimento doutrinário majoritário, atribuindo natureza tipicamente jurisdicional à função analisada26.

Nesse ponto, não se pode deixar de notar que mesmo Kelsen reconheceu expressamente a natureza jurisdicional da função desempenhada por aquele que designou como “legislador negativo”. Versando sobre a organização da Jurisdição Constitucional e ressalvando que todas as questões políticas que dominam a questão da formação do órgão legislativo não entram em conta quando se trata da anulação de leis, Kelsen estabelece uma distinção entre a elaboração e a anulação de leis. Nesta, que se produz essencialmente como aplicação das normas da Constituição, a atividade criativa característica da legislação está quase totalmente ausente, sendo a atividade do legislador negativo determinada pela Constituição, ao passo que, naquela, o legislador tem ampla liberdade de criação, estando preso à Constituição somente no que tange ao procedimento e, quanto ao conteúdo, a princípios ou diretivas gerais. Assim, conclui que é precisamente com base nisso que a função do Tribunal Constitucional se assemelha a de qualquer outro Tribunal: “ela é principalmente aplicação e somente em pequena medida criação do direito. É, por conseguinte, efetivamente jurisdicional”27. Tem-se, então, que a diferença entre as atividades do legislador e do “legislador negativo” residiria, para Kelsen, na amplitude da liberdade de criação, maior para o primeiro e sensivelmente reduzida para o segundo, visto que o Mestre de Viena, fiel à

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

25 *Justiça Constitucional: superando as teses do “legislador negativo” e do ativismo de caráter judicial*, p.173.

26 *O “legislador negativo” no controle judicial de constitucionalidade*, p.176/177.

27 *Jurisdição Constitucional*. Traduzido do alemão por Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.153.

concepção de uma estrutura escalonada de normas, expressamente rechaça uma oposição entre criação e aplicação do direito, enfatizando que todo ato jurídico é, simultaneamente, aplicação de uma norma superior e criação de uma norma inferior28.

Para além da discussão travada em torno da natureza da função de controle abstrato de constitucionalidade das leis, sobreleva a manifesta insuficiência da fórmula do “legislador negativo” frente ao acúmulo e à crescente complexidade das funções assumidas pela Justiça Constitucional na guarda da Constituição, no seio do Estado Social de Direito. Com efeito, na passagem do Estado Liberal, para o Estado Social de Direito, sobretudo no segundo pós-guerra, com o advento do Constitucionalismo Social tomando espaço do Clássico Constitucionalismo restrito a declarações de direitos individuais e à organização do Estado ancorada na “separação dos poderes”, as constituições ditas sintéticas cedem lugar a constituições analíticas, de cunho dirigente, com extenso catálogo de direitos fundamentais, inclusive sociais, como no caso da Constituição Brasileira de 1988, e uma multiplicidade de normas-fim, que demandam uma postura marcadamente ativa do Estado, para a concretização do programa constitucional.

Nesse contexto, como salienta Francisco Fernández Segado, diversos fatores, dentre os quais o princípio da conservação da norma frente às exigências decorrentes do princípio da segurança jurídica, a multiplicação de leis a partir dos extensos textos constitucionais, a natureza objetiva dos direitos fundamentais a demandar interpretação como uma ordem objetiva de valores, a grande relevância assumida pelo princípio da igualdade, em suas vertentes material e formal, os graves problemas e o vazio normativo que podem decorrer de sentenças pura e simplesmente declaratórias de inconstitucionalidade, tornam imperiosa a busca de fórmulas mais flexíveis do que a dicotomida validade/nulidade, o que explica, segundo as palavras do autor, “esta função positiva que hoje vêm assumindo com toda a naturalidade os Tribunais Constitucionais”29.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

28 “Uma norma que regula a produção de outra norma é aplicada na produção, que ela regula, dessa outra norma. A aplicação do Direito é simultaneamente produção do Direito. Estes dois conceitos não representam, como pensa a teoria tradicional, uma oposição absoluta. É errado distinguir entre atos de criação e atos de aplicação do Direito. Com efeito, se deixarmos de lado os casos-limite – a pressuposição da norma fundamental e a execução do ato coercitivo – entre os quais se desenvolve o processo jurídico, todo ato jurídico é simultaneamente aplicação de uma norma superior e produção, regulada por esta norma, de uma norma inferior” – *Teoria pura do direito*. Traduzido por João Baptista Machado. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p.252-253.

29 La Justicia Constitucional ante el siglo XXI: la progressiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano. Belo Horizonte, *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n.2, jul/dez.2003, p.251.

A tese da nulidade absoluta30 da lei tida como incompatível com a Constituição, que de fato já produziu efeitos indeléveis, em muitos casos mostrou-se capaz de gerar conseqüências econômico-sociais e políticas muito mais gravosas do que a sua própria ilegitimidade Constitucional. Ademais, frente à omissão inconstitucional absoluta não se reveste de nenhuma utilidade, sequer comportando aplicação, porquanto concebida exclusivamente para o enfrentamento da inconstitucionalidade por ação. Já no tocante ao trato da omissão relativa, revela-se potencialmente geradora de inconstitucionalidade maior, convolando omissão parcial em omissão total.

Irretocável, pois, a observação de J.J. Gomes Canotilho no sentido de que a inconstitucionalidade por omissão é um instituto que reflete as insuficiências resultantes da redução do Estado de direito democrático aos processos e instrumentos típicos dos ordenamentos liberais31.

Destarte, premida pelas necessidades inerentes ao constitucionalismo contemporâneo, a jurisprudência constitucional desenvolveu novas técnicas de decisão, comumente chamadas flexíveis, atípicas ou alternativas, como a interpretação conforme a constituição e as ditas sentenças interpretativas ou manipulativas, sejam aditivas, redutoras ou substitutivas, ganhando relevo, também, notadamente no caso brasileiro, a previsão constitucional de ações específicas para o enfrentamento da inconstitucionalidade por omissão, que adiante serão abordadas.

Mesmo Rui Medeiros32, a despeito de sua visão restritiva acerca da novéis técnicas decisórias da Justiça Constitucional, não deixa de fazer eloqüente relato acerca da tendência de assunção de uma postura ativa da Justiça Constitucional frente às exigências do Constitucionalismo no Estado Social de Direito:

Se na época liberal bastava cassar a lei, no período do Estado Social, em que se reconhece que a própria omissão de medidas soberanas pode pôr em causa o ordenamento constitucional, torna-se necessário a intervenção activa do Tribunal Constitucional. A reivindicação de um papel positivo para o Tribunal Constitucional é um corolário da

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

30 É sempre importante ressalvar que a tese da nulidade absoluta, embora tenha prevalecido na jurisprudência constitucional aplicadora da fórmula do “legislador negativo”, não pode ser atribuída a Kelsen, que, ao revés, atentando para os efeitos já gerados pela norma e para os riscos decorrentes do vazio normativo, refutou-a, advogando a tese da anulabilidade da lei inconstitucional, com eficácia “ex nunc”, diferida, ou mesmo, se cabível a Juízo do Tribunal Constitucional, retroativa. A esse respeito, ver: KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*, item III. As Garantias da regularidade, p.139-148.

31 *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*.

32 *A decisão de inconstitucionalidade*: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p.494.

falência do Estado Liberal. Se na época liberal bastava cassar a lei, no período do Estado Social, em que se reconhece que a própria omissão de medidas soberanas pode por em causa o ordenamento constitucional, torna-se necessário a intervenção activa do Tribunal Constitucional. Efectivamente, enquanto para eliminar um limite normativo (v.g. uma proibição ou um ônus) e restabelecer plenamente um liberdade, basta invalidar a norma em causa, o mesmo não se pode dizer quando se trata de afastar uma omissão legislativa inconstitucional. Neste segundo caso, se seguir o modelo clássico de justiça constitucional, a capacidade de intervenção do juiz das leis será muito reduzida. Urge, por isso, criar um sistema de justiça constitucional adequado ao moderno Estado Social. Numa palavra: a configuração actual das constituições não permite qualquer veleidade aos tribunais constitucionais em actuarem de forma meramente negativa, antes lhes exige uma esforçada actividade que muitas vezes se pode confundir com um *indirizzo* político na efectiva concretização e desenvolvimento do programa constitucional. Daí o falhanço de todas as teses que pertendiam arrumar os tribunais constitucionais numa atitude meramente contemplativa perante as tarefas constitucionais e o esbatimento, claro em Itália, dos limites à admissibilidade de decisões modificativas.

Daí a reiterada crítica ao déficit processual da fórmula do “legislador negativo”, que ignoraria a multiplicidade de técnicas decisórias empregadas pela Justiça Constitucional, que, como visto, suplantam a mera cassação da norma tida como inconstitucional. Em verdade, tais técnicas decisórias, supervenientes à tese de Kelsen, constituem nítido efeito e pura expressão da insuficiência da fórmula do legislador negativo.

A tais críticas, ainda na senda de uma atuação positiva da Justiça Constitucional, Gabriel Nogueira Dias acresce o déficit interpretativo da fórmula do legislador negativo, encobridora da inevitável tarefa interpretativa da Corte Constitucional, que manipulando o texto constitucional em abstrato, para aplicação ao caso concreto, exorbita a tarefa minimalista de verificação formal dos seus requisitos de validade, para proceder a sua eventual cassação, atuando como verdadeiro criador originário de normas, muitas vezes para além dos limites previamente postos pelo legislador33.

**4. A Legitimidade da Atuação Normativa em Sentido Positivo do STF**

Contudo, não se faz bastante afirmar a insuficiência e a necessidade de superação da fórmula do “legislador negativo”. Impõe-se perquirir se e como \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

33 “Legislador Negativo” na obra de Hans Kelsen, p.111.

se legitima uma atuação normativa em sentido positivo por parte da Justiça Constitucional.

Nesse passo, vêm à tona e se agudizam os grandes óbices classicamente opostos à própria existência da Justiça Constitucional, que ainda se mostram fortemente presentes no debate quanto aos limites da sua atuação, quais sejam, o mito da “separação dos poderes” e, correlato ao primeiro, o princípio democrático, que reservaria as decisões políticas (aí incluída a atividade legislativa) aos representantes eleitos pelo povo, sob pena de ofensa ao modelo democrático-representativo vigente. São questões que, embora merecedoras, cada qual, de estudo específico, dada a sua complexidade, não podem deixar de ser aqui referidas, ainda que em apertadíssima síntese.

Em primeiro lugar, a imprescindível atuação da Justiça Constitucional pela efetivação dos direitos fundamentais não deve restar refém de uma ficção batizada, há mais de dois séculos, como “separação de poderes”. Sendo uno o Poder Estatal, expressão da soberania do Estado, o que se convencionou chamar como “separação de poderes” é, na verdade, uma distribuição mais ou menos rígida, conforme cada ordem constitucional, de funções estatais entre órgãos do Estado34. Nada mais é, portanto, do que uma repartição de competências determinada pelo direito positivo em nível constitucional. E, como tal, no seio do Estado Constitucional contemporâneo, não mais pode ser compreendida como concebida em sua gênese, no nascedouro do Estado Liberal Moderno, em que tinha por missão precípua dividir para limitar, sob a conclusão de que somente o poder é capaz de deter o poder, objetivando exclusivamente a proteção da liberdade individual e, sobretudo, da propriedade privada frente aos riscos representados pelo grande “leviatã”, aprisionado aos lindes do direito público, desde a queda do Absolutismo. Superado o dogma de clareza, completude e coerência da lei, que assegurava amplo espaço à atuação da autonomia da vontade, e afirmadas a supremacia e a força normativa da Constituição, a marca da repartição funcional do poder no Estado Constitucional Social contemporâneo é a complexidade. Exige-se uma postura ativa do Estado, na concretização do programa Constitucional. Já não se faz

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

34. Bem esclarece Canotilho que “quando se fala de repartição ou separação de poderes o que, em rigor, se recorta em termos de repartição ou separação é a atividade do Estado e não o poder do Estado. O resultado desta divisão não é a existência de vários poderes, mas a existência de funções diferenciadas” (Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7.ed. Coimbra: Almedina, [?], p.551). No mesmo sentido, Karl Loewenstein (Teoria de la Constitución. Tradução para o espanhol de Alfredo Gallego Anatarte. Barcelona: Editorial A, [?], p.55).

bastante a frenagem do poder pelo poder. A idéia de divisão, ou separação, cede espaço ao compartilhamento de funções entre órgãos estatais, e mesmo não estatais, a bem de um controle recíproco e de um profícuo diálogo institucional, imprescindível à democracia constitucional.

Não é diferente a situação no tocante à função legislativa, em cujo exercício se verifica, notadamente na realidade pátria, inclusive uma nítida preponderância do Executivo, não só pelos elementos formais da iniciativa e do veto, mas, sobretudo, pela formação de uma sólida maioria congressual, nem sempre cooptada segundo os mais elevados princípios republicanos, que prioriza ou pretere matérias, delibera, ou não delibera, segundo os ditames governamentais.

Nesse contexto, definitivamente rompidas as amarras do mito montesquiano da neutralidade judicial, a Justiça Constitucional exsurge não só ínsita, como importantíssima ao harmônico exercício do Poder Estatal. Acima de tudo, urge a consolidação da perfeita compreensão de que não pode haver maior e mais patológica hipertrofia do exercício de competências constitucionais por um órgão estatal, seja ele qual for, do que permitir-se-lhe arrogar-se o “poder” de recusar-se a fazer o que a constituição manda, e o pior, fazê-lo de modo a esvaziar a eficácia jurídica e, consequentemente, a inviabilizar a efetividade dos direitos fundamentais que constituem a razão maior de ser e o norte de uma Carta Constitucional dirigente como a brasileira de 1988.

Daí merecer primazia o enfrentamento da omissão inconstitucional, que somente se realiza eficazmente mediante uma atuação normativa da Justiça Constitucional, inclusive, quando necessário, em sentido positivo.

De superar-se, igualmente, o recorrente questionamento da legitimidade democrática da Justiça Constitucional, sobretudo no que pertine à sua atuação normativa em sentido positivo. Democracia é uma expressão plurívoca, não existindo um modelo absoluto a ser considerado, embora suas diversas acepções convirjam, de modo geral, para a idéia de governo representativo da vontade do povo. Daí a grande resistência em admitir que órgãos democraticamente eleitos pelo povo tenham as suas decisões contrastadas e mesmo anuladas, ou as suas esferas de competência invadidas, por um órgão não eleito, configurando uma natural repulsa ao que Lambert35 qualificou como “governo dos Juízes”. Contudo, não se pode reduzir a democracia ao princípio

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

35 *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis.*

majoritário, tampouco à representação eletiva. Como observou Peter Häberle36, são muitas as formas de legitimação democrática, desde que se liberte de um modo linear de pensar acerca da concepção tradicional de democracia. E efetivamente a Justiça Constitucional se legitima democraticamente sob diversos aspectos, a principiar pelo fato de consistir num conjunto de competências outorgado pelo poder constituinte emanado do povo. Como bem destaca André Tavares37, no Estado Constitucional de Direito, a maioria momentânea deve curvar-se à vontade da maioria constituinte, acrescentando que:

É na Constituição que se dividem os poderes do Estado, o que só pode ser levado a efeito por um poder que lhes seja superior, e que é o poder constituinte originário. Nessa medida, todos os “poderes” são democráticos, já que procedem de um mesmo ato de soberania popular, que é a aprovação de uma específica ordem constitucional, e isso independentemente da estrutura final que se crie entre esses poderes.

A legitimidade democrática da Justiça Constitucional também repousa no caráter técnico da sua composição, do seu procedimento e das suas decisões, que a distingue do procedimento estritamente político dos demais “poderes”. A esse respeito, Luis Roberto Barroso38, ressalta que em uma democracia é perfeitamente possível e desejável que uma parcela do poder público seja exercida por cidadãos escolhidos segundo critérios de capacitação técnica e idoneidade pessoal, preservados de disputas e paixões políticas, acrescentando que “a falta de emanação popular do poder exercido pelos magistrados é menos grave do que o seu envolvimento em campanhas eletivas, sujeitas a animosidades e compromissos incompatíveis com o mister a ser desempenhado”.

Melhor aclarando a questão, Otto Bachof39 estabelece importante distinção entre as atividades do juiz ordinário e do juiz constitucional, demonstrando que aquele trata de um conflito entre a fidelidade à lei e a justiça do caso concreto, da justiça individual em face da lei, ao passo que este se depara com o enfrentamento entre o rigor da norma e as exigências do bem comum. Muitas vezes, as decisões do juiz constitucional têm

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

36 *Hermenêutica constitucional*: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997. Reimpressão 2002, p.39.

37 *Teoria da Justiça Constitucional*, p.499.

38 *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, p.169.

39 *O juiz constitucional entre o direito e a política*. *Apud* ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *La constitucion como norma y el tribunal constitucional*, p.180-184.

efeitos vinculantes gerais, podendo ocasionar catástrofes não só para o caso concreto, como para uma multiplicidade de casos, quando tais decisões são “politicamente inexatas ou falsas”. Daí porque o juiz constitucional, mais do que qualquer outro, não deve perder de vista as consequências – e frequentemente são consequências políticas – das suas decisões. O Direito Público não pode ser aplicado sem considerações políticas e os seus conceitos não podem ser interpretados sem recorrer a idéias ou convicções sociais e políticas da comunidade. Mas isso é próprio do método jurídico e não uma ruptura ou uma instrumentalização do mesmo. Embora o juiz constitucional não possa ser cego às conseqüências políticas de suas decisões, só pode levá-las em conta na medida das possibilidades abertas pelo ordenamento jurídico, não lhe sendo dado recusar validade à lei, tampouco integrar as lacunas legais, somente por considerações políticas, mas, sim, à luz de princípios jurídicos fundamentais, vale dizer, com base em direito de nível superior40.

Impõe-se atentar, também, para a manifesta imperfeição do sistema representativo, que põe em relevo a função maior de preservação da ordem constitucional frente aos riscos representados por maiorias ocasionais, bem ilustrados por Martin Shapiro41:

O que realmente emerge da análise do Congresso e da Presidência não é o simples retrato de organismos democráticos e majoritários, que dão voz à vontade popular e são responsáveis perante ela, mas antes a complexa estrutura política na qual grupos variados procuram vantagem, manobrando entre vários centros de poder. O que daí resulta não é necessariamente a enunciação da vontade da maioria (...), e sim, frequentemente, o compromisso entre grupos com interesses conflitantes.

Destarte, assiste razão a Eduardo Garcia de Enterria42 quando afirma que uma constituição sem uma Justiça Constitucional que imponha a sua interpretação e a sua efetividade, é uma constituição ferida de morte, que entrega a sua sorte à do partido detentor do poder, que impõe, por simples prevalência fática, a interpretação que nesse momento lhe convém, de modo que a Constituição passa a ser instrumentalizada por uns grupos ou partidos contra outros, provocando uma fratura do consenso básico que a

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

40 No mesmo sentido, Héctor Fix-Zamudio. Breves Reflexiones sobre la naturaleza, estructura y funciones de los organismos jurisdicionales especializados en la resolución de processos constitucionales. Belo Horizonte, *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n.I, jan/jun.2003, p.87.

*41 Freedom of Speech: The Supreme Court and Judicial Review,*Englewood Cliffs, N.J., Prentice Hall, 1966, p.24. *Apud* CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Azevedo. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993/ Reimpressão, 1999.

42 La constitucion como norma y el tribunal constitucional, p.186.

Constituição deve assegurar.

Conclui-se que a Justiça Constitucional, não só se reveste de legitimidade democrática, como, para além disso, constitui-se em relevante guardiã da ordem democrática, assegurando os direitos fundamentais das minorias, bem como a pluralidade política e social na participação no processo democrático43, inclusive por meio de sua atuação normativa.

Acrescente-se que, convergindo as objeções à atuação normativa positiva da Justiça Constitucional com aquelas historicamente opostas à própria existência da jurisdição constitucional, é possível extrair mesmo da doutrina do ideólogo do “legislador negativo” fundamentos para a defesa do Tribunal Constitucional como “legislador positivo”, tese, na verdade, não cogitada por Kelsen, que não versou sobre o enfrentamento da omissão inconstitucional.

Vale atentar, antes de tudo, para o argumento central de Kelsen, no seu embate com Carl Schmitt, no sentido de que a ninguém deve ser dado ser juiz de sua própria causa44, perfeitamente aplicável, também, ao controle da inconstitucionalidade por omissão. Afinal, não se há se de confiar o enfrentamento, sobretudo da mora legislativa, à discricionariedade do próprio órgão estatal moroso, o que se afigura tão grave, por ineficaz, quanto a elevação do Poderoso Presidente do Reich à condição de guardião da Constituição, tão duramente criticada por Kelsen na doutrina de Schmitt.

Kelsen também é claro ao refutar a idéia de “separação de poderes”, aduzindo que, se se quer manter o princípio na República democrática, só pode ser razoavelmente levado em consideração, dentre os seus diversos significados, aquele que melhor se expressa na forma de divisão de poderes, e não de separação dos mesmos, ou seja, o que alude à idéia de repartição do poder entre órgãos diferentes, não para isolá-los reciprocamente, mas para permitir o controle de uns sobre os outros, o que permite concluir que a instituição da Justiça Constitucional não está em contradição com o princípio, constituindo, ao revés, uma afirmação do mesmo45.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

43 A bem da pluralidade da participação no processo democrático, Peter Häberle enfatiza que os instrumentos de informação dos juízes constitucionais devem ser ampliados e aperfeiçoados, especialmente no que se refere às formas gradativas de participação e à própria possibilidade de participação no processo constitucional, especialmente em audiências e intervenções. Nesta senda, o direito processual constitucional torna-se parte do direito de participação democrática – *Hermenêutica Constitucional*, p.47-48. Tal salutar flexibilização e crescente abertura do processo constitucional vem sendo claramente notada no âmbito do STF, com a participação do “amicus curiae” e a realização de audiências públicas mesmo em processos para os quais não estão legalmente previstos.

44 *Quién debe ser el defensor de la constitución*, p.5.

45 *Quién debe ser el defensor de la constitución, p.38.*

O mestre de Viena enfatiza, outrossim, que o processo de exercício do Poder não se esgota no Legislativo, tendo essencial continuação, ou mesmo efetiva iniciação, na jurisprudência e na Administração. Vendo-se a política como decisão na resolução de conflitos de interesses, conforme a terminologia de Schmitt, então está presente, em maior ou menor medida, em toda a sentença judicial um elemento de decisão, vale dizer, um elemento de exercício do Poder, que muito mais se acentua das decisões do Tribunal Constitucional46.

No positivismo Kelseniano, a competência do(s) órgão(s) legiferante(s) depende exclusivamente da organização posta pela Constituição, o que leva Kelsen a admitir que um Tribunal possa receber competência para criar normas gerais, e consequentemente, para legislar, já não aqui em sentido negativo, mas em sentido positivo47:

Um tribunal, especialmente um tribunal de última instância, pode receber competência para criar, através de sua decisão, não só uma norma individual, apenas vinculante para o caso sub judice, mas também normas gerais. Isto é assim quando a decisão judicial cria o chamado precedente judicial, quer dizer: quando a decisão judicial do caso concreto é vinculante para a decisão de casos idênticos. Uma decisão judicial pode ter um tal caráter de precedente quando a norma individual por ela estabelecida não é predeterminada, quanto ao seu conteúdo, por uma norma geral criada por via legislativa ou consuetudinária, ou quando essa determinação não é unívoca e, por isso, permite diferentes possibilidades de interpretação. No primeiro caso, o Tribunal cria, com a sua decisão dotada de força de precedente, Direito material novo; no segundo caso, a interpretação contida na decisão assume o caráter de uma norma geral. Em ambos os casos, o tribunal que cria o precedente funciona como legislador, tal como o órgão a que a Constituição confere poder para legislar.

Conclui, então, que, nesse caso, o Tribunal entra em concorrência com o órgão legislativo instituído pela Constituição, o que significa uma descentralização da função legislativa48. Portanto, no pensamento positivista de Kelsen, não há, nem poderia haver, uma reserva natural de função à Casa Legislativa.

Coerentemente com esta linha de pensamento, Kelsen afirma que “apenas uma autoridade competente pode estabelecer normas válidas; e uma tal competência somente se pode apoiar sobre uma norma que confira poder para fixar normas”49. A partir disso, o questionamento sobre o cabimento, ou não, da atuação do STF como “legislador positivo” deve buscar resolução em uma questão anterior: a Constituição confere

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

46 Quién debe ser el defensor de la constitución, p.18, 19 e 21.

47 *Teoria Pura do Direito*, p.267.

48 *Teoria Pura do Direito*, p.268.

49 *Teoria Pura do Direito*, p.206.

competência ao STF para criar normas gerais? À vista do rol de competências constitucionais outorgadas à Excelsa Corte brasileira, tem-se que a resposta deve ser afirmativa, tanto em sentido amplo, pela prolação de decisões com eficácia geral e efeito vinculante, que sempre importam criação do direito, como em sentido estrito, notadamente pela via do mandado de injunção, com a criação de direito *ex novo*, para integrar lacunas legislativas obstativas da efetividade de direitos fundamentais.

Mas, afirmando-se que ao STF deve ser dado legislar supletivamente, para integrar lacuna legal, de modo a assegurar efetividade de direitos fundamentais obstada pela recalcitrante carência de regulamentação, impõe-se indagar a quem incumbe o controle desta atividade legiferante pontual do próprio Tribunal. E a resposta necessariamente deve recair sobre o próprio “Poder” moroso, cuja competência se mantém intocada, facultando-lhe, a qualquer momento, emitir o diploma normativo até então omitido, em substituição à normatização provisória do Tribunal. Assim, se os legisladores não entenderem satisfatória a decisão do STF, basta que legislem para revogá-la como diploma normativo. Se, por outro lado, não o fizerem, autorizam subentender a sua satisfação em relação à solução dada pelo Tribunal. Portanto, a necessária atuação normativa em sentido positivo do STF de nenhum modo implica usurpação de competência do Parlamento, nem da Chefia de Governo.

Para além de tudo isso, releva notar que tal atuação, inclusive em sentido estrito, por meio de decisão com status de lei, não é potencialmente mais invasiva da esfera de competência dos demais órgãos constitucionais do que aquela caracterizada por Kelsen como de natureza legislativa em sentido negativo, no controle de constitucionalidade das leis, hoje pacificamente aceito, em que o Tribunal, por meio de decisão com status supralegal, simplesmente extirpa do ordenamento jurídico norma produzida mediante todo o desenrolar do processo legislativo, ou seja, diploma que passou, inclusive, pelos crivos preventivos de cunho político exercidos pelas comissões especializadas de ambas as Casas Legislativas e pela própria sanção presidencial.

**5. A Superação da Fórmula do Legislador Negativo no Processo Constitucional**

Patentes a insuficiência da fórmula do legislador negativo e a legitimidade da Justiça Constitucional para a sua superação, é mister empreender breve, porém indispensável, abordagem, das técnicas de decisão e dos processos específicos de que lança mão a Justiça Constitucional, e mais especificamente o STF, no exercício da guarda da Constituição para muito além do controle restrito ao binômio constitucionalidade/nulidade da lei.

5.1. Das Técnicas ditas Atípicas de Decisão

Sob diferentes denominações, generalizaram-se, sob distintos matizes, determinados pelas características das diversas ordens constitucionais, as técnicas de decisão que têm sido chamadas de “atípicas”, ou interpretativas em sentido amplo.

Como enfatiza Thierry Di Manno, o Juiz constitucional não pode exercer a sua delicada função de julgar a lei, mister de conteúdo acentuadamente político, de maneira puramente mecânica, razão pela qual a flexibilidade deve presidir o controle de constitucionalidade. Ademais, constitui tarefa primordial do Juiz constitucional conjugar todos os ramos do direito em torno de um conjunto de princípios comuns que têm lugar na constituição, para o que se exige o emprego de técnicas eficazes que permitam a difusão mais ampla e pacífica possível dos valores constitucionais em todos os ramos jurídicos. A técnica das decisões interpretativas contribui precisamente para responder a esta dupla exigência do controle de constitucionalidade, assumindo natureza multiforme, traduzida por um amplo leque de decisões e pela grande facilidade de adaptação, o que leva o autor a alcunhá-la como “técnica-camaleão”, que muda de forma em função da configuração das disposições legais50 e, acrescenta-se aqui, das lacunas legislativas, submetidas ao crivo da constitucionalidade.

Dentre tais técnicas de decisão, pode-se destacar, em primeiro lugar, a da interpretação conforme a constituição, conducente a decisão interpretativa em sentido estrito, que consiste em extrair dentre os diversos possíveis significados de um texto normativo, aquele que se afigure em conformidade com a constituição, ou, em outros termos, partindo da distinção entre enunciado normativo e norma, em escolher dentre as diversas normas possíveis aquela que se coadune com a Lei Maior, o que permite manter hígido o texto legal submetido ao crivo da constitucionalidade. Assim, o Tribunal deixa de declarar a inconstitucionalidade do enunciado normativo, desde que interpretado na forma indicada na motivação da decisão.

Por vezes, a interpretação conforme a constituição vai além da sua concepção

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

50 *Le juge constitutionnel et la technique des décisions “interpretatives” en France et en Italie.* Paris: Ed. Economica, 1997, p.126 e 129.

estrita, de modo que o Tribunal, mediante atividade interpretativa, que como já enfatizava Kelsen é também sempre criativa, “corrige” a norma em princípio exarada do enunciado normativo em xeque, de forma a conformá-la à Constituição, hipóteses em que se tem as chamadas decisões “corretivas”, ou mesmo “substitutivas”.

Muito próxima da técnica da interpretação conforme a Constituição está a da declaração de inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto. Nesse caso, como explica Crisafulli, uma mesma disposição exprime ou é suscetível de exprimir diversos significados normativos, que não são entre si alternativos, mas inclusivos.. É o caso, como exemplifica o mestre italiano, de uma disposição que diz “A”, compreendendo a’, a’’ e a’’’, e somente um destes significados se afigura constitucionalmente ilegítimo51. O Tribunal, então, restringe a declaração de inconstitucionalidade aos significados tidos como constitucionalmente ilegítimos, excluindo do campo de aplicação da norma determinadas hipóteses ou grupos, mas mantendo íntegro o texto legal. Portanto, enquanto na interpretação conforme o Tribunal aponta dentre as interpretações possíveis, alternativas entre si, aquela que se conforma ao ordenamento constitucional; na declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, o Tribunal exclui as possibilidades de aplicação que conflitam com a constituição, mantendo as demais.

Ganham igualmente grande importância, sobretudo a partir da sua consagração na jurisprudência do Tribunal Constitucional italiano e principalmente na tutela da isonomia, as chamadas sentenças aditivas, que declaram a inconstitucionalidade da omissão de algo que deveria estar previsto na lei. Por vezes, tais omissões decorrem de exclusões ilegítimas, que, assim, devem ser afastadas, por inconstitucionais. Em outros casos, há pura e simplesmente uma omissão, abrindo lacuna legal que é colmatada mediante atividade interpretativa do Tribunal52. Diferentemente da técnica de declaração de inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, na técnica de decisões aditivas, o texto legal não é censurado pelo que diz, mas pelo que omite. Naquela, restringe-se o campo de aplicação da norma; nesta estende-se o seu alcance, enriquecendo-se o conteúdo normativo da disposição legal, adicionando-lhe o que falta para estar em conformidade com a ordem Constitucional. Enquanto as técnicas de decisão anteriormente abordadas superam a fórmula do legislador negativo no enfrentamento

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

51 *Lezioni di Diritto Costituzionale*. V.II. Lórdinamento Costituzionale Italiano: la corte costituzionale. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1984, p.402-403.

52 Cf. Crisafulli. *Lezioni di Diritto Costituzionale*, p.403-404.

da inconstitucionalidade por ação, as sentenças aditivas constituem importante instrumento de controle da omissão inconstitucional.

O STF tem utilizado a expressão “interpretação conforme a Constituição” em sentido amplo, para abranger todas as técnicas decisórias ora abordadas, o que se afigura mais palatável à cautelosa tradição de *self restraint* da Excelsa Corte brasileira53. Claro exemplo disso é o recente e importante julgamento de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador Geral da República (ADI 4277-DF) e de arguição de descumprimento de preceito fundamental proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro (ADPF 132-RJ), convertida em ação direta de inconstitucionalidade, em que o STF, segundo o voto prevalecente do relator, Ministro Ayres Britto, deu interpretação conforme a Constituição ao art.1723 do Código Civil para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo de família. Trata-se de nítida decisão de cunho aditivo, por meio da qual o Tribunal Constitucional brasileiro eliminou exclusão tida como inconstitucional, para estender o reconhecimento de união estável, na forma do art.1723 do Código Civil, às uniões homoafetivas não abarcadas pela literalidade do aludido dispositivo legal.

Impende mencionar, ainda, a possibilidade de modulação dos efeitos da decretação de inconstitucionalidade, positivada no direito brasileiro pelo art.27 da Lei n.9868/99, que, a bem da segurança jurídica ou de excepcional interesse social, prevenindo os efeitos danosos do vazio legislativo, permite ao STF atribuir à sua própria decisão eficácia pro futuro, desde a sua edição, ou a partir de momento fixado pelo Tribunal, como no caso da ADI 3682-MT, em que o Tribunal julgou procedente a ação para reconhecer a mora do Congresso Nacional no cumprimento do art.18,§4º, da Constituição Federal, diferindo em 18 meses, no entanto, os efeitos de tal decisão, para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuassem vigendo, até que Lei Complementar viesse a disciplinar a matéria, problema que acabou solucionado com a edição da EC n.57/2008. Em outros casos, pode-se chegar ao extremo da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de efeitos, como em relação às inúmeras ações intentadas contra a legislação fixadora do salário mínimo, que, por mais insuficiente que seja frente às exigências do art.7º, IV,

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

53 A esse respeito, ver como exemplos os julgamentos das ações diretas de inconstitucionalidade de números 1.104, 1.127, 2405, 1344, 1.417, 3.324, 3.046, 2.652, 2.596, 2.084, 2.087 e 1.797.

da Constituição Federal, não deve ser cassada, sob pena de criar-se vazio legislativo com efeitos muito mais gravosos.

O que aqui mais importa ter presente é que, em todas as técnicas de decisões interpretativas em sentido amplo, ora abordadas, resta patente o caráter criativo, e, portanto, normativo *lato sensu*. O mesmo se diga em relação à modulação dos efeitos da decretação54 de inconstitucionalidade, porquanto tem o condão de manter em vigor, ao menos por algum tempo, disposições normativas já julgadas inconstitucionais. Contudo, ainda não se vislumbra em tais decisões uma atividade legislativa em sentido estrito, uma vez que, repetindo as palavras de André Tavares, não estabelecem a “composição inaugural de comandos de caráter geral”, vale dizer, não criam enunciado normativo novo, limitando-se a interpretar, ou “manipular”, aqueles já expressa ou implicitamente postos no ordenamento55.

5.2 Das Ações Constitucionais para o Controle da Omissão Inconstitucional

Coerente com o seu caráter detalhista e dirigente, cuja concretização demanda intensa atividade regulamentadora infraconstitucional, sobretudo no tocante ao extenso rol de direitos fundamentais, a Constituição Federal de 1988 previu duas ações especialmente destinadas ao enfrentamento da omissão inconstitucional, cujos efeitos interessam diretamente ao exame da atuação normativa do STF a que se propõe o presente artigo.

5.2.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

54 Prefere-se o termo decretação à declaração, na medida em que a possibilidade de estabelecimento de eficácia *ex nunc* ou diferida para momento futuro determinado pelo Tribunal põe claro o caráter constitutivo, e não meramente declaratório, da decisão de inconstitucionalidade.

55 Nesse sentido, referindo-se especificamente às sentenças aditivas e substitutivas, Vezio Crisafulli acentua que “non è esatto, infatti, che la Corte, nei casi in ogetto, finisca per esercitare uma funzione legislativa, che non le spetta, sostituendosi agli organi a questa costituzionalmente preposti” (...) “nelle ipotesi testè accenate, la Corte non crea, essa, liberamente (come farebbe Il legislatore) la norma, ma si limita a individuare quella – già implicata nel sistema, e magari addirittura ricavabile dalle stesse disposizioni costituzionali di cui há fatto applicazione – mediante la quale riempire immediatamente la lacuna che altrimenti resterebbe aperta nella disciplina della matéria, cosi conferendo alla pronuncia adottata capacita autoapplicativa” (*Lezioni di Diritto Costituzionale*, II, p.407-408). Da mesma forma, Rui Medeiros adverte que “numerosos autores esforçam-se por sublinhar que não está em causa o exercício de uma função substancialmente criativa *ex nihilo*, verificando-se tão-somente a extracção de um *quid iuris* já presente – de modo cogente e vinculativo para o próprio legislador – no ordenamento” (*A decisão de inconstitucionalidade*, p.501).

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão (CF, art.103, §2º), a exemplo

da ação direta de inconstitucionalidade, constitui processo objetivo de controle abstrato destinado à defesa da ordem jurídica constitucional, não colimando a proteção de situações individuais. Os legitimados ativos (CF, art.103, *caput*) agem a bem do interesse público, e não de interesse próprio.

A Constituição, entretanto, limita expressamente os efeitos da decisão, estatuindo que, declarada a inconstitucionalidade por omissão, 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 (art.103,§2º). Como se vê, a Constituição prevê uma eficácia mandamental com assinatura de prazo para que seja suprida a omissão apenas em relação a órgãos administrativos. Quando a omissão for do legislador, segundo a literalidade do enunciado constitucional, restará apenas a declaração da mora legislativa e uma comunicação ao órgão constitucional moroso, que, sequer contando com uma assinatura de prazo e desacompanhada de qualquer cominação, nem chega a configurar uma eficácia mandamental propriamente dita. Trata-se de texto evidentemente apegado à clássica concepção de “separação de poderes”, de acordo com a qual, estando os três “poderes” no mesmo patamar, não se faz cabível uma ordem emanada do Judiciário para o Legislativo.

Entretanto, o STF começa a dar indícios de uma interpretação evolutiva do dispositivo em comento, para fixar o prazo que julga razoável para a emenda da mora legislativa, que, se confirmada, poderá, quiçá, dar azo a uma mutação constitucional, ou mesmo a uma reforma da Constituição neste particular. Nesse sentido, além da ADI 3682-MT retrorreferida, tem-se como exemplos os julgamentos das ações diretas de ns.3.682, 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689.

5.2.2 Mandado de Injunção

Já o mandado de injunção constitui controle, em princípio56, concreto, cabível “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, LXXI). Não há posicionamento claramente consolidado,

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

56  Diz-se “em princípio”, porque adota-se aqui a tese de que as decisões proferidas pelo STF em mandado de injunção, mesmo mediante provocação de titular de direito individual, devem ter eficácia geral, convertendo-se, assim, em controle abstrato.

nem na doutrina, nem na jurisprudência, acerca do elenco de direitos albergados pelo mandado de injunção, sobretudo no tocante à definição de “prerrogativas da soberania e da cidadania”. Certo é, no entanto, que tal ação constitucional especial abarca a tutela dos direitos fundamentais, e o faz sem a expressa restrição de efeitos decisórios imposta à ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Mais do que isso, ao referir-se a “exercício”, o texto constitucional evidentemente diz com a efetividade de um direito, que, repita-se, supõe a eficácia da respectiva norma definidora, o que demanda uma decisão com efeitos diretos e concretos. Concreta, a fim de que a decisão proferida realmente viabilize o exercício do direito, cumprindo a sua finalidade constitucionalmente determinada. Direta, porque a tarefa de suprir o vazio de regulamentação é constitucionalmente atribuída ao julgador, no caso do presente estudo o STF, não se lhe facultando a sua delegação, tampouco à sua devolução ao órgão constitucional moroso.

De notar-se, outrossim, que embora franqueie de forma ampla legitimidade ativa a qualquer titular de direito ou liberdade individual, bem como, de prerrogativa inerente à soberania, à nacionalidade ou à cidadania, o que, à primeira vista, pode sugerir o cabimento de decisão com eficácia restrita ao caso concreto, na tutela do interesse individual do impetrante, a literalidade da previsão constitucional de nenhuma forma impõe restrita eficácia inter partes ao julgamento da ação, não contendo nenhuma expressão que denote qualquer limitação de efeitos vinculada à pessoa do impetrante, diversamente do que ocorre no tocante ao habeas corpus (“alguém”), ao mandado de segurança (“direito líquido e certo”) e ao habeas data (“informações relativas à pessoa do impetrante”). Ao revés, a partir de uma interpretação sistemática, pode-se concluir que, se a regulamentação cuja falta obsta o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa tem caráter geral, então à decisão do STF destinada a suprir tal lacuna se deve atribuir idêntica abrangência subjetiva. Impõe-se estabelecer, neste caso, uma nítida distinção entre a legitimação ativa para a ação e os limites subjetivos dos efeitos da decisão, a exemplo do que ocorre na ação popular. É bem verdade que, no mandado de injunção, diversamente da ação popular, o autor da ação busca a tutela de direito próprio e perfeitamente individualizável, o que não impede, todavia, que a decisão do STF beneficie, desde logo, a todos os titulares de idêntico direito ou prerrogativa, evitando a desnecessária, dispendiosa e francamente irracional multiplicação de ações com idêntico objeto.

Para além disso, importa reconhecer no mandado de injunção instrumento próprio para assegurar efetividade ao parágrafo primeiro do art.5º da Constituição federal, que assegura aplicabilidade imediata às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, bastando notar que de nada serve ao titular de um direito como o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, a proclamação de uma imediata eficácia meramente interpretativa ou negativa da respectiva norma definidora (CF, art.7º, XXI).

Mesmo assim, a despeito da evolução da jurisprudência do STF, ainda é bastante

controvertida a eficácia das decisões proferidas em sede de mandado de injunção, podendo-se identificar quatro grandes posições doutrinário-jurisprudenciais a respeito: a) não concretista; b) concretista individual direta; c) concretista individual intermediária; d) concretista geral.

A posição não concretista foi a primeira adotada pela jurisprudência do STF, tendendo a equiparar os efeitos da decisão do mandado de injunção aos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, de modo a restringi-los à mera declaração da mora legislativa, seguida de comunicação ao órgão constitucional moroso, que sequer se reveste de efetiva eficácia mandamental. Tal posição evidentemente não atende à finalidade de assegurar efetividade ao direito esvaziado de eficácia pela mora legislativa, razão pela qual não cumpre o desiderato constitucional e absolutamente não atende aos primados mais elevados de Justiça Constitucional. Tome-se, como exemplo, novamente a questão da regulamentação do direito fundamental ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, típico caso de *inertia deliberandi*, para frisar que os sucessivos julgamentos em que o STF se limitou a reconhecer a mora e dela notificar o Congresso Nacional (MI 369-DF, MI 95-RR, MI 278-MG, MI 695-MA) somente vieram a demonstrar o quão inócuo se revela, via de regra, o apelo ao legislador no Brasil, diversamente do que ocorre na Alemanha.

A posição concretista individual direta admite que o STF possa suprir diretamente a lacuna legislativa obstativa do exercício do direito em questão, porém com efeitos subjetivos limitados ao atendimento do interesse do autor da ação, sob o entendimento de que, tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. Cuida-se de posição ainda hoje verificada em julgamentos do STF (por exemplo, MI 758-DF, MI 721-DF, MI 795-DF e MI 108), que é aqui rejeitada porque, à toda evidência, tenta harmonizar a eficácia concreta da decisão com as concepções de rígida separação de poderes e do Tribunal Constitucional como “legislador negativo”, que, como reiteradamente ressaltado, são incompatíveis com a idéia de Justiça Constitucional consentânea com o Estado Constitucional de Direito, vale dizer, nega a possibilidade do STF suprir provisoriamente a lacuna legislativa com a eficácia geral própria do diploma emanado do Poder Legislativo omitido. A prevalecer tal posição, seria de concordar-se com o questionamento de Barroso em relação à própria utilidade e necessidade da existência desta ação, que, no panorama da tímida jurisprudência do STF, afigurar-se-ia suprível pelo velho mandado de segurança57. É justamente a possibilidade de suprir a lacuna de regulamentação com eficácia *erga omnes*, para a efetivação do art.5º, §1º da Constituição Federal, que diferencia o mandado de injunção, conferindo-lhe relevância e razão de existir.

A posição concretista individual intermediária sustenta a possibilidade de que o STF supra a lacuna legislativa em favor do autor da ação, mas de forma mediata, isto é, somente decorrido *in albis* o prazo assinado ao legislador moroso para suprir a lacuna em questão. Assim decidiu o STF, por exemplo, nos mandados de injunção de ns.283, 232 e 284. Tal orientação, além de apresentar, segundo o que aqui se sustenta, os mesmos problemas da corrente anterior, encerra uma flagrante contradição. Isso porque, num primeiro momento, notifica o legislador moroso para que supra a lacuna legal, evidentemente com a eficácia geral própria de um diploma editado pelo Legislativo. Se o legislador moroso não o fizer, supre a lacuna legislativa apenas em favor do autor da ação, e não com a eficácia geral que teria o diploma omitido.

Por tais razões, sustenta-se, aqui, reitere-se, que as decisões do STF em sede de mandado de injunção devem ter eficácia concreta, imediata e geral, a fim de que, desde logo, seja assegurado o exercício do direito fundamental violado pela omissão legislativa a todos aqueles que preencham os requisitos a tanto necessários necessários, o que se afigura consentâneo com a idéia de Justiça Constitucional, que não se destina a satisfazer direitos subjetivos individuais, mas, sim, a preservar a ordem constitucional. A partir de tal posicionamento, tem-se uma hipótese em que, provocado em sede de controle concreto de omissão inconstitucional, o STF tem a possibilidade de exercer controle abstrato, proferindo decisão com eficácia *erga omnes*. Esta orientação restou acolhida pelo STF no paradigmático julgamento dos mandados de injunção de ns.670, 708 e 712, em que o Tribunal houve por suprir a lacuna legal relativa à regulamentação do direito de greve dos servidores públicos, determinando a aplicação, no quanto

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

57 *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, p.173.

cabível, da Lei n.7783/89 aos movimentos paredistas do setor público, de modo a assegurar o exercício do direito até que o legislador venha a regular a matéria. Comentando este julgamento, o Ministro Gilmar Mendes observa que o Tribunal adotou “uma moderada sentença de perfil aditivo, introduzindo modificação substancial na técnica de decisão do mandado de injunção”58. Não só isso. É preciso constatar que o STF foi além. É que, no caso, não estendeu a aplicação da Lei n.7783/89 aos movimentos paredistas do serviço público, como se os servidores públicos devessem estar abrangidos pelo âmbito de aplicação daquele diploma, como seria próprio de uma típica decisão aditiva. A regra do art.37, VII, da Constituição Federal, que determina a edição de lei específica para regular a greve dos servidores é bastante para afastar por completo tal conjectura. Na realidade, embora apropriando-se do texto normativo da Lei n.7783/89, o que o STF fez foi regular originariamente e com efeito geral59 a matéria. Sim, o STF legislou.

Portanto, exsurge claro, aqui, o exercício de uma função materialmente legislativa em sentido estrito pela Excelsa Corte brasileira, isto é, a atuação do STF como “legislador positivo”, que, pelas razões expostas no item 4 retro, de forma alguma conflita com o modelo constitucional de repartição funcional do exercício do poder do Estado, tampouco afronta o princípio democrático.

E ainda mais clara restaria a atuação legislativa em sentido estrito do STF se viesse a regular o direito ao aviso prévio proporcional, o que não ocorrerá, por perda do objeto, na medida em que, diante da iminente regulação da matéria pelo Tribunal, o legislador brasileiro finalmente houve por regular a matéria (Lei n.12.506/2011), que, há mais de duas décadas aguardava solução legislativa. De qualquer forma, trata-se de um claro exemplo de que a restrita competência legislativa supletiva do Tribunal não só não usurpa a competência do legislador, como constitui eficaz estímulo ao seu exercício, num profícuo diálogo institucional entre os órgãos constitucionais, a bem da efetividade dos direitos fundamentais.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

58 *Curso de Direito Constitucional*, p.1334.

59 Ainda em relação à abrangência subjetiva dos efeitos da decisão em sede de mandado de injunção, vale atentar para o quanto enfatizado por Gilmar Mendes: “O que se evidencia é a possibilidade de as decisões nos mandados de injunção surtirem efeitos não somente em razão do interesse jurídico de seus impetrantes, estendendo também seus efeitos normativos para os demais casos que guardem similitude. Assim, em regra, a decisão em mandado de injunção, ainda que dotada de caráter subjetivo, comporta uma dimensão objetiva, com eficácia *erga omnes*, que serve para tantos quantos forem os casos que demandem a concretização de uma omissão geral do Poder Público, seja em relação a uma determinada conduta, seja em relação a uma determinada lei” (*Curso de Direito Constitucional*, p.1334 e 1335).

**6. Pressupostos, Características e Limites da Atuação do STF como Legislador Positivo**

Por fim, impende ressalvar que a atuação do STF como “legislador positivo”, que aqui se sustenta, tem lugar à vista de pressupostos claramente delineados, possui características bem determinadas e correlatos limites igualmente nítidos.

A atuação supletiva do STF como legislador positivo, que se vislumbra em sede de mandado de injunção, somente pode ter lugar diante de uma irretorquível omissão regulamentar inconstitucional, cuja configuração se dá mediante a presença de três grandes pressupostos: a existência de um dever constitucional de legislar; o transcurso *in albis* do prazo prescrito na Constituição, ou, na falta deste, de prazo razoável para a edição do texto normativo reclamado; e a verificação de efeito objetivo de violação da Constituição pela omissão legislativa60.

A omissão inconstitucional está ligada, como enfatiza Canotilho61, a uma exigência constitucional de ação, não bastando, para a sua configuração o simples dever geral de legislar. Assim, pode derivar do não cumprimento de imposições constitucionais legiferantes em sentido estrito, ou seja, do não cumprimento de normas que, de forma permanente e concreta vinculam o legislador à adoção de medidas concretizadoras da constituição, o que não ocorre com normas-fim ou normas-tarefa. Pode se caracterizar, também, no caso de normas sem suficiente densidade, cuja concretização dependa de regulamentação infraconstitucional, ou ainda, do não cumprimento de ordens constitucionais de legislar, que o autor luzo distingue das imposições constitucionais legiferantes, por traduzirem-se em imposições únicas, isto é, não permanentes61. A omissão inconstitucional que autoriza a atuação supletiva do STF como “legislador positivo”, em sede de mandado de injunção, é específica, decorrendo do incumprimento do dever constitucional de legislar para conferir densidade normativa suficiente ao exercício do direito, liberdade ou prerrogativa em exame, seja a respectiva ordem de legislar expressa, ou implícita.

Não havendo prazo fixado pela Constituição para o cumprimento do dever de legislar, a aferição do decurso de prazo a tanto mais do que suficiente fica a cargo de um

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

60 Cf. Francisco Fernández Segado. El Control de Constitucionalidad de las omisiones legislativas – algunas cuestiones dogmáticas. *Direitos Fundamentais e Justiça*. Porto Alegre, ano 3, n.7, abr./jun.2009, p.67-69.

61 *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p.1004 e 1005.

juízo de razoabilidade do julgador, em relação ao que o STF sempre se pautou pela cautela e pelo comedimento, somente reconhecendo a mora legislativa em casos em que esta se revela absolutamente induvidosa.

Já o efeito objetivo de violação constitucional a ser observado é exatamente a inviabilidade do exercício do direito, liberdade ou prerrogativa em exame por ausência ou insuficiência de regulamentação.

A atuação de natureza legislativa em sentido positivo do STF, no enfrentamento da omissão inconstitucional, caracteriza-se como estritamente supletiva, porquanto cabível somente se caracterizada a mora do órgão constitucional em princípio competente para a edição do ato omitido; tópica, de modo a suprir pontualmente o vazio normativo constatado apenas no quanto necessário à efetividade do direito fundamental violado pela omissão inconstitucional; e provisória, na medida em que a solução supletiva dada pelo STF pode, e deve, a qualquer tempo, ser substituída pela edição do ato normativo reclamado do “Poder” moroso, cuja competência permanece íntegra.

Da observância de tais características resultam claros limites à autuação do STF como legislador positivo. Sendo supletiva a sua atuação, evidentemente, em hipótese alguma, pode sobrepor-se ao mister do legislador, para normatizar matéria já regulada em lei, tampouco antecipar-se à ação do legislador, quando não perfeitamente caracterizada a mora legislativa.

Sendo tópico, o seu agir resta claramente limitado do ponto de vista material, não sendo dado ao Tribunal legislar sobre a matéria enfocada em termos amplos, para estabelecer, por exemplo, políticas públicas. E tal limitação de abrangência material deve fazer redobrar a cautela no exercício legislativo pelo Tribunal, na medida em que este, embora não só possa como deva, o quanto possível, antever as conseqüências políticas, econômicas e sociais da sua decisão de cunho normativo, não tem competência para reger a matéria em termos mais amplos, de modo a estabelecer medidas preparatórias, compensatórias ou de ajuste, não podendo versar, v.g, sobre fontes de custeio ou compensações com outros direitos. Daí porque sobreleva, aqui, a importância da abertura e da democratização do processo constitucional, a fim de que o Tribunal possa colher o máximo de informações sobre a matéria a versar, ampliar e aprofundar o diálogo institucional com os demais órgãos constitucionais e ouvir entidades representativas dos atores sociais envolvidos, que serão, ao cabo, os próprios destinatários da decisão de cunho normativo a ser emitida.

Para além disso, importa ter presente que, se a discricionariedade política do legislador quanto ao conteúdo, ao momento, ao alcance, ao prazo e aos objetivos específicos da legislação, já não é irrestrita, porquanto sujeita ao balizamento constitucional, a discricionariedade da atividade legislativa do Tribunal, embora existente, é ainda muito mais limitada, fundando-se em direito geral criado de antemão, residente na própria constituição. O Tribunal não é, pois, livre para criar o direito, incumbindo-lhe, sim, cumprir, ou fazer cumprir, o programa constitucional, segundo os valores e os princípios que o informam. Nesse sentido, também a atuação do Tribunal como “legislador positivo” não conflita com a tese de Kelsen de que a decisão judicial é a continuação, não o começo, da criação do direito62.

Observados tais condições e limites, a atuação do STF como legislador positivo não só não implica usurpação de competências do Legislativo e do Executivo, como, ao revés, coaduna-se perfeitamente com a postura ativa que cabe ao Judiciário no concerto da repartição do exercício de funções estatais a ser observada no Estado Constitucional de Direito, sobretudo sob égide de uma Constituição dirigente, de marcante cunho social, como a Constituição brasileira de 1988.

Impõe-se observar, finalmente, que, caso o Projeto de Lei n.6128/2009 venha a ser aprovado e sancionado como lei, implicará retrocesso em relação às mais avançadas decisões do STF, impondo limite legal, atualmente inexistente, à eficácia do mandado de injunção, a ponto de vedar a atuação do Tribunal como “legislador positivo”. Isso porque, segundo o art.9º do referido projeto a decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes, embora, em seu parágrafo primeiro, ressalve, de forma um tanto vaga, a possibilidade de conferir-se-lhe eficácia *ultra partes* ou *erga omnes*, “quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, liberdade, ou prerrogativa objeto da impetração”. Além disso, somente admite a regulação supletiva da matéria, após assinado e transcorrido prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora (art.8º, I), determinando claramente, pois, um retrocesso à orientação de uma eficácia concreta, individual e mediata da decisão proferida em sede de mandado de injunção, que somente contribui para retardar, ainda mais, o exercício de direitos fundamentais há muito esvaziados de efetividade, ante a natural delonga, tanto do processo judicial, quanto do legislativo, fragilizando, sobremaneira, a tutela do art.5º, §1º da Constituição Federal.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

62 *Teoria Pura do Direito*, p.272.

**CONCLUSÃO**

À guisa de conclusão, releva destacar que a tutela da Constituição, no âmbito do constitucionalismo contemporâneo, deve representar, acima de tudo, a busca da eficácia e da efetividade dos direitos fundamentais, sob pena de restar reduzida à mera figura de retórica, vazia de efeitos práticos.

Daí porque exsurge clara a necessidade de assunção de uma postura ativa do Tribunal Constitucional brasileiro no enfrentamento da omissão inconstitucional, seja por meio de uma atuação normativa em sentido amplo, ou mesmo de mister legislativo em sentido estrito, para o que, em âmbito mais restrito, foi-lhe conferida competência constitucional em sede de mandado de injunção.

Não se trata de conceber a atividade normativa do Tribunal como panacéia para a concretização do programa constitucional, muito menos de advogar a substituição do legislador pelo julgador, tanto que se afirma o caráter supletivo, provisório e materialmente limitado da atuação legislativa do STF, quando cabível. O que não se admite é que à omissão inconstitucional se responda com mais omissão, sob o confortável pretexto de homenagear os princípios democrático e da divisão de “Poderes”, então enfocados sob vetustas leituras, já totalmente apartadas da ordem constitucional a tutelar.

A esse respeito impende frisar que a ordem constitucional pátria, como muito poucas, confere à Justiça Constitucional instrumentos adequados e bastantes para um efetivo enfrentamento da omissão inconstitucional, desde que bem compreendidos e manejados.

As chamadas decisões “interpretativas” e “manipulativas”, não expressamente positivadas, mas amplamente assimiladas pela jurisprudência, especialmente as aditivas, no tratamento da omissão parcial ofensiva ao princípio da igualdade, instrumentalizando uma atuação normativa em sentido amplo da Justiça Constitucional, desempenham importante papel no controle da omissão inconstitucional. Contudo, não são bastantes para assegurar efetividade aos direitos fundamentais carentes de regulamentação com suficiente densidade normativa.

Igualmente releva ter presente que a fundamental distinção entre a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção não reside, nem na legitimação, restrita na primeira e ampla no segundo, nem no objeto, amplo na primeira e limitado no segundo, mas nos respectivos escopos, estando o do mandado de injunção diretamente voltado para a efetivação da norma do §1º do Art.5º. da Constituição Federal. A compreensão deste fim é imprescindível ao vislumbre da própria razão de ser do mandado de injunção, ao correto dimensionamento dos seus efeitos objetivos e subjetivos e à adequada regulação do instituto, o que não se verifica no Projeto de Lei n.6.128/2009. A possibilidade de originar decisão normativa supletiva e provisória com eficácia geral, tal qual a do diploma regulatório omitido, é que justifica a própria existência do mandado de injunção, não suprível por meio do mandado de segurança, tampouco pela pura e simples aplicação do art.4º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Assim, negar a legitimidade da atuação legislativa supletiva, tópica e provisória do STF é deixar sem resposta satisfatória e suficientemente abrangente o grave problema da omissão inconstitucional; é permitir a mais grave forma de hipertrofia de um “Poder”, altamente atentatória ao princípio da repartição do exercício do poder estatal, qual seja, a de recusar-se a fazer o que a Constituição manda fazer; é atentar contra a supremacia da Constituição, contra a sua força normativa e a sua juridicidade; é esvaziar de eficácia e efetividade os direitos fundamentais, reduzindo-os, em alguns casos, a meras e inúteis figuras de retórica, por apego ao velho constitucionalismo da “separação de poderes” e ao dogma da supremacia do legislador.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e Possibilidades da Constituição brasileira*. 4. ed. ampl. atual. Rio de Janeiro, 2000.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales.* Tradução para o espanhol de Juan Luis Requejo Pagés e Ignácio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Porto Alegre: S.A. Fabris, 1999.

CRISAFULLI, Vezio. Lezioni di diritto costituzionale: l´ordinamento costituzionale italiano: La corte costituzionale. 5. ed. rev. e atual. Padova: Cedam, 1984.

DI MANNO, Thierry. *Le juge constitutionnel e la te technique des décisions “interprétatives” en France et en Italie.* Paris: Economica, 1997.

DIAS, Gabriel Nogueira. “Legislador negativo” na obra de Hans Kelsen: origem, fundamento e limitações à luz da própria *reine rechtshre*. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC.* Belo Horizonte, ano 04, n.15, jul/set.2010, p.91-116.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. O “legislador negativo” no controle judicial de constitucionalidade: reflexões sobre a inaptidão teórica de uma construção. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC.* Belo Horizonte,Ano 04, n.15, jul/set.2010, p.161 -181.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*. Madrid: Civitas, 2006.

FIX-ZAMUDIO. Breves Reflexiones sobre la naturaleza, estructura y funciones de los organismos jurisdicionales especializados en la resolución de processos constitucionales. Belo Horizonte, *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n.I, jan/jun.2003, p.77-112.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_\_. *Quién debe ser el defensor* *de la constitución?* 2.ed.Madrid:Tecnos, 1995.

\_\_\_\_\_\_. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. Revisão para a edição brasileira de Silvana Vieira. 3 ed. São Paulo: Marins Fontes, 1991.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitución*. Barcelona: Ariel, 1976.

MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade:* os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MENDES, Gilmar. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10.ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009.

SEGADO, Francisco Fernández. La Justicia Constitucional ante el siglo XXI: la progressiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais.* Belo Horizonte, n.2, jul/dez.2003, p.211-277.

\_\_\_\_\_. El Control de Constitucionalidad de las omisiones legislativas – algunas cuestiones dogmáticas. *Direitos Fundamentais e Justiça*. Porto Alegre, ano 3, n.7, abr./jun.2009, p.47-80.

TAVARES, André Ramos. A inconsistência do Tribunal Constitucional como “legislador negativo” em face de técnicas avançadas de decisão da Justiça Constitucional. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC.* Ano 04, n.15, jul/set.2010. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p.117-130.

\_\_\_\_\_\_. Justiça Constitucional: superando as teses do “legislador negativo” e do ativismo de caráter jurisdicional. *Direitos Fundamentais e Justiça.*  Porto Alegre, ano 3, n.07, abr/jun.2009, p.167-181.

\_\_\_\_\_\_. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.