



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

ERIK NOLETA KIRK PALMA LIMA

PARADOXO ENTRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: alternativas
à colmatção de lacunas inconstitucionais no Brasil

Brasília, março de 2014.

ERIK NOLETA KIRK PALMA LIMA

PARADOXO ENTRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: alternativas
à colmatção de lacunas inconstitucionais no Brasil

Dissertação apresentada como requisito parcial
à obtenção do grau de Mestre, no Programa de
Pós-Graduação da Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília, área de concentração
“Direito, Estado e Constituição”.

Orientador: Prof. Dr. Miroslav Milovic

Brasília, março de 2014.

PARADOXO ENTRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: alternativas
à colmatação de lacunas inconstitucionais no Brasil

Após sessão pública de defesa desta Dissertação, o candidato foi considerado aprovado, obtendo o título de Mestre, pela Banca Examinadora formada por:

Miroslav Milovic
Professor Doutor
Orientador

Gilmar Ferreira Mendes
Professor Doutor
Membro Interno

Alvaro Luis Araujo Ciarlini
Professor Doutor
Membro Externo

Argemiro Cardoso Moreira Martins
Professor Doutor
Membro Interno Suplente

Brasília-DF, 21 de março de 2014.

*Dedico esta obra a todos aqueles que
acreditaram no meu esforço e capacidade,
o que acaba por envolver uma família
bem maior do que apenas a biológica.*

AGRADECIMENTOS

Não há caminho difícil que o apoio de outras pessoas não possa edificar. Passar por tamanha provação foi, sem dúvida, um caminho complicado que pude contar com a família ao lado. Sendo assim, gostaria de, primeiramente, agradecer ao sempre dedicado esforço e apoio da minha família que, com paciência e dedicação, me ajudou a percorrer o longo caminho até a conclusão da presente obra.

Agradeço aos professores que, com todas as provocações, me auxiliaram a desenvolver novas capacidades e ampliar meus limitados horizontes na confecção do presente trabalho.

Agradeço especialmente aos amigos Eliane Ferreira de Sousa e Igor Ascarelli pelas leituras atenciosas e paciência nas conversas diuturnas.

Agradeço aos servidores da Faculdade de Direito que, também agora amigos e sempre muito zelosos em seus deveres, facilitaram a vida desse acadêmico e foram prestativos no que era possível.

Agradeço, por fim, à instituição, composta por pessoas dedicadas e comprometidas, que conseguiu galgar mais um posto na criteriosa avaliação da Capes para se consolidar como referência no plano jurídico nacional e internacional.

Tudo isso contribuiu para melhorar aquele que constantemente está em construção, ou seja, eu.

*“Três crianças sem dinheiro e sem moral
Não ouviram a voz suave que era uma lágrima”*

Aborto Elétrico (Fátima).

RESUMO

As omissões inconstitucionais revelam-se uma realidade complexa na atual sistemática de vários ordenamentos jurídicos. A previsão de atuação legislativa infraconstitucional na regulamentação de preceitos constitucionais, alguns na categoria de direitos fundamentais, aliada à inércia do Poder Legislativo e à também previsão de atuação do Poder Judiciário constituem elementos suficiente para gerar crises, críticas e discussões infundáveis. Diante do turbilhão de possibilidades que permeiam o assunto, o presente estudo visa identificar e buscar alternativas viáveis de composição das omissões inconstitucionais. Nesse sentido, será realizada uma análise sobre o instituto da sentença aditiva, que, além de ter auferido resultados interessantes na Itália, vem sendo importado paulatinamente pelo STF para a sistemática brasileira. Outra solução vislumbrada no presente estudo é a utilização da teoria dos diálogos institucionais, que conta com os primeiros passos ensaiados entre o Judiciário e o Legislativo no Brasil. Entretanto, o trabalho procura contribuir de forma um pouco mais incisiva na teoria da omissão inconstitucional. Para alcançar tal intento será apresentado um novo modelo de colmatar as lacunas inconstitucionais, que leve em conta as questões relacionadas ao déficit democrático e à necessidade de oferecer uma resposta à omissão. A proposta de colmatação democrática das lacunas visa utilizar um instrumento oferecido pelo constitucionalismo, no controle de constitucionalidade, com a utilização de mecanismos de participação social, consulta e audiência pública com entes representativos da sociedade civil. Tal construção é permeada pelo conceito de democracia procedimental habermasiano, haja vista o espectro de inclusividade aliado à necessidade do desenvolvimento de soluções institucionais para a participação democrática no espaço público.

Palavras-chave: omissão inconstitucional; participação democrática; controle de constitucionalidade; constitucionalismo; democracia.

ABSTRACT

The unconstitutional omission reveal a complex reality in the current system of multiple jurisdictions. The prevision of infra legislative action in the regulation of constitutional provisions, some in the category of fundamental rights, combined with the inertia of the Legislative and the expected performance of the Judiciary, are sufficient elements to generate crises, critics and endless discussions. Before the whirlwind of possibilities that compose the subject, this study aims to identify and search for viable alternatives to solve unconstitutional omissions. In this sense, it will be done an analysis of the institution of the additive sentence, that, besides it has interesting results earned in Italy, gradually have being imported by the Brazilian Supreme Court. Another solution envisioned in this study is the use of the theory of institutional dialogue, which tested the first steps between the Judiciary and the Legislature in Brazil. However, the work seeks to contribute a little more forcefully in the theory of unconstitutional omission. To achieve this purpose a new model to solve the unconstitutional gaps will be presented, that takes into account the issues related to the democratic deficit and the need to provide a response to the omission. The proposed democratic filling of gaps aims to use a tool offered by constitutionalism, in judicial review, with the mechanisms of social participation, consultation and public hearing with representatives of civil society entities. Such construction will be based on the design of habermasian procedural democracy, because it gives the spectrum of inclusiveness together with the need to develop institutional solutions for democratic participation in the public space.

Key words: unconstitutional omission; democratic participation; judicial review; constitutionalism; democracy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 - OMISSÃO INCONSTITUCIONAL	18
1.1 Origem da omissão inconstitucional	20
1.2 Conceito de omissão inconstitucional	26
1.3 Lapso temporal de caracterização da omissão inconstitucional	29
1.4 Espécies de omissão inconstitucional	32
1.4.1 Omissão inconstitucional total e parcial	33
1.4.2 Omissão de medidas de índole administrativa	36
1.4.3 Omissão legislativa	38
1.4.3.1 Ausência de proposição	39
1.4.3.2 <i>Inertia Deliberandi</i>	40
2 - ALTERNATIVAS UTILIZADAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO COMBATE À OMISSÃO INCONSTITUCIONAL	41
2.1 Sentença aditiva	43
2.1.1 Evolução do modelo de sentença até a sentença aditiva	43
2.1.2 Aspectos históricos	45
2.1.3 Aspectos críticos	46
2.1.4 Aplicação do instituto na sistemática brasileira	49
2.2 Diálogo institucionais	52
2.2.1 Quais as instituições envolvidas?	55
2.2.2 Teoria do diálogo institucional	57
2.2.3 Diálogos institucionais na omissão inconstitucional	63
3 - PROPOSTA DE COLMATAÇÃO DEMOCRÁTICA DA LACUNA INCONSTITUCIONAL	67
3.1 Evolução da decisão judicial sobre a colmatação de lacunas	72
3.2 Mecanismos de participação popular na jurisdição constitucional	76
3.3 Crise de representatividade do Legislativo	79

3.4 Crítica ao expansionismo judicial	88
3.5 Controle democrático na regulamentação da omissão inconstitucional em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão	92
3.6 Controle da omissão inconstitucional: contramajoritário ou majoritário?	100
3.7 O “silêncio” legislativo como opção	102
3.8 Proposta de regulamentação democrática e judicial das lacunas	106
3.8.1 Normas passíveis de discussão na colmatação de lacunas	111
3.8.2 Os atores envolvidos na discussão da lacuna constitucional	115
3.8.3 Metodologia da regulamentação democrática da omissão inconstitucional em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão	120
3.9 A questão econômica	122
3.10 Não transposição da proposta para a regulamentação efetuada no Mandado de Injunção	123
CONSIDERAÇÕES FINAIS	127
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	134
REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS	143

INTRODUÇÃO

A omissão inconstitucional pode ser considerada como um dos maiores problemas que as Constituições atuais apresentam. O desafio de conferir aplicabilidade plena a todos os preceitos constitucionais constitui uma preocupação real dos Estados democráticos, levando em conta a ineficácia de uma série de normas de proteção às pessoas. A Constituição deixou de ser apenas a moldura de um quadro, conforme concepção kelseniana, para ser efetivamente a pintura. As Constituições originadas após a Segunda Guerra Mundial, alcunhadas dirigentes, preveem direitos de forma direta e outras tantas espécies normativas são confiadas nas mãos dos legisladores infraconstitucionais que, por vezes, nada fazem por um longo lapso temporal.

É necessário observar, desde já, que mesmo o silêncio pode ser considerado legítimo, até certo ponto. Isso porque todas as ações institucionais devem sofrer limitações baseadas na Constituição, sob pena de se tornarem ilegítimas. Dieter Grimm ensina que “mesmo os governos democráticos que são obedientes às suas constituições podem, em algumas ocasiões, ter uma tendência a não observar determinada norma constitucional quando ela os impedir de alcançar seus objetivos políticos”¹. A questão mais sensível é lograr um meio de responder adequadamente às atitudes omissivas e ilegítimas do legislador contra a Constituição, tomando por base instrumentos já existentes para tal.

O presente estudo tem por escopo trilhar o percurso lógico de combate à lacuna normativa, visando, ao fim, apresentar uma proposta de abertura democrática do processo constitucional de colmatação de lacunas, inspirado na proposta de democracia procedimental proposta por Jürgen Habermas. Contudo, a busca é por um meio diferente de regulamentar normas constitucionais no contexto de debate sobre os limites da jurisdição constitucional, uma forma efetiva de resolver as lacunas constitucionais gestando um modelo passível de responder razoavelmente o problema, sem criar outro ainda mais temerário (hegemonia judicial), mas talvez representar um aperfeiçoamento da jurisdição constitucional, propondo uma nova arena de debates, ao menos no que tange às omissões.

¹ GRIMM, Dieter. Jurisdição constitucional e democracia. Trad. Bianca Stamato Fernandes. In: Revista de direito do estado. n° 4, out/dez. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 9.

Ao considerar a ausência de normas infraconstitucionais que inviabilizem a fruição de direitos e a questão da inafastabilidade da tutela jurisdicional, resta uma forma nova capaz de apropriar a tais fundamentos a discussão democrática. O pano de fundo da questão envolve ainda críticas relacionadas à questão do déficit democrático e a separação dos poderes, bem como o atual contexto de clamor social por participação no processo de tomada de decisão. O tema das omissões inconstitucionais tem relevância política, considerando a possível confusão entre política e direito. Dessa forma, gestar um trabalho na referida área visa incrementar as discussões sobre um assunto que tem ganhado espaço nos estudos constitucionais, seja no direito seja na ciência política.

Nesse contexto, as digressões principiam uma espécie de intensificação dos estudos que permeiam as omissões, de maneira a ensinar compreensões sobre variadas formas de manifestação com que a omissão pode se apresentar e ser solucionada. A busca por uma resposta ao problema das omissões evoluiu de forma diferente em variados ordenamentos. Uns se mostraram mais ativos na solução, outros preferiram a autolimitação². Entretanto, as discussões ainda caminham com uma desconfiança peculiar sobre o real espaço ocupado por Cortes e Parlamentos.

A omissão inconstitucional é uma das manifestações vívidas do paradoxo existente entre o constitucionalismo e a democracia. Por um lado, o constitucionalismo demanda a defesa de direitos e limitação do poder das maiorias, na medida em que a omissão legislativa pode ser considerada uma opção. Por outro, a democracia é a maneira com a qual a população quer fazer sua vontade soberana, agindo de forma majoritária. Assim, o limiar a ser considerado é a utilização de uma ação judicial, instrumento do constitucionalismo, como uma forma de manifestação da democracia popular na colmatação de lacunas, em uma espécie de manifestação do constitucionalismo democrático.

O estudo das omissões inconstitucionais no direito surge pela primeira vez na Alemanha, em decisão proferida pelo Tribunal Constitucional em 1951³. Desde então,

² Dentre os países mais atuantes diante da omissão está a Itália, com sua sentença aditiva, e entre os mais comedidos está Portugal que se limita a dar ciência da omissão ao órgão desidioso.

³ Em decisão datada de 19 de dezembro de 1951, a referida Corte Constitucional reconheceu a possibilidade de ocorrer omissões de órgãos estatais lesivas a direitos constitucionais, das quais ela poderia se pronunciar. Contudo, a Corte na oportunidade excluiu, expressamente, a possibilidade de controle dessa natureza sobre a omissão do legislador. Apenas em 18 de dezembro de 1953, a Corte alemã reconheceu mora do legislador em modificar todas as disposições legais contrárias ao princípio da igualdade entre homem e mulher, tendo em vista o desrespeito ao prazo estabelecido em decisão anterior,

as Constituições posteriores à identificação do problema dotaram as Cortes Constitucionais do encargo de vigiar e agir visando manter a integridade constitucional. Supor que tal missão consistia em observar apenas a legislação editada deixou de ser o suficiente para garantir a salvaguarda do texto constitucional. As normas constitucionais não regulamentadas também têm o condão de causar sérias distorções sociais. Indispensável se faz mencionar o quanto a não implementação de uma série de direitos, alguns fundamentais, vulnera as pessoas.

Com o tempo, a chamada doutrina das omissões inconstitucionais passou a, gradativamente, espalhar-se pelo continente europeu, notadamente na Itália, na ex-Iugoslávia e em Portugal. Conforme os Estados passaram a alterar seus padrões constitucionais, ainda sem muita experiência no assunto, foram aderindo a algumas inovações identificadas pelos antecessores. No Brasil, as discussões sobre as omissões são ainda mais recentes e iniciadas apenas com a promulgação da Constituição de 1988. Ao sair de uma ditadura militar, os constituintes brasileiros dotaram a Constituição com um extenso catálogo de direitos e garantias a serem implementadas em momento posterior à promulgação.

O constituinte originário, tomando por inspiração a doutrina portuguesa, inaugurou o combate à omissão dotando o Poder Judiciário de dois instrumentos formulados especificamente para atacar a inércia legislativa, o Mandado de Injunção (MI) e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO). Tais ações inauguraram o que se pode chamar de função legislativa sancionatória do Judiciário, em que a atuação judicial ocorre como uma reação a uma violação da Constituição. Trata-se, portanto, de uma inovação na sistemática do controle de constitucionalidade brasileiro. Em decorrência, padece de análises e abordagens que se esgotam, não raro, em avaliações perfunctórias.

Em que pese já passados 25 anos da promulgação da atual Constituição brasileira, a recalitrância do Parlamento ainda se faz presente. Conforme será abordado no trabalho por meio de pesquisa estatística, uma série de garantias e direitos constitucionais são negados à população com a inércia legislativa. É nesse espírito que se mostra imperativo encetar uma possível alternativa, ou mesmo solução, para o

datada de 31 de março de 1953, de maneira que o próprio Tribunal declarou que todas as leis incompatíveis com aquela regra maior deixariam de ser aplicadas. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1178 - 1179.

inegável colorido diferenciado que a discussão da lacuna inconstitucional encontrou no Brasil. Questões culturais, dimensão territorial, regimes governamentais, enfim, uma série de razões podem ser elencadas para explicar o quanto o debate sobre as omissões inconstitucionais se afastou e evoluiu em relação ao cenário inicial.

De qualquer forma, somente recentemente as omissões entraram na pauta. Hoje em dia, o Supremo Tribunal Federal (STF) vive às voltas com a discussão sobre o erosivo lapso inconstitucional sem angariar uma resposta que seja, ao mesmo tempo, contundente e republicana. Como consequência, a Constituição se apresenta destituída de aplicação integral, o que leva à violação de direitos e a sua supremacia diante dos órgãos que compõem o Estado. A intenção de trabalhar com tal problemática é oferecer subsídios científicos ao desenvolvimento de uma teoria da omissão inconstitucional.

Sob as perspectivas apontadas, esta pesquisa científico-jurídica inicia seus caminhos na tentativa de mostrar uma abordagem capaz de expor os aspectos concernentes às matizes hermenêuticas que circundam a problemática das omissões inconstitucionais. Dessa forma, os tópicos se dividem entre a origem, o conceito estabelecido à caracterização da omissão inconstitucional, as espécies e a evolução da decisão judicial sobre a colmatação de lacunas. Referido capítulo é dedicado à busca de parâmetros aptos a tornar claro o objeto/problema de discussão: a omissão inconstitucional.

O capítulo seguinte trata de expor algumas soluções, em parte inovadoras, para a questão das omissões inconstitucionais. A primeira análise se debruça sobre o instrumento da sentença aditiva. Criado na Itália em meados da década de 70, sua perspectiva era voltada, prioritariamente, para combater omissões parciais. Em suas experiências, a Corte Constitucional italiana foi a principal responsável por desenvolver as balizas de aplicação do, então, inovador instrumento. Ferramenta oriunda da prática judicial, somente em momento posterior surgiram discussões sobre seus fundamentos e críticas à sua aplicação, que serão objeto de estudo no presente trabalho. Desde meados de 2007, o STF tem ensaiado a importação do modelo da sentença aditiva, ainda que de forma tímida. Como serão analisadas no estudo, fórmulas bem semelhantes às da sentença aditiva têm sido aplicadas em algumas decisões do STF em sede de omissão inconstitucional, o que demonstra ser uma tendência não muito distante de se concretizar.

A segunda construção relacionada ao tema leva em conta o desenvolvimento de uma teoria relacionada ao diálogo institucional, pela forma como foi concebido inicialmente, ou seja, um meio de o Legislativo participar do controle de constitucionalidade por ação. Originária do Canadá, a teoria do diálogo institucional, em que pese não ser um mecanismo inicialmente previsto para o combate das omissões inconstitucionais, pode ser vista sob um prisma diferente e capaz de constituir uma alternativa para as lacunas constitucionais e, concomitantemente, à dificuldade contramajoritária⁴. Nesse sentido, a feição que constitui a teoria foi, inicialmente, seccionada na análise apartada do sentido do diálogo e das instituições envolvidas, para, em seguida, adentrar com maior propriedade nos meandros da teoria em si. Após apresentada a teoria, o estudo volta-se para a possível aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

Ainda que apresentadas as alternativas que tiveram, de alguma forma, aplicação no ordenamento brasileiro, a dificuldade em enfrentar a omissão inconstitucional ainda inspira estudos aprofundados sobre o tema. Se por um lado a sentença aditiva sofre das críticas de violação ao princípio democrático e à separação de poderes, por outro, a teoria dos diálogos institucionais aplicada às omissões geraria profundas alterações institucionais que parecem mais distantes da realidade. Desse modo, o terceiro capítulo tem por escopo apresentar uma proposta diferente para a questão das omissões inconstitucionais. Em busca de equacionar vários questionamentos sobre a jurisdição constitucional e a omissão inconstitucional, a proposição verterá sobre uma espécie de regulamentação democrática de normas constitucionais em sede de discussão em controle concentrado no STF. O presente texto tem como propósito proporcionar uma reflexão crítica, no molde habermasiano, sobre como em uma sociedade democrática é possível garantir a efetividade da deliberação de seus cidadãos e a efetividade das normas constitucionais com ligação a partir do Judiciário.

O caminho a ser trilhado nos tópicos seguintes consiste em, inicialmente, apresentar o contexto em que o controle de constitucionalidade da omissão se desenvolveu até alcançar autonomia em relação ao controle por ação. No contexto de evolução das decisões sobre omissão inconstitucional, será apresentada a forma como o assunto vem sendo tratado atualmente no Brasil. Em seguida, a busca será por abordar

⁴ Em razão de ser uma teoria que busca ressarir a tradição da última palavra e se apresentar como uma terceira via.

os instrumentos de participação popular no julgamento do controle concentrado de constitucionalidade e a sua admissibilidade/compatibilidade com a questão das lacunas constitucionais.

A partir desse ponto, o trabalho tem seu foco voltado para os movimentos institucionais protagonizados pelo Judiciário e pelo Legislativo, até como forma de contextualizar as instituições com a proposta que será apresentada nas linhas adiante. Inicialmente, a pesquisa envolve identificar uma possível crise de representatividade que o Legislativo vem sofrendo ou se, de fato, é uma falácia construída para endossar a ampliação de atuação de outros poderes, com as possíveis causas, e consequências, bem como o reflexo existente entre as teorias acerca de uma possível crise e a realidade, ao menos a brasileira.

Na sequência, reconhecendo o movimento que ocorre “na onda” da debilidade legislativa, a análise se debruça sobre o expansionismo judicial. Como não há vácuo de poder, na medida em que se um espaço abre alguém o ocupa. Não é difícil perceber o fenômeno atual em que o Judiciário tem exercido um papel exponencialmente maior em relação ao Executivo e, principalmente, ao Legislativo. É claro que esse é um movimento que tem que ser visto com algum cuidado, e o objetivo da pesquisa, nessa parte, é evidenciar quais os cuidados que devem ser observados e por quais motivos é importante nenhum dos poderes constituídos ressaírem aos limites constitucionalmente estabelecidos.

Após realizadas as ponderações sobre o Judiciário e o Legislativo, o passo seguinte será a defesa de um controle democrático sobre a regulamentação das lacunas constitucionais em sede de controle concentrado da constitucionalidade. Em um Estado verdadeiramente democrático, aos cidadãos deve caber a possibilidade de tomada das decisões políticas fundamentais. Considerando que o modelo a ser proposto trabalha com a função legislativa primária em face de um poder que não está acostumado a tal atividade, bem como pelo fato de o Parlamento dar pouco espaço às manifestações públicas, é imperativo justificar um controle democrático sobre a atuação judicial nas omissões. Para proceder ao referido intento, o estudo propõe um debate sobre democracia deliberativa que envolve as lições de Habermas, Kant, Arendt e Mouffe, na busca por alcançar o fundamento da participação popular como forma de limitar a utilização do instrumento judicial gestado para colmatar lacunas.

Posteriormente, chegando ao cerne do estudo, os holofotes são movidos para a proposta de regulamentação democrática e judicial das lacunas constitucionais. A proposta será apresentada em três passos: 1) as normas passíveis de discussão; 2) os atores envolvidos na discussão da lacuna constitucional; 3) a metodologia de colmatação. Após a construção dos pressupostos, o tópico seguinte busca expor a metodologia pela qual deve ocorrer a regulamentação das omissões e a questão econômica que se apresenta tormentosa no estabelecimento de eventuais políticas públicas. Por fim, um tópico será destinado a explicar os motivos pelos quais o estudo não se debruçou, com a mesma proposta para a regulamentação pela injunção.

Permitir ao Judiciário realizar a tarefa estatal-legislativa pura e simplesmente não reflete o sentimento democrático. Entretanto, a inexistência de uma ferramenta capaz de responder ao problema das omissões constitui uma afronta à vontade constitucional. O problema das omissões é real, e as alternativas severamente criticadas. Enfim, o trabalho de colmatar lacunas é complexo, contudo, hoje é possível contar com algumas opções auspiciosas.

O foco no estudo está voltado para responder às indagações que desafiam a dogmática jurídica atual, bem como os limites de atuação do Judiciário em uma seara ainda pouco explorada, em que pese a autorização constitucional. Uma das opções é justamente a proposição que o trabalho pretende apresentar, lançando um olhar diferente sobre o material que constitui o ordenamento jurídico brasileiro. O desafio é apresentar uma alternativa possível para que o arranjo institucional do constitucionalismo democrático tenha condições de realizar os anseios constitucionais.

1. OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

Você não consegue escapar da responsabilidade de amanhã esquivando-se dela hoje.

Abraham Lincoln

As Constituições, de maneira geral, são formadas por um conjunto de preceitos jurídicos com elementos diversos responsáveis por ser o cerne de um ordenamento jurídico. Na verdade, elas são verdadeiros projetos que visam organizar, limitar e manter o Estado e a sociedade. Na lição de Dieter Grimm, “[o] instrumento para assegurar a submissão do governo ao povo é a Constituição. (...) A submissão dos governantes aos princípios elaborados pelo povo é a função manifesta da constituição”⁵.

Dessa forma, constam em seu bojo dispositivos voltados para a atuação de órgãos estatais em prol dos cidadãos. Conforme é cediço na dogmática jurídica, uma norma de direito pode ser vulnerada tanto por uma ação que desrespeita seus limites, quanto por uma inação que desrespeite seus comandos. *A fortiori*, com a Constituição não seria diferente. O descumprimento das imposições constitucionais pode ocorrer tanto pela via da ação, por normas contrárias ao texto constitucional, quanto pela omissão, pela inércia ou insuficiência legislativa, sendo estas últimas o objeto do presente trabalho.

Desde o célebre caso *Marbury vs Madison*⁶ que, grosso modo, institucionalizou de forma definitiva o *judicial review*, o Judiciário vem desenvolvendo um papel cada vez mais proeminente na defesa das Constituições. Em grande parte, a ideia da defesa da Constituição pelo Judiciário é atribuída ao federalista Alexander Hamilton, que no artigo 78, verbaliza que “a interpretação das leis é a função especial dos tribunais

⁵ GRIMM, Dieter. *Jurisdição constitucional e democracia*, p. 6-7.

⁶ A partir da conformação do raciocínio da supremacia constitucional, formou-se uma jurisprudência capitaneada pelo *leading case* *William Marbury vs James Madison*, julgado em 1803, pela Suprema Corte Norte-Americana (que tinha como presidente John Marshall). No julgamento ficou assentado, como uma das ideias centrais, que o Legislativo não poderia ter competência de controlar as leis que ele edita, cabendo aos juízes a missão de garantir o respeito à norma constitucional. Este célebre caso ficou conhecido com um dos - senão o primeiro - marcos principais do controle da constitucionalidade. *Supreme Court of United States of America*. 5 U.S. 137, (1 Cranch) 137, 2 L. Ed. 60 (1803).

judiciários, a eles pertencem determinar o sentido da Constituição, assim como de todos os outros atos do corpo legislativo”⁷.

Com a ideia de determinar o sentido da Constituição, com o passar do tempo, o poder constituinte de variados ordenamentos optaram por legitimar essa atuação e outorgou, textualmente em diversas Constituições, ao Judiciário a atribuição de verdadeiros guardiões dos dispositivos constitucionais⁸. No início a atuação dos Tribunais se restringia a uma espécie de legislador negativo, apto a invalidar atos legislativos contrastantes com a Constituição. Diante, principalmente, do desenvolvimento de novas espécies normativas, houve a superação da atividade negativa por parte das Cortes, de maneira que passou a desenvolver uma tarefa também positiva, de verdadeira gestação de normas. Hoje, em variados ordenamentos, ao Judiciário cabe o dever de fazer a Constituição prevalecer em meio a normas e omissões incompatíveis que embaracem sua efetivação. Nas palavras de Dieter Grimm:

Quando uma constituição prevê a jurisdição constitucional, ela inevitavelmente dá às cortes uma cota de atuação na elaboração das leis – uma negativa, quando elas restringem-se a invalidar atos do parlamento; e uma positiva, quando adicionalmente elas têm a competência para obrigar o Legislativo a agir. Mas a constituição não pode exatamente dizer onde começa o poder do Legislativo e onde ele termina, para começar o das cortes⁹.

O embaraço na posição de Grimm consiste justamente na relação entre o Judiciário e o Legislativo. É consenso de que um Poder não pode obrigar o outro a exercer suas funções. Nesse sentido, resta prejudicado a atuação Judiciária nos moldes propostos por Grimm, cabendo ao Judiciário ou apelar ao legislador, ou executar a tarefa que o Parlamento se recusa a realizar.

⁷ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. O federalista. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003. p. 460.

⁸ A discussão sobre a guarda da Constituição foi originada pelo conhecido debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen. Schmitt, em obra publicada em 1929, sob o título "*Das Reichsgerichts als Hüter der Verfassung*", e republicada em uma versão ampliada em 1931, sob o título de "*Der Hüter der Verfassung*" (traduzido como O Guardião da Constituição), defendia que a guarda da Constituição era uma função eminentemente de ordem política, e não jurídica, e por isso, caberia ao Chefe do Executivo exercê-la. Seu intento era gerar uma resposta teórica à “invasão” de elementos do modelo americano de legitimidade constitucional sobre o clássico modelo continental-francês. Entretanto, ainda no ano de 1931, Kelsen respondeu a tal aspiração publicando a obra intitulada “Quem deve ser o defensor da Constituição?”. Nessa obra ele defende que a justificativa apresentada por Schmitt para tal desiderato, de que a política é responsável pela solução de controvérsias de grande repercussão social, também se apresenta na função jurisdicional. Assim, Kelsen ainda ponderou que o controle de constitucionalidade seria melhor exercido por um órgão jurisdicional voltado para tal função, dotado de profissionais mais preparados, o que garantiria maior imparcialidade, especialmente no que tange às minorias. O referido texto de Kelsen, no Brasil, foi incluído na compilação de textos sob o título KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 239 e ss.

⁹ GRIMM, Dieter. *Jurisdição constitucional e democracia*, p. 17.

Interessante observar o seguinte raciocínio de Carl Schmitt, sobre a atuação do Judiciário:

Uma lei não é uma sentença judicial, uma sentença judicial não é uma lei, e, sim, decisão de um “caso” com “base em uma lei”. A posição especial do juiz no Estado de Direito – sua objetividade, seu posicionamento acima das partes, sua independência e sua inamovibilidade – baseia-se no fato de que ele decide justamente com base em uma lei e de que sua decisão, *em seu conteúdo*, é derivada de uma outra decisão de modo mensurável e calculável já contida na lei¹⁰.

E diante da ausência de lei? Transportando o desencadeamento lógico descrito na passagem acima para o atual cenário de lacunas normativas, é possível ponderar que Schmitt restringiu muito sua análise. A decisão judicial resta prejudicada ante a ausência da decisão política que, por sua vez, também desampara a população. Claro que Schmitt não cogitava, à sua época, normas destituídas de aplicabilidade, que vieram a ser o mote das Constituições do 2º pós-guerra. Sendo assim, considerando o fato de que a omissão figura como uma realidade em muitos ordenamentos e “em que pese à clara percepção do fenômeno, não há respostas simples para superá-lo”¹¹.

Algumas soluções foram destrinchadas desde o reconhecimento desse fenômeno, entretanto, elas não lograram encontrar um ponto de equilíbrio entre a atuação dos envolvidos e a efetividade da solução. A título de exemplo, o apelo ao legislador e a sentença aditiva representam dois extremos. Se por um lado o apelo ao legislador preserva as funções de cada poder – mas, ao menos no Brasil, não tem auferido grande efetividade –, por outro lado a sentença aditiva tem o condão de tornar efetivo o dispositivo vulnerado pela omissão, entretanto, é acusada de violência frontal à harmonia e separação dos poderes. O desafio é instituir meios republicanos adequados para efetivar o controle de constitucionalidade da omissão. Para tanto, a análise principia pela correta identificação e delimitação do fenômeno das omissões.

1.1. Origem da omissão inconstitucional

A problemática das omissões inconstitucionais, visando à correta compreensão, necessita passar por uma taxionomia capaz de explorar por incisão profunda os aspectos

¹⁰ SCHMITT, Carl. O guardião da Constituição. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 56.

¹¹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Inconstitucionalidade por omissão: uma proposta para o constituinte. In: Revista de Informação Legislativa, nº 89, jan./mar., 49-62. 1986.

controversos, o que aqui serão objetos de análise. Sob o enfoque de delimitação da perspectiva histórica, o reconhecimento das omissões inconstitucionais remonta ao advento do Estado Social. Enquanto no Estado Liberal as constituições apenas reconhecem direitos que dependem de uma postura estatal meramente omissiva, *non facere*, o Estado Social demandou uma constituição que, além de reconhecer direitos, trouxe prestações estatais efetivas, *facere*.

Há dois momentos claramente descritivos da adoção do Estado-providência que, de forma imediata, ocasionaram o estudo da omissão inconstitucional: a adoção de Constituições Dirigentes e o reconhecimento da segunda dimensão¹² dos direitos fundamentais. Com efeito, a partir do surgimento desses dois fatores, ao Estado foi conferida a missão prestacional de promover diligências capazes de garantir o bem-estar social das pessoas¹³, de maneira que diversas tarefas e atividades vocacionadas a atingir os fins sociais constitucionalmente previstos foram confiadas ao Estado¹⁴.

Para assegurar à realização dos fins prestacionais, a ordem jurídica viu-se obrigada a instituir novas categorias jurídico-constitucionais. A solução engendrada foi à criação de dispositivos intencionalmente desprovidos de aplicabilidade imediata, conferindo ao legislador infraconstitucional a missão de integrá-los¹⁵. Fundaram-se, assim, as normas conhecidas como de eficácia mediata/postergada ou dependente de legislação infraconstitucional. Em sua grande maioria, tais normas consubstanciam metas vinculantes ao Estado que são penderes de densificação. Caso contrário, as Constituições seriam extensas demais.

¹² Em concordância com a doutrina mais moderna, em que pese a discordância aparentar ser apenas terminológica e não conceitual, adota-se o termo dimensões ao invés de gerações, por ter ela o condão de conduzir o leitor à ideia de que os direitos fundamentais constitui um processo de constante expansão, cumulação e fortalecimento, ao contrário da possível significação de gerações como um processo de substituição gradativa de uma geração por outra. Na mesma linha, conferir BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 525.

¹³ Na lapidar lição de Celso Lafer, os direitos fundamentais de segunda dimensão decorrem da ideia do *welfare state*, de maneira que é legado histórico do socialismo. LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 127.

¹⁴ Conforme ponderações de Ingo Wolfgang Sarlet, os direitos fundamentais de segunda dimensão caracterizam-se por outorgarem aos indivíduos direitos a prestações sociais estatais, revelando uma transição das liberdades formais abstratas, ideia da primeira dimensão dos direitos fundamentais oriunda do Estado liberal-burguês, para as liberdades materiais concretas, lastreada na doutrina francesa. SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 46-47.

¹⁵ Conforme observa Anna Cândida da Cunha Ferraz, “a Constituição é, em si, obra incompleta e inacabada. Não esgota, e nem pode pretender esgotar toda a matéria que encerra. O seu conteúdo fundamental, por mais minucioso e abrangente que seja, é sempre forçosamente genérico e sintético. Em verdade, não pode o Constituinte regular tudo diretamente e nem é oportuno que o faça (sic)”. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Inconstitucionalidade por omissão, p. 51.

Posteriormente, para proteger a integralização de tais normas, a inconstitucionalidade por omissão foi inaugurada como uma sanção jurídico-constitucional dirigida aos órgãos e Poderes do Estado pela inércia responsável por ocasionar o descrédito das Constituições. Referida sanção foi idealizada dentro da jurisdição constitucional visando evitar a erosão da força normativa constitucional¹⁶ e dos direitos fundamentais, sobretudo, de segunda dimensão.

O descumprimento das cláusulas constitucionais leva à debilidade de todo o sistema constitucional construído ao longo dos anos. Na doutrina de Karl Loewenstein, a democracia constitucional estaria em crise por dois motivos: o primeiro reside no fato de que a Constituição, mesmo em Estados com tradição normativa, não é tão escrupulosamente observada por quem está no poder, de maneira que nem sempre atuam de forma a beneficiar a lei fundamental do Estado. A segunda razão seria a indiferença dos cidadãos em relação à Constituição. Tais atitudes, para Loewenstein, poderiam conduzir, finalmente, a uma erosão da consciência constitucional¹⁷.

A primeira hipótese levantada, o desprestígio da Constituição por inércia de órgãos meramente constituídos, representa um dos mais graves aspectos da patologia constitucional. O desprezo das normas pelos atores estatais é passível de gerar a segunda hipótese, indiferença dos cidadãos, a partir de um efeito em cadeia. Considerando que os representantes públicos não respeitam as previsões constitucionais, os cidadãos também não se veem vinculados ao que está prescrito. Dessa forma, as pessoas se sentem desprotegidas diante do desrespeito das provisões, o que acaba por gerar um processo de desvalorização funcional da Constituição escrita. Nessa situação, não é difícil imaginar que, com o passar do tempo, a atrofia da consciência constitucional se tornaria crescente e a insegurança se instalaria.

Não é raro situações de inobservância das cláusulas constitucionais pelos Poderes constituídos. Na lição de Loewenstein, “[p]ero se pueden citar casos en los cuales los detentadores del poder, sin respeto a las disposiciones constitucionales, descuidan frecuentemente los deberes que les ha impuesto la constitución”¹⁸. Após tais considerações, resta observar como o assunto das omissões foi internalizado pelos ordenamentos constitucionais ao longo do tempo.

¹⁶ Nos moldes propostos na doutrina de: HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

¹⁷ LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la constitución. Barcelona: Ariel, 1983. p. 222-223.

¹⁸ LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la constitución, p. 223.

Na tentativa de indicar a origem da omissão inconstitucional na seara internacional, Jorge Miranda¹⁹ indica que a Constituição Iugoslava de 1974 foi a primeira que contemplou *ex professo* a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, em seu art. 377^{o20}. Por outro lado, a fonte primeira da identificação da omissão inconstitucional ocorreu originariamente com a Corte Constitucional alemã (Bundesverfassungsgericht), em face da Lei Fundamental de Bonn, promulgada em 1949²¹. Em decisão datada de 19 de dezembro de 1951, a referida Corte Constitucional reconheceu a possibilidade de ocorrer omissões de órgãos estatais lesivas a direitos constitucionais, das quais ela poderia se pronunciar²². Contudo, o Tribunal na oportunidade excluiu, expressamente, a possibilidade de que uma inação do legislador pudesse dar lugar a uma omissão inconstitucional.

Somente em 18 de dezembro de 1953, quase dois anos após a primeira decisão, a Corte alemã reconheceu a contínua mora do legislador em modificar todas as disposições legais contrárias ao princípio da igualdade entre homem e mulher, a propósito do art. 117, inciso 1, e art. 3, inciso da Lei Fundamental de Bonn. Tal decisão foi proferida tendo em vista o desrespeito ao prazo estabelecido em decisão anterior sobre o assunto em 31 de março de 1953. Dessa forma, o próprio Tribunal declarou que todas as leis incompatíveis com aquela regra maior deixariam de ser aplicadas, devendo os juízes e tribunais ordinários aplicarem as normas constitucionais sobre igualdade diretamente.

A segunda oportunidade em que o Tribunal Constitucional alemão reconheceu uma omissão inconstitucional foi em 11 de junho de 1958. Na ocasião, a Corte se deparou com o questionamento sobre a lei federal alemã que estabelecia a remuneração dos servidores públicos. Ao julgar o caso, o Tribunal se manifestou no sentido de que não tinha legitimidade para definir o valor dos salários dos funcionários públicos, mas

¹⁹ MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. T. II. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1996. p. 512.

²⁰ Cf. Iugoslávia. Constituição de 1974. “Artigo 377º. Se o Tribunal Constitucional da Iugoslávia verificar que o órgão competente não promulgou as prescrições necessárias à execução das disposições da Constituição da República Socialista Federativa da Iugoslávia, das leis federais e das outras prescrições federais e atos gerais, dará do fato conhecimento à Assembleia da República Socialista Federativa da Iugoslávia.”

²¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1178 - 1179.

²² Alemanha, BVerfGE (Tribunal Constitucional da Alemanha) 1, 97 – Hinterbliebenenrente I (pensão de sobrevivência). O julgamento foi oriundo de um recurso constitucional manejado por uma cidadã viúva impossibilitada para o trabalho e sem outros meios de subsistência, exceto uma pensão mínima mensal para manter seus três filhos menores, alegando a violação de seus direitos fundamentais proclamados pela Lei Fundamental de Bonn, em particular, os previstos nos artigos 1º e 2º.

dispunha de informações suficientes para compreender que, em virtude do aumento do custo de vida na Alemanha, os valores fixados pela referida lei não seriam suficientes para corresponder aos parâmetros mínimos previsto no artigo 33, inciso 5²³, da Lei Fundamental de Bonn:

O Tribunal Constitucional Federal não tem competência para estabelecer remunerações no caso concreto fora da regra geral prevista pela lei (Art. 33 V GG). Enquanto tribunal, ele também não poderia, por ocasião de uma Reclamação individual, colocar-se no lugar do legislador e determinar qual regra geral seria necessária (Art. 20 III GG). Mas, no entanto, o Tribunal Constitucional Federal pode decidir se uma regra legal existente ainda atende aos requisitos mínimos do Art. 33, V, GG. (...) O Tribunal Constitucional Federal pode, portanto, ver claramente que o montante da pensão para os reformados (...) não alcançou o que resulta do artigo 33 parágrafo 5^o da Lei Fundamental do limite mínimo de manutenção adequada²⁴.

Em que pese a Corte Constitucional ter identificado a inconstitucionalidade que, agora também era constatada como parcial (decorrente da regulamentação defeituosa ou incompleta da norma), optou por marcar um prazo e dar ciência ao Legislativo para confeccionar uma nova lei, haja vista que declarar a nulidade da norma apenas agravaria o estado de inconstitucionalidade.

Na Itália, o recorte histórico referente ao reconhecimento e atuação sobre a omissão inconstitucional remonta a uma decisão de sua Corte Constitucional proferida em 20 de maio de 1970. Em tal decisão, restou estabelecido que houve ilegitimidade, em face da Constituição, de uma lei editada em 27 de dezembro de 1956, por não prever em seus dispositivos a assistência obrigatória de advogado ao acusado²⁵. Isso ocorreu

²³ Alemanha. Lei Fundamental de Bonn. Artigo 33 [Igualdade de direitos cívicos dos alemães – Serviço público]. (5) O estatuto legal do serviço público deve ser regulamentado e desenvolvido de acordo com os princípios tradicionais do funcionalismo público de carreira. Disponível em: <http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues_PDF.pdf>. Acesso em 23 jan. 2014.

²⁴ Alemanha, BVerfGE (Tribunal Constitucional da Alemanha) 8, 1 - Teuerungszulage (custo do salário de subsistência). Tradução livre. Disponível em: <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv008001.html>>. Acesso em 23 jan. 2014.

²⁵ Cf. Itália. Corte Constitucional. Sentenza n° 76, de 1970. “4. - Le doglianze, invece, sono fondate in ordine alla assunta violazione, ad opera dell'art. 4, secondo comma, e dell'art. 24, secondo comma, della Costituzione, per la omessa previsione dell'assistenza tecnica obbligatoria del difensore (ordinanze del pretore e del tribunale di Torino). E lo sono, per carenza del diritto di difesa, alla stregua della giurisprudenza di questa Corte, la quale, con la sentenza n. 53 del 1968, pronunciando l'illegittimità costituzionale degli artt. 636 e 637 del codice di procedura penale, ha già esposto i motivi dell'incostituzionalità dell'art. 4, secondo comma, che a quelle due norme espressamente si richiama (v. anche sentenza n. 69 del 6 maggio 1970).” Tradução livre: “As reclamações, no entanto, são fundadas no que respeita à violação assumida pelo art. 4, segundo parágrafo, e o art. 24, segundo parágrafo, da Constituição, pela omissão de previsão da assistência técnica necessária do defensor (despachos do juiz e pelo tribunal de Turim). E eles são, por falta do direito de defesa, como a jurisprudência desta Corte, a qual, no seu acórdão n. 53, de 1968, pronunciara a ilegitimidade constitucional dos artigos 636 e 637 do Código de Processo Penal, já expôs as razões da inconstitucional do art. 4, segundo parágrafo, que essas

porquanto, em 1968, a Corte já ter pronunciado a inconstitucionalidade dos artigos 636 e 637 do Código de Processo Penal italiano, por estarem em desacordo com a necessidade de defesa obrigatória ao acusado²⁶. Conforme houve descumprimento por parte do legislador de decisão anterior da Corte Constitucional, em abarcar a assistência ao acusado por advogado, foi pronunciada a ilegitimidade da legislação por conta da omissão que deveria o legislativo ter sanado.

Em termos de Brasil, a primeira vez em que houve previsão de combate à omissão inconstitucional foi com a Constituição Federal de 1988. Visivelmente inspirada na Constituição portuguesa de 2 de abril 1976²⁷, a Carta brasileira de 88 apresenta maiores avanços seja porque prevê três ações constitucionais para o controle da omissão inconstitucional (mandado de injunção, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e arguição de descumprimento de preceito fundamental), seja porque considera omissão medidas de cunho legislativo ou administrativo, ou porque tem um leque muito maior de legitimados a propor a ação²⁸.

Como já é cediço, a Constituição brasileira é de matiz dirigente, analítica e aberta, que contém um universo considerável de normas constitucionais de eficácia limitada²⁹. Dessa forma, a origem da inconstitucionalidade por omissão pode ser atribuída à suspeita dos constituintes ao futuro legislador infraconstitucional, bem como uma consequência jurídica da escolha dos tipos normativos inseridos na Constituição

duas regras expressamente se refere (ver também Processo n. 69 de 06 de maio de 1970). Disponível em <<http://www.giurcost.org/decisioni/1970/0076s-70.html>>. Acesso em 16 de jun. 2012.

²⁶ Cf. Itália. Corte Constitucional. Sentenza n° 53, de 1968. Disponível em <<http://www.giurcost.org/decisioni/1968/0053s-68.html>>. Acesso em 16 de jun. 2012.

²⁷ Conforme apresentado por QUARESMA, Regina. O mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 63.

²⁸ Em seu texto original de 1976, a Constituição de Portugal tratava da omissão inconstitucional de modo incipiente, mas já havia alguma sorte de tratamento de tal inconstitucionalidade. Cf. “Artigo 279.º (inconstitucionalidade por omissão) Quando a Constituição não estiver a ser cumprida por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais, o Conselho da Revolução poderá recomendar aos órgãos legislativos competentes que as emitam em tempo razoável”. Disponível em <http://debates.parlamento.pt/r3/dac/constituicao/c_76-6.aspx>. Acesso em 19 jun. 2012. Após a primeira reforma, o dispositivo constitucional a respeito das omissões foi alterado para o artigo 283º, onde foi estabelecido como legitimados a proposição da ação o Provedor de Justiça os Presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autônomas e o Presidente da República, no Brasil são nove os legitimados, cabendo o processamento perante o Tribunal Constitucional.

²⁹ Influenciado pela teoria de Vezio Crisafulli, José Afonso da Silva apresenta uma teoria tricotômica da eficácia das normas constitucionais, segundo a qual as normas constitucionais podem ter eficácia plena, aplicabilidade direta, imediata e integral sobre os interesses objeto de sua regulamentação jurídica, prescindindo de normatividade ulterior; eficácia contida, aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos à determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público; e normas de eficácia limitada, que não têm o condão de produzir todos os seus efeitos essenciais somente com a entrada em vigor do texto constitucional, necessitando de atividade normativa posterior para se tornar eficaz. SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 7ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008.

brasileira de 1988. Ao sair de uma extensa ditadura militar, com histórico de constituições marcadas pela insinceridade normativa³⁰, os parlamentares brasileiros responsáveis pela constituinte de 1987/1988, desconfiados com a experiência de longa e penosa tradição de inoperância de dispositivos constitucionais, viram no texto constitucional um instrumento poderoso de vinculação das legislaturas vindouras com os anseios da população que formavam a sociedade da época.

O estudo das omissões, em que pese à relatada evolução, conta com pouco mais de sessenta anos, tempo exíguo para lograr respostas para um grande número de questões surgidas da experimentação. Há uma série de dificuldades relacionadas à possibilidade de o Judiciário regulamentar uma norma constitucional, como, por exemplo, o déficit democrático, separação de poderes e limites de atuação. No Brasil, onde as discussões são relativamente recentes e iniciadas apenas com a promulgação da Constituição de 1988, a recalcitrância do Parlamento ainda não conta com uma solução previsível, apenas com tentativas de soluções.

Ocorre que o Legislativo ficou-se inerte em relação a uma série de direitos considerados indispensáveis pela população, isso décadas após a promulgação. Não obstante tal situação, ainda optou por instituir outras normas com eficácia limitada, por meio de emenda à Constituição. Esses fenômenos podem ter por base uma série de fatores como, por exemplo, uma ação proposital dos representantes do povo, custo político de certos assuntos, custo operacional, elevado número de normas pendentes de regulamentação, dentre outros³¹. Assim, tendo em vista que no Brasil vige o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, aliado aos instrumentos jurídicos existentes visando ao combate à omissão, o Supremo Tribunal Federal (STF) se viu compelido a enfrentar o assunto, ainda que no início tenha rejeitado essa possibilidade.

1.2 Conceito de omissão inconstitucional

Doutrina e jurisprudência constitucionais, nacional e internacional, debatem o significado, conceito e a extensão da chamada omissão inconstitucional. Desde o

³⁰ A título de exemplo, a Constituição brasileira de 1969 (art. 165, XVIII) previa em seu texto direitos que nunca foram implementadas pelo legislador, como a garantia a todos os trabalhadores do direito à colônia de férias e clínicas de repouso.

³¹ O presente estudo não visa se debruçar sobre os motivos da existência das omissões, mas uma resposta para essa crônica disfunção.

surgimento, a amplitude conceitual da inércia gera algumas incertezas. Na lição de José Joaquim Gomes Canotilho, “o conceito de omissão legislativa não é um conceito naturalístico, reconduzível a um simples não fazer, a um simples conceito de negação”³².

Segundo tal ensinamento, a primeira lição possível de se extrair é que a omissão inconstitucional pressupõe a inobservância de uma exigência constitucional de ação, diverso do mero dever geral de legislar. Sendo assim, além do dever de legislar, José Joaquim Gomes Canotilho pondera que a omissão legislativa constitucional há que derivar do não cumprimento de imposições constitucionais legiferantes em sentido estrito, ou seja, a partir da não observância de normas que, de forma permanente e concreta, vinculam o legislador à adoção de medidas concretizadoras dos preceitos constitucionais³³.

Nessa concepção, a omissão legislativa, jurídico-constitucional relevante, existe quando o legislador, mesmo constitucionalmente obrigado, se abstém de emanar normas destinadas a fazer atuar as imposições constitucionais ou ordem de legislar³⁴. Isso significa que o legislador violou por ato omissivo o dever de atuar concretamente, pois realiza uma abstenção indevida em face de uma norma constitucional certa e determinada, cuja não exequibilidade frustra o integral cumprimento da Constituição. O segundo preceito que decorre do conceito de omissão explica que sua exegese não decorre do bloco de constitucionalidade, mas de norma constitucional específica. A terceira ilação extraída do conceito de omissão aponta para um não fazer qualificado, na medida em que o legislador estava constitucionalmente obrigado a agir de maneira concreta e explícita³⁵.

³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1033.

³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1034.

³⁴ Para Canotilho existe diferença entre imposições constitucionais e ordens de legislar, em que pese ambas gerarem omissões inconstitucionais, na medida em que aquelas se constituem por determinações permanentes e constantes (ex. reajuste salarial), ao passo que as ordens de legislar são determinações ímpares que se exaurem no momento de edição da legislação (ex. criação de entidade). CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1351.

³⁵ Na perspectiva do STF, “Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstando-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere*, ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.” ADI 1.458/DF, rel. Min. Celso de Mello, Pleno, Dj. 20.09.1996.

Esse entendimento é corroborado por Jorge Miranda³⁶, quando o doutrinador português sustenta a necessidade de três pressupostos para configurar a omissão inconstitucional: a) que a violação da Constituição decorra do não cumprimento de norma constitucional certa e determinada; b) que se trate de norma constitucional não exequível por si mesma (normas constitucionais de eficácia limitada); c) nas circunstâncias concretas da prática legislativa, falem as medidas legislativas necessárias para tornar exequível aquela norma constitucional³⁷.

Em regra, o legislador tem a liberdade de conformação sobre a decisão de criar ou não lei sobre determinada matéria. Contudo, tal liberdade é mitigada no momento em que a Constituição cria uma imposição de legislar sobre determinados assuntos, algumas vezes com prazo determinado, que julgou de melhor trato em legislação infraconstitucional.

No magistério de Luiz Roberto Barroso, a Constituição Federal de 1988 traz em seu bojo normas constitucionais que geram omissão inconstitucional e outras que não têm esse condão. Segundo o referido professor, os dispositivos constitucionais que geram inconstitucionalidade por omissão são aqueles referentes às normas de organização e definidores de direitos³⁸, ao passo que as normas programáticas, onde se prevê genericamente a atuação do Estado sem especificar a conduta a ser adotada, não seria possível falar em inconstitucionalidade por omissão, salvo se a providência a ser requerida ao Poder Público estiver relacionada às prestações correspondentes ao mínimo existencial³⁹. Para embasar tal proposição o autor cita como exemplo o disposto nos artigos 215, § 1º e 218⁴⁰, ambos da Carta de 1988.

³⁶ MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. T. II, p. 518.

³⁷ Cumpra observar que Jorge Miranda defende a possibilidade da omissão inconstitucional tomar parte diante de qualquer função do Estado. Nesse sentido, ele explica que a inconstitucionalidade por omissão pode se apresentar em atos normativos, quando o legislador não editasse atos legislativos; poderia haver inconstitucionalidade por omissão de atos políticos ou de governo; por falta de revisão ou reforma constitucional quando a Constituição requeira; inconstitucionalidade por omissão decorrente de atos administrativos; e, por fim, inconstitucionalidade por omissão de ato judicial, o que equivale à negativa de prestação jurisdicional. MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. T. II, p. 507-509.

³⁸ Conforme proposição de Luís Roberto Barroso, as normas constitucionais, segundo sua eficácia, são classificadas em normas constitucionais de organização, normas constitucionais definidoras de direito e normas constitucionais programáticas. BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira. Rio de Janeiro, Renovar: 2009. p 90.

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 56.

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas, p. 159. “Art. 215 - § 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional. Art. 218 - O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.”

Em certa medida, faz sentido a ponderação de referido autor. Considerando o conceito de omissão apresentado, somente os dispositivos que precisamente fazem menção expressa à edição de uma norma seriam objeto de omissão. Todavia, em outra via interpretativa, defendida pelo constitucionalista português, Jorge Miranda, todos os dispositivos que fazem menção à ação estatal poderiam ser considerados omissão inconstitucional.

A Carta Magna de 1988, ao fazer menção sobre omissões inconstitucionais, remete a omissão responsável pela falta de medida apta a tornar efetiva norma constitucional. Com a devida *venia* ao magistério de Barroso, porém, o exame da omissão sobre os referidos tipos normativos, dados como exemplo, não deve recair somente sobre o tipo de dispositivo. O fato de ser considerado mínimo existencial não deve ser o único fator a ser considerado, talvez nem o mais importante. Muito mais deve se levar em conta um juízo sobre o tempo. Ao se verificar uma completa omissão por anos a fio, chegando às raias de uma arbitrária discricionariedade, mesmo uma norma que não faz referência ao mínimo existencial deveria ser sindicável. Nesse sentido, o tópico seguinte se dedica à análise de tal aspecto da omissão.

1.3 Lapso temporal de caracterização da omissão inconstitucional

Talvez o aspecto mais importante de caracterização da omissão inconstitucional seja o momento em que determinado silêncio legislativo/administrativo passa a ser concebido como inconstitucional. Em que pese determinar o lapso temporal que ensejaria a omissão inconstitucional constituir parte essencial do problema, ao cuidar do referido tema, a Constituição brasileira de 1988 não especificou, de forma geral, qual seria o momento preciso de sua ocorrência. O ponto fulcral para o reconhecimento da omissão inconstitucional se relaciona diretamente ao não fazer em tempo útil uma obrigação inculpada em norma constitucional, pressupondo, assim, um juízo sobre o decurso do tempo.

Entretanto, a não adoção de determinado ato normativo em tempo útil remete a duas situações diversas, que se verificam quando: a) há fixação de prazo pelo próprio preceito constitucional; b) não há fixação de qualquer prazo mínimo determinado pela Constituição para a requerida regulamentação.

Na primeira hipótese, se o texto constitucional determina prazo para a realização da medida⁴¹, a inconstitucionalidade por omissão ocorrerá no exato momento em que o prazo estabelecido findar, sem a adoção dos atos necessários. Cumpre esclarecer que durante o decurso do prazo estabelecido pela Constituição, mesmo que haja inércia, não há que se perquirir inconstitucionalidade por omissão, tendo em vista que ainda não ocorreu o total escoamento do prazo. Todavia, bastou ter ultrapassado o prazo previsto na Constituição, sem a adoção de qualquer medida, que estará configurada a inconstitucionalidade por omissão.

No que tange à segunda hipótese, quando o prazo não foi delimitado pela Constituição, como ocorre na maioria dos casos, é necessária uma cuidadosa e ponderada avaliação sobre o aspecto temporal. Para esse caso, é imperativo levar em conta a razoabilidade conformada entre a realidade da sociedade, os aspectos circunscritos a sua formação cultural, a questão orçamentária e o mundo pensado para recair as normas. Nesse diapasão, aparenta ser propícia a aplicação da lógica do razoável elaborada por Luis Recaséns Siches. Esse método de interpretação das normas, conforme ensina Siches, argumenta que a razoabilidade está “circunscrita, condicionada e influenciada pela realidade do mundo social, histórico e particular, no qual e para o qual são produzidas regras jurídicas”⁴².

Necessário, então, para caracterizar a inconstitucionalidade por omissão, indagar se a medida reclamada, ao longo do prazo escoado, não só podia como devia ter sido produzida. Tudo isso levando em conta a relevância e indispensabilidade da norma infraconstitucional para oportunizar operatividade prática às normas constitucionais, levando-se em conta a razoabilidade do prazo a ser estabelecido pelo Tribunal. Assim, somente no caso concreto poder-se-á verificar a fluência de tempo razoável para a realização do ato requisitado, conforme critérios que a Corte julgadora realizará diante dos fatos.

⁴¹ Por exemplo, artigos 12, 20, 48 e 50, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988.

⁴² A Lógica do Razoável, como método, defende que a aplicação das normas jurídicas devem ser pautadas por critérios estimativos, segundo os princípios que regem a razoabilidade, ou seja, escolhendo a solução mais razoável para o problema jurídico concreto, que aqui representa o prazo da omissão inconstitucional. Na visão de Recaséns, o legislador devia agir no intuito de criar normas que sejam, concomitantemente, racionais e razoáveis, que pela sua aplicação seja possível à concretização da justiça. Sendo assim, não há como negar que a função judicante passar a ter destaque, pois, pela lógica do razoável, se admite ao juiz proceder com criatividade no seu ofício gerando uma nova norma para o caso em concreto. SICHES, Luis Recaséns. *Experiência Jurídica, Naturaleza de la Cosa e Lógica Razonable*. México: Unam, 1971. p. 151.

Ao pensar de modo concreto, há que se questionar o fato de passados 25 anos desde a promulgação da Constituição brasileira, ainda é possível considerar razoável que existam normas constitucionais eivadas de omissão inconstitucional que remontam àquela época. Será que no silêncio do legislador, ainda que considerado legítima ferramenta do constitucionalismo, remanesce uma atitude respaldada? Obviamente que se está aqui considerando que algumas omissões advêm do constante processo de reforma e revisão da Constituição⁴³. Tal hipótese faz (re)pensar o anseio de que algum dia não haverá mais omissões inconstitucionais a serem combatidas, pois a Constituição brasileira está em constante processo de alteração e, cada vez mais, o legislador derivado vem inserindo normas de eficácia limitada em seu texto⁴⁴.

A título didático-elucidativo de norma questionada após longos anos, pode se citar a ADI 3.682/MT, de 09 de maio de 2007, ajuizada pela Assembleia Legislativa do Estado do Mato Grosso contra o Congresso Nacional, em razão da mora na elaboração da lei complementar federal, exigida pelo art. 18, § 4º, da CF/88, na redação da EC n. 15/96. Neste caso, como a emenda foi publicada no dia 13 de setembro de 1996 e até o ajuizamento da ADI por omissão, 09 de maio de 2007, não havia sido editada a lei complementar federal definidora do período dentro do qual poderão tramitar os procedimentos tendentes à criação, incorporação, desmembramento e fusão de municípios, foi considerado o prazo de 10 anos como um notório lapso temporal a demonstrar, à primeira vista, a inatividade do legislador em relação ao cumprimento de inequívoco dever constitucional positivo de legislar.

Diversamente, na ADI 2.061-7, de 16 de setembro de 1999, ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores e Partido Democrático Trabalhista em desfavor do Presidente da República, por conta da mora em desencadear o processo de elaboração da lei de revisão geral da remuneração dos servidores da União, na forma prevista no art. 37, X, da CF/88, na redação da EC n. 19/1998, o prazo considerado foi mais exíguo. Na presente hipótese, observou-se a mora inconstitucional quando transcorridos os

⁴³ Cf., por exemplo, o art. 18, § 4º, alterado pela EC n. 15/1996, e o art. 192, alterado pela EC n. 40/2003, ambos da Constituição Federal de 1988.

⁴⁴ Alguns doutrinadores anseiam com a possibilidade de chegar o dia em que a Constituição será plenamente realizada, contudo, diante do atual panorama, caso a sanha reformadora não seja refreada, sempre inovando no sentido de retirar a eficácia direta das normas, não há como ver possível tal horizonte. Dentre aqueles doutrinadores mais otimistas, o seguinte trecho de Gilmar Ferreira Mendes retrata bem tal pensamento: “Como ressaltado, abstraídos os casos de omissão absoluta, **que devem ser cada vez mais raros**, com a promulgação das leis expressamente reclamadas pelo texto constitucional.” Grifos acrescidos. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional, p. 1201.

primeiros 12 meses da data da edição da emenda constitucional n. 19/98, em 4 de junho de 1998, haja vista o prazo de revisão geral anual adotado pelo dispositivo constitucional.

Percebe-se, então, que na existência de prazo estabelecido pela Constituição para efetivação do que dispõe, haverá omissão inconstitucional imediatamente ao termo fixado. Contudo, ao tratar de medidas sem prazo firmado pela Constituição, o STF está utilizando o critério da razoabilidade, que pode significar dez anos, dependendo do caso concreto. Cumpre observar que o problema de prazo também se mostra presente, não só para início do processo legislativo, mas também após iniciado e não ultimado o trâmite, que também não há previsão na Constituição de 1988. O fato é que não há um prazo fixo ou genérico delimitado pela própria Constituição ou pela jurisprudência para configurar a omissão inconstitucional. A decisão de reconhecer a inércia como omissão fica aos critérios casuísticos fixados pelos próprios ministros do STF, o que pode variar de acordo com a formação da Suprema Corte em determinado momento⁴⁵.

Há ainda que se ponderar a questão das normas constitucionais definidoras de direitos e garantias fundamentais. Isso porque há previsão explícita no art. 5, § 1º, da Constituição Federal de 1988, que tais normas gozam de aplicabilidade imediata. Assim sendo, não resta outra possibilidade que não seja a de reduzir, consideravelmente, a tolerância do prazo, ante a necessária observância do princípio constitucional da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais⁴⁶. O questionamento cinge-se em saber até quando podemos considerar razoável um lapso temporal da inércia de algum Poder em implementar um direito ou assegurar uma garantia fundamental. Em suma, não há resposta pré-pronta para possibilidade tão complicada, sendo assim, cabe ao Tribunal construir a decisão no caso concreto.

1.4 Espécies de omissão inconstitucional

Basicamente, a omissão pode ser definida como a inércia ou letargia legislativa que ocorre sobre a norma constitucional certa e determinada, dotada de eficácia limitada

⁴⁵ Conforme a explicação sociológica sobre a forma decisional do Supremo Tribunal Federal. Segundo essa tese, os ministros da Suprema Corte não decidem as causas somente por tensões exógenas, mas também por influências endógenas, de forma que suas preferências pessoais influenciam no julgado.

⁴⁶ Conforme pondera PIOVESAN, Flavia. Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandato de injunção. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 96.

que, mandando o Poder Público praticar certo ato ou certa atividade nas condições que estabelece, o destinatário não o faça, nos termos exigidos, tampouco em tempo útil, ao que desse comportamento negativo decorram consequências. Diante de tal proposição, é possível observar que o estudo das omissões inconstitucionais, visando facilitar a sua compreensão, admite a subdivisão em basicamente duas categorias: quanto à extensão da omissão e quanto ao tipo de medida não realizada. No que tange à extensão, a omissão inconstitucional pode ser total ou parcial; quanto ao tipo de medida, a omissão pode ser relacionada a medidas de índole administrativa ou omissão legislativa que, por sua vez, ainda é dividida em omissão legislativa por ausência de proposição e *inertia deliberandi*.

1.4.1 Omissão inconstitucional total e parcial

A inconstitucionalidade por omissão pode se apresentar, no que tange à extensão, em omissão total ou parcial. A omissão é dita total quando o legislador não empreende a providência constitucional reclamada, seja legislativa ou de cunho administrativo. Vale informar, em face do dever jurídico de agir, quando a indevida abstenção é integral, consiste, pois, no absoluto silêncio. Em dada situação, à primeira vista, a prática nos tribunais usualmente recai sobre três possibilidades de atuação. A primeira consiste em dar aplicabilidade direta e imediata ao preceito constitucional. A segunda seria declarar a existência da omissão, dando ciência de tal ao órgão responsável por colmatá-la. Por fim, outra possibilidade é o Poder Judiciário criar a norma faltante para o caso concreto⁴⁷.

Conceder aplicabilidade direta a uma norma que, originalmente, é destituída de tal efeito depende da densidade jurídica apresentada pelo preceito constitucional. Em regra, mesma nessa hipótese, é comum que o Judiciário conceda mais algum prazo para proceder à aplicação direta do dispositivo. A dificuldade em tal técnica reside em extrair a densidade que se encontra na norma constitucional. Contudo, tendo em vista que não implica em criação de normas pelo Judiciário, a implementação de eficácia direta à norma é a que encontra maiores adeptos, sob o pretexto de que seria solução menos

⁴⁷ Na Itália, Alemanha, Áustria e, mais recentemente, Espanha, Costa Rica e Hungria, as Cortes Constitucionais vêm solucionando o problema das omissões inconstitucionais modulando os efeitos de suas decisões, proferindo sentenças chamadas normativas.

complexa e, assim, o Judiciário não violaria princípios como a separação dos poderes ou o princípio democrático.

O discurso de que a decisão do Judiciário que aplica diretamente um preceito de eficácia limitada implica em menor ingerência a tais princípios aparenta ser falacioso. Isso porque, em que pese ter alguma densidade normativa, tal dispositivo não tem o condão de regular de per si a matéria por ele tratada, caso contrário teria eficácia plena, o que remete a possibilidade do Judiciário se enveredar na função legislativa⁴⁸.

A segunda possibilidade, declarar a existência da omissão com ciência ao órgão omissor, é a mais largamente utilizada nos ordenamentos jurídicos que reconhecem a existência de omissões inconstitucionais. Não raro, tal técnica é reservada para as possibilidades em que a norma constitucional é totalmente destituída de densidade jurídica. Entretanto, em países que não possuem experiência sedimentada em combater omissões existe a tendência de ampliar o espectro de utilização da referida técnica⁴⁹.

Criar a norma faltante para o caso concreto, certamente, é o último bastião a ser utilizado pelo Poder Judiciário, mas há casos em que seu uso é considerado inevitável⁵⁰. Embora essa possibilidade seja a mais eficiente, ela também é uma das menos utilizadas para sanar omissões inconstitucionais⁵¹. Essa solução ainda é um tanto desprestigiada

⁴⁸ Prova disso é o resultado do julgamento do MI 283-5/1991, rel Min. Sepúlveda Pertence, em que o STF julgou a mora do legislador em sanar omissão do art. 8º, §3, do ADCT da Constituição Federal de 1988, que prevê aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica nº S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e nº S-285-GM5 será concedida reparação de natureza econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição. Na oportunidade a Corte reconheceu a mora, fixou o prazo de sessenta dias para ulatimação do processo legislativo e facultou ao impetrante da medida o recebimento da indenização com base no direito comum, ou seja, novamente deveria ele bater as portas do Judiciário para que ele implementasse um direito seu que decorria de omissão legislativa, só que no primeiro grau de jurisdição.

⁴⁹ Ultimamente o Brasil vem mudando de orientação, mas essa ainda é a prática mais utilizada. Em épocas mais remotas a Corte se limitava, tão somente, a dar ciência da mora ao legislador, hoje é possível vislumbrar que ela vem, ainda timidamente, desenvolvendo técnicas mais arrojadas de colmatar lacunas, a exemplo com o que fez com o direito de greve no serviço público. Um exemplo de Corte que remanesce na utilização da técnica de ciência é a portuguesa, mas o STF ainda utiliza desse expediente como decisão inicial, uma espécie de etapa.

⁵⁰ O Tribunal Constitucional alemão passou a reconhecer a faculdade de emprestar eficácia plena aos preceitos constitucionais por meio do processo de concretização (Konkretisierung). Conforme ensina Regina Quaresma, na Alemanha, a sentença que requer a providência legislativa determina um prazo – em geral até o final da legislatura – para que a regulamentação pleiteada seja elaborada (concretizando na prática o direito). Expirado este prazo, competirá ao Tribunal Constitucional resolvê-la, havendo uma sanção política ao órgão omissor (Legislativo ou Executivo). QUARESMA, Regina. O mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, p. 64. Cf. Julgado alemão BVerfGE, 25: 167 (188) de 29 de janeiro de 1969.

⁵¹ O que não significa estar destituída de aplicação. De fato, é emblemática a utilização da técnica de sentença normativa/aditiva realizada pela Corte Constitucional da Índia no caso Vishaka and others v. State of Rajasthan, em 13 de agosto de 1997. No caso a Corte baixou 12 diretivas visando implementar o

ante seu arenoso habitáculo, levando em conta as supostas, insuperáveis condições que o sistema permite. Todavia, tal técnica ainda conta com adeptos e, diante do constante cenário de omissões, não aparenta ser uma ideia tendente a ser abandonada.

De outro modo, será parcial a omissão quando a ação atende parcialmente a vontade constitucional ou deliberadamente atende a uma categoria de pessoas, optando por excluir outras que deveriam ser contempladas, em violação ao princípio da isonomia. Isto é, o poder público atua, mas de forma insuficiente ou deficiente, de modo que não é capaz de responder aos exatos reclamos do preceito constitucional. Sendo assim, a omissão parcial é um fenômeno de complexidade considerável, uma vez que, não raro, pode ensejar em inconstitucionalidade por ação, haja vista a existência de uma atividade legislativa, ainda que de forma incompleta.

Na primeira hipótese, a inconstitucionalidade pode ocorrer na medida em que algum direito, em que pese estendido a todos, é insuficiente. Por exemplo, a fixação de um salário mínimo que não seja capaz de atender as necessidades vitais básicas do trabalhador. Na segunda, tal fenômeno pode ocorrer em face de violação ao princípio da igualdade, sempre que acarrete um tratamento mais favorável ou desfavorável a situações, certas pessoas ou grupo de pessoas, em detrimento de outras situações, certas pessoas ou grupo de pessoas, que preencham os mesmos pressupostos de fato e que, por isso mesmo, deveriam ser também contempladas pela medida.

O STF já se deparou com tal situação na ADI n. 526, proposta contra a Medida Provisória n. 296/1991, que concedeu aumento de remuneração à expressiva categoria de servidores estatais, em alegada ofensa ao disposto no art. 37, X, da CF/88, por haver excluído do benefício outros servidores. Na ocasião o Relator Ministro Sepúlveda Pertence deparou-se com o seguinte dilema: a declaração da inconstitucionalidade por ação, em virtude de violação do princípio da isonomia e consequente nulidade da vantagem a todos, o que não traduz privilégio a ninguém; ou a declaração da

direito fundamental de igualdade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, tendo por base os artigos 14, 19 e 21 da Constituição indiana. A parte dispositiva versa o seguinte: “In view of the above, and the absence of enacted law to provide for the effective enforcement of the basic human right of gender equality and guarantee against sexual harassment and abuse, more particularly against sexual harassment at work places, we lay down the guidelines and norms specified hereinafter for due observance at all work places or other institutions, until a legislation is enacted for the purpose. This is done in exercise of the power available under Article 32 of the Constitution for enforcement of the fundamental rights and it is further emphasised that this would be treated as the law declared by this Court under Article 141 of the Constitution.” Disponível em <<http://indiankanon.org/doc/1031794/>>. Acesso em 21 de jun. 2012.

inconstitucionalidade por omissão, com a simples comunicação da decisão ao órgão competente, para que supra a omissão, sem com isso declarar a nulidade da norma vergastada.

É evidente que a declaração de inconstitucionalidade por ação, com a pronúncia de nulidade do ato tido por incompleto, não configuraria a técnica mais adequada para a eliminação da situação inconstitucional nos casos de omissão parcial, pois causaria uma omissão ainda mais grave sob o ponto de vista de completa falta de norma. Uma cassação aprofundaria o estado de inconstitucionalidade, passando da inconstitucionalidade parcial para total.

Partindo dessas premissas, o ministro Gilmar Mendes⁵² propôs, seguindo o entendimento que foi utilizado pela Corte Constitucional alemã, a aplicação no Direito brasileiro da técnica de decisão que os alemães utilizam nos casos de lacuna inconstitucional parcial, ou seja, a declaração de inconstitucionalidade sem a respectiva pronúncia de nulidade (*Unvereinbarerklärung*). Tal decisão prevê que a Corte reconheça a inconstitucionalidade e, em caráter mandamental, obrigue o legislador a suprir com a presteza possível a omissão parcial. Entretanto, a omissão parcial ainda gera outra implicação, a de que imperativo observar se a omissão parcial resulta de uma conduta deliberada do legislador em conceder vantagem só a certas situações, pessoas ou grupo de pessoas, em detrimento de outras, porque nesse caso há de ser reconhecido, *in casu*, a inconstitucionalidade por ação. Em outro sentido, se a omissão parcial decorrer apenas de uma equivocada apreciação das situações de fato, sem que haja propósito deliberado de favorecer situações, pessoas ou grupo de pessoas, haverá inconstitucionalidade por omissão parcial, o que não aparenta ser tarefa simples.

1.4.2 Omissão de medidas de índole administrativa

As omissões constitucionalmente sindicáveis abarcam, como delineado em linhas anteriores, os atos omissivos do Poder Público que tornem inexecutáveis preceitos normativos de eficácia limitada. Os referidos atos podem se apresentar, quanto ao tipo de ato requisitado, como condutas legislativas ou administrativas, não havendo distinção na Constituição. Aliás, a previsão inovadora, diga-se de passagem, de sujeição

⁵² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional, p. 1190.

das omissões administrativas ao controle de constitucionalidade, foi inserida na Constituição Federal de 1988, pela primeira vez, como uma das vertentes de utilização da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO).

Com efeito, um importante passo para tornar exequível todas as normas de eficácia limitada foi entender que não apenas atos legislativos são necessários para implementar normas constitucionais, mas também atos administrativos, muitas vezes exigidos pelos preceitos constitucionais. Nesse sentido, o constituinte de 1988 trouxe a previsão de compelir o órgão administrativo omissor a tomar medida necessária para tornar efetiva norma constitucional de eficácia limitada, devendo fazê-lo em 30 dias. Assim, pela própria formulação empregada pelo constituinte, não resta dúvida de que se teve em vista aqui não só a atividade legislativa, mas também a atividade tipicamente administrativa⁵³, que pode, de alguma forma, afetar a efetividade de norma constitucional (como os decretos, os regulamentos, as portarias, as ordens de serviço, as circulares, as resoluções, as decisões administrativas, entre outros).

Um questionamento gerado pelo controle da omissão de medidas de índole administrativa versa, precipuamente, sobre a possibilidade ou não de realização desse controle sobre atos administrativos propriamente ditos (de índole não normativa), ou mesmo as de índole organizatória. Ou será que apenas aqueles atos administrativos com caráter normativo teriam essa possibilidade do controle?

No período inicial de experimentos da ADO, o STF optou pela segunda hipótese. Em uma das poucas oportunidades de manifestação sobre medidas de índoles administrativa⁵⁴, a Excelsa Corte decidiu que permitir o controle de atos administrativos propriamente ditos abriria um campo interminável de atuação via ADO. Dessa forma, ficou estabelecido que o objeto do controle da omissão inconstitucional imputável a

⁵³ Tal posicionamento do constituinte não é isento de críticas. Com efeito, o Ministro Gilmar Mendes pondera que as omissões de providências de índole administrativa, em princípio, não se afiguram adequadas para afetar, primariamente, a efetividade de uma norma constitucional, até porque, segundo o referido autor, como resulta da própria estrutura constitucional, essa tarefa foi confiada, primordialmente, ao legislador. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional, p. 1190.

⁵⁴ STF, ADI 19/AL, Rel. Min. Aldir Passarinho. DJ 14/04/1989. Referida ação pleiteava que a Assembleia Legislativa de Alagoas, em cumprimento ao preceito constitucional que manda aplicar limites balizadores aos salários dos funcionários com base no Poder Executivo, ajustasse a folha de pagamento dos funcionários da Casa Legislativa, e foi assim ementada: “A ação de inconstitucionalidade por omissão não é de ser proposta para que seja praticado determinado ato administrativo em caráter concreto, mas sim visa a que seja expedido ato normativo que se torne necessário para o cumprimento de preceito constitucional que, sem ele, não poderia ser aplicado”.

órgão administrativo se restringe à medida normativa, ainda que tenha caráter administrativo.

As possibilidades se mostram presentes. Na realidade, a partir de uma interpretação gramatical da Constituição de 1988 é nítida a abertura do preceito que trata do assunto⁵⁵. Isso porque, o dispositivo apenas faz referência à medida para tornar efetiva norma constitucional, versando, também, que devem ser tomadas as providências necessárias. Não é impossível a interpretação de que a própria Constituição requeira um ato administrativo propriamente dito para dar plenitude a um de seus preceitos, a depender da matéria tratada. Ademais, a interpretação de que é cabível controle da omissão de ato administrativo decorre da simples referência constitucional a órgão administrativo no dispositivo concernente.

Com tal abstração, é crível a interpretação que conduz à possibilidade de controle da omissão de ato administrativo de índole não normativa, desde que seja requerido por preceito constitucional para integrá-lo, levando em consideração que o texto constitucional é cogente ao prescrever que sejam tomadas as providências necessárias a tornar efetiva norma constitucional. Contudo, e em todos os sentidos, a tese defendida por um STF que, à época, não devia sua investidura à nova ordem constitucional, não aparenta consonância com a sistemática atual de abarcar todas as hipóteses passíveis de conduzir à plenitude constitucional. Tal julgado foi proferido em data muito recente à promulgação da Constituição Federal de 1988, o que mostra ter sido ele desenvolvido em época que não havia evoluído a questão da omissão inconstitucional como hoje foi feito, justificando-se, assim, o referido posicionamento. Tendo em vista que a matéria não foi objeto de nova deliberação pela Corte, não há, ainda, novos parâmetros sobre o assunto.

1.4.3 Omissão legislativa

Em razão da crescente expansão da ideia de Estado de Direito, professada arduamente pós-revolução francesa, não resta dúvidas de que a concretização da Constituição de 1988 foi conferida, profunda e intensamente, à promulgação de leis. Essa tarefa foi entregue, precipuamente, às instâncias políticas, que devem proceder à

⁵⁵ Cf. Constituição Federal de 1988. Art. 103, § 2º - “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

atividade legislativa ordinária, já que a Constituição de 1988 não basta em si mesma. Nesse sentido, foram conferidos aos órgãos legislativos, como função típica, o poder e, principalmente, o dever de emprestar conformação à realidade social, ao promulgar as leis requisitadas pelo texto constitucional. Portanto, a omissão legislativa constitui o objeto fundamental da ADO, em que pese a já demonstrada existência de omissão de cunho administrativo.

O estudo dessa espécie de omissão compreende a subdivisão da omissão legislativa, quanto ao momento, em: ausência de proposição legislativa; e, ausência de discussão e votação, também conhecida como *inertia deliberandi*.

1.4.3.1 Ausência de proposição

Não há qualquer dificuldade em se reconhecer uma omissão legislativa por ausência de proposição. Isso porque, somente pela inércia completa do órgão/poder dotado da responsabilidade de proposição legislativa, no dever de principiar o processo legislativo, configura-se a omissão legislativa por ausência de proposição. Em outras palavras, é possível dizer que o não deflagrar do processo legislativo é a primeira forma de omissão inconstitucional a ser observada.

Na Corte Excelsa brasileira ficou estabelecido que o desencadeamento do processo legislativo, pela apresentação do projeto de lei, tem o condão de elidir a mora inconstitucional⁵⁶. Tal medida, de fato, se apresenta como suficiente para ultrapassar a primeira fase da omissão inconstitucional de medida legislativa, mas não ultima o problema. Com o mero início do processo legislativo da medida requisitada pela Constituição estará, em tese, sanado o problema da omissão inconstitucional daquela norma. Isto é, ao menos temporariamente, pois a seguir é perceptível que a lacuna normativa pode ter sido apenas postergada, haja vista que a ausência de discussão e votação, por longo tempo, também pode gerar uma omissão passível de ser atacada pela jurisdição constitucional.

⁵⁶ Cf. STF, ADI 2495, Rel. Min. Ilmar Galvão. j. 02/05/2002, DJ. 02/08/2002. “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. ART. 37, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (REDAÇÃO DA EC N. 19, DE 04 DE JUNHO DE 1998). ESTADO DE SANTA CATARINA. Mora inconstitucional que não se verifica, tendo o Chefe do Executivo estadual, em cumprimento ao dispositivo constitucional sob enfoque, enviado à Assembléia Legislativa projeto de lei sobre a revisão geral anual de servidores catarinenses. Ação direta prejudicada.”

1.4.3.2 *Inertia Deliberandi*

Conforme os balizamentos apresentados anteriormente, a propositura do projeto de lei apenas remediará o problema da omissão inconstitucional. Isso porque existe a possibilidade de que os órgãos legislativos deixem de deliberar o projeto apresentado dentro de um prazo razoável, o que tornaria o início do processo legislativo inócuo. A essa desídia posterior, muitas vezes utilizada como subterfúgio doloso para conferir uma resposta paliativa ao problema, foi dado o nome de *inertia deliberandi*.

Ressalvadas as obras legislativas que não permitem conclusão em prazo exíguo, haja vista a envergadura de seu conteúdo e a dificuldade dos debates, por exemplo, a exclusão do procedimento abreviado nos projetos de código (art. 64, § 4º, Constituição Federal de 1988), uma conduta desidiosa ou negligente das Casas Legislativas, no que se refere à deliberação das demais leis que lhe são apresentadas, pode ser vista como ilegítima⁵⁷. Isto posto, seria totalmente possível o manejo da ADO para combater a *inertia deliberandi* (discussão e votação) do Parlamento.

Hoje em dia, é possível abstrair que a omissão legislativa decorrente da ausência de proposição perdeu muito espaço para a *inertia deliberandi*⁵⁸. Cada vez mais, a ausência, ou mesmo deficiência, de discussão sobre um projeto de lei está a merecer maior atenção por parte do estudo das omissões inconstitucionais. Em determinado contexto, a *inertia* pode se apresentar como uma forma dos parlamentares ganharem mais tempo com aquilo que não se tem interesse em discutir. Não teria qualquer sentido e efetividade combater a ausência de proposição legislativa para depois deixar que o processo de discussão e votação se estenda *ad aeternum*⁵⁹. Seja em um caso ou em outro, a Constituição clamará por integração legislativa sem, no entanto, auferi-la.

⁵⁷ Dificuldades decorrentes do próprio processo democrático, bem como o pluralismo político e o elevado grau de heterogeneidade do Legislativo, são responsáveis por elevar as discussões e os embates políticos entre oposição e governo, o que dificulta as negociações e, conseqüentemente, o avanço da equação das lacunas.

⁵⁸ Atualmente, 31 dispositivos constitucionais, de um total de 115 pendentes de regulamentação, não contam com qualquer sorte de proposição. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/regulamentacao/dispositivos>. Acesso em 16 de mar. 2013.

⁵⁹ Um exemplo muito claro do que está sendo argumentado aqui é a *inertia deliberandi* que o Congresso Nacional insiste em manter quanto a regulamentar o art. 18, § 4º, da CF/88. A Corte Excelsa, por unanimidade, julgou procedente pedido formulado na ação direta de inconstitucionalidade por omissão 3682-MT de 2007, para reconhecer a mora do Congresso Nacional em elaborar a lei complementar federal a que se refere o § 4º do art. 18 da CF/88, na redação dada pela EC 15/96, haja vista o lapso temporal de mais de 10 anos, desde a data da publicação da EC 15/96. Entretanto, ficou consignado na ação que não haveria uma total inércia legislativa, haja vista os vários projetos de lei apresentados e

2. ALTERNATIVAS UTILIZADAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO COMBATE À OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

Nossas vidas começam a terminar no dia em que permanecemos em silêncio sobre as coisas que importam.

Martin Luther King

Tecidas as considerações no capítulo anterior sobre a atual discussão sobre a omissão inconstitucional, agora o estudo volta suas atenções para as alternativas gestadas na busca por solucionar a questão no âmbito brasileiro. Diversas situações jurídicas previstas na Constituição brasileira seriam inócuas ante a inexistência de meios aptos a garantir a concretização de seus efeitos. É consenso em muitos ordenamentos a imperatividade de que existam órgãos, procedimentos e instrumentos capazes de viabilizar a concretude de normas constitucionais de eficácia limitada. A atividade precípua de implementar tais normas é, sem dúvida, conferida aos representantes da sociedade. Naturalmente, a parte mais relevante quanto aos meios e modos de realização da vontade constitucional deve ser conduzida pelos agentes sufragados.

Por outro lado, ante a inação das instituições eleitas, mecanismos foram forjados para atuação subsidiária de outras instituições, visando à salvaguarda do texto constitucional. No extremo, instalada a inefetividade que frustra a Constituição de maneira permanente, o Judiciário foi o “eleito” para suprir o déficit de atuação do Legislativo.

A Constituição é uma norma viva, em contínuo desenvolvimento, resultado das experiências anteriores e dos anseios prospectivos. Tal característica pode ser atribuída, em grande medida, ao caráter aberto/principiológico dos dispositivos que guarnecem seu arcabouço. Dessa forma, permitir a abertura permanente para múltiplas alternativas e possibilidades de lograr efetividade do texto constitucional implica, além da garantia

discutidos no âmbito do Legislativo. Não obstante, ineditamente, foi estabelecido que a *inertia deliberandi* (discussão e votação) também configuraria omissão passível de vir a ser reputada morosa, no caso de os órgãos legislativos não deliberarem dentro de um prazo razoável sobre o projeto de lei em tramitação.

de observância das imposições constitucionais legiferantes, arrefecimento das práticas realizadas.

Nessa linha de raciocínio, Peter Häberle pondera o desenvolvimento de uma teoria do pensamento do possível a novas alternativas, que pode representar uma abertura interpretativa da Constituição, nos seguintes moldes:

O pensamento do possível é o pensamento em alternativas. Deve estar aberto para terceiras ou quartas possibilidades, assim como para compromissos. Pensamento do possível é pensamento indagativo (*fragendes Denken*). Na *res publica* existe um *ethos* jurídico específico do pensamento em alternativa, que contempla a realidade e a necessidade, sem se deixar dominar por elas. O pensamento do possível ou o pensamento pluralista de alternativas abre suas perspectivas para “novas” realidades, para o fato de que a realidade de hoje pode corrigir a de ontem, especialmente a adaptação às necessidades do tempo de uma visão normativa, sem que se considere o novo como o melhor⁶⁰.

O pensamento do possível busca incentivar uma espécie de adaptabilidade do texto à constante evolução social da sociedade. Desse modo, é possível (re)pensar os modelos existentes de colmatação de lacuna e retrabalhá-los de forma a cumprir o intento de constituir ferramentas republicanas úteis. Algumas alternativas já foram trilhadas visando permitir um tratamento adequado das omissões inconstitucionais⁶¹, sem embargo de outras serem apresentadas buscando o mesmo intento.

Consoante esse espírito, a seguir serão apresentados três possibilidades para o ordenamento jurídico brasileiro, organizadas de forma gradativa. A primeira alternativa, conforme será demonstrado, faz referência a um instituto que vem sendo, paulatinamente, agregado de forma explícita no ordenamento jurídico brasileiro. A segunda alternativa, em que se optou por trabalhar no presente estudo, configura mais uma tendência na sistemática nacional, mas que, inclusive, já pode ter sua aplicação identificada em um julgamento no STF. Por fim, a terceira alternativa, que será apresentada em um capítulo inteiramente dedicado ao tema, visa construir teoricamente a possibilidade de uma colmatação democrática de lacunas em processo judicial constitucional.

⁶⁰ HÄBERLE, Peter. Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenken, in: Die Verfassung des Pluralismus. Königstein/TS: Athenaum, 1980. p. 3.

⁶¹ Conferir FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Inconstitucionalidade por omissão, p. 60-62; BARROSO, Luis Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas, p.169-170; PIOVESAN, Flavia. Proteção judicial contra omissões legislativas, p 76.

2.1 Sentença aditiva

Desde a identificação do fenômeno da omissão inconstitucional, uma vasta gama de países vêm se debruçando sobre esse tema. Entre todos, a busca incessante é uma só: encontrar um mecanismo adequado com soluções idôneas para os múltiplos problemas práticos e teóricos que a referida omissão suscita desde sua origem. A dificuldade de controlar as omissões inconstitucionais consistia, conforme verbalizado no capítulo antecedente, no fato de a prática do controle de constitucionalidade ser voltado apenas para a nulificação de normas consideradas incompatíveis com a Constituição. Tal solução não serviria, nesses moldes, ao intento buscado para suprir o problema da omissão inconstitucional, porquanto, na omissão total, o simples reconhecimento da inconstitucionalidade pela inexistência de uma lei em nada mudaria a impossibilidade de fruição do preceito constitucional não regulamentado, ao passo que a anulação da lei questionada de omissão parcial apenas agravaria a situação de inconstitucionalidade.

Entrementes, constatando a ineficácia dos instrumentos existentes para controle da omissão, a *Corte Costituzionale della Repubblica italiana*, em 1970⁶², foi uma das precursoras em solucionar o problema das omissões inconstitucionais parciais. Na referida época, a Corte desenvolveu uma espécie de decisão com efeitos modulados, proferindo sentenças denominadas normativas⁶³. Por esse tipo de provimento jurisdicional, o Tribunal italiano, no controle de constitucionalidade das omissões parciais, está autorizado a manipular o dispositivo normativo questionado, para alterar ou ampliar seu significado. Na ausência de algum elemento normativo necessário para que o dispositivo normativo em julgamento esteja de acordo com a Constituição (omissão parcial), a Corte pode acrescentar a essa norma o elemento ausente, que pode ser outra norma ou princípio constitucional do ordenamento jurídico.

2.1.1 Evolução do modelo de sentença até a sentença aditiva

Inserido no contexto da necessária criação de novos aparatos visando combater as inconstitucionalidades, surge a tipologia das *sentencias estimatorias*

⁶² Conforme ensina IANNUCILLI, Loris. Profili storici e teorici. In: Corte Costituzionale italiana. Problemi Dell'omissione legislativa nella giurisprudenza costituzionale: Quaderno predisposto in occasione della Conferenza della Corti Costituzionali europee. Vilnius 2. 7 giugno, 2008. Disponível em: <<http://www.cortecostituzionale.it/studiRicerche.do>> Acesso em: 13 ago. 2012.

⁶³ Instrumento semelhante começa a se desenhar, mais recentemente, no Tribunal Constitucional espanhol. Cf. RUIZ, María Ángeles Ahumada. El Control de Constitucionalidad de las omisiones legislativas. In: Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Nº. 8, 1991. p. 169-194.

*interpretativas*⁶⁴. Por esse instrumento a Corte Constitucional italiana, ao declarar a inconstitucionalidade da disposição normativa, com eficácia vinculante e efeito *erga omnes*, anula uma, ou várias, facetas interpretativas do conteúdo normativo contido no enunciado, de forma a manter intacto o enunciado textual da norma⁶⁵.

Como uma subespécie da categoria anterior, a Corte italiana desenvolveu a chamada *sentencia estimatoria parcial*⁶⁶. Esse tipo de sentença consiste na anulação de parte do conteúdo normativo da disposição. O Tribunal Constitucional condensa as diversas normas extraídas da disposição para depois anular uma ou mais delas, apenas reduzindo o conteúdo da norma sem modificar seu enunciado⁶⁷.

Ao aprofundar mais sobre o tema, é possível encontrar outras três ramificações dentro da classificação de sentenças manipulativas: *la sentencia estimatoria interpretativa en sentido estricto*, as aditivas e as substitutivas. As sentenças estimatórias interpretativas em sentido estrito ou sentenças manipulativas em sentido estrito são aquelas que implicam apenas redução do conteúdo normativo da disposição. Como decorrência deste tipo de sentença manipulativa surgiram as sentenças substitutivas e aditivas. Isso porque, a partir do momento em que referidas sentenças conferiram legitimidade à Corte italiana para manipular o conteúdo normativo das disposições, abriu-se caminho para a emissão de pronunciamentos que, ao invés de reduzir, modificam ou até mesmo ampliam o conteúdo normativo das disposições.

Em síntese, a sentença aditiva ocorre quando o Tribunal declara a inconstitucionalidade da norma pela ausência de todo o conteúdo normativo que dela deveria constar, condicionando a permanência do dispositivo questionado no ordenamento jurídico à conseqüente adição de texto pela Corte à disposição da lei. Por outro lado, diversamente da decisão aditiva, a sentença substitutiva não se limita a censurar uma omissão, mas, de uma só vez, declara a inconstitucionalidade de parte da

⁶⁴ Muito bem explicitada pelo Professor de Direito Constitucional da Universidade de Salamanca, LA VEGA, Augusto Martín de. *La sentencia constitucional en Italia*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2003. p. 201.

⁶⁵ A exemplo do que é aplicado aqui no Brasil, quando o Supremo Tribunal Federal utiliza o instituto da interpretação conforme a Constituição (*Verfassungskonforme Auslegung*), oriundo da experiência alemã, como princípio que se situa no âmbito do controle de constitucionalidade.

⁶⁶ LA VEGA, Augusto Martín de. *La sentencia constitucional en Italia*, p. 215.

⁶⁷ A doutrina denominou esse tipo de provimento como sentença manipulativa, BELLOCCI, M.; GIOVANNETTI, T. *Il quadro delle tipologie decisorie nelle pronunce della Corte costituzionale: quaderno predisposto in occasione dell'incontro di studio con la corte costituzionale di ungheria*. Palazzo della Consulta, 11 giugno 2010. Disponível em: <<http://www.cortecostituzionale.it/studiRicerche.do>> Acesso em: 17 jan. 2013.

disposição normativa e, na mesma ocasião, elimina o vício substituindo o texto por outro de conteúdo diverso⁶⁸.

2.1.2 Aspectos históricos

As sentenças aditivas têm sua exegese a partir da experiência prática e, só então, foi desenvolvida teorias sobre sua utilização. Em que pese o reconhecimento inicial da omissão inconstitucional ter ocorrido por ocasião da decisão nº 76, de 1970⁶⁹, da Corte Constitucional italiana, a primeira vez que o instituto da sentença aditiva teve utilização foi a decisão nº 190, do mesmo ano⁷⁰. Desde então, o instituto tem se desenvolvido com debates focados, principalmente, em sua eficácia e nos limites de sua utilização, posto que sua admissibilidade se sedimentou com o manejo.

O contexto em que foi gestada a sentença aditiva não poderia ser mais propício. Ainda em 1970, a Constituição italiana convivía com uma legislação inconstitucional, promulgada, em grande parte, durante o regime fascista vigente até 1943. Isso porque o Legislativo não estava comprometido em modernizar a legislação e regulamentar os novos preceitos constitucionais da Constituição italiana pós-guerra, promulgada em 27 de dezembro de 1947. A título de conhecimento, no que tange à eficácia das decisões do Tribunal em controle de constitucionalidade, a referida Constituição só dispunha sobre os efeitos das *sentencias estimatorias*, deixando a cargo do legislador infraconstitucional a missão de desenhar os contornos do instituto. A regulamentação insuficiente pelo Legislativo, aliada à necessidade de o Tribunal de adequar seus instrumentos processuais à realidade, foi o mote para criação de fórmulas que permitissem modular a incidência dos pronunciamentos da jurisdição constitucional no ordenamento jurídico.

⁶⁸ Em concisa caracterização, sentença substitutiva pode ser considerada como “as decisões com as quais o Tribunal declara a ilegitimidade de determinada disposição legislativa na parte em que prevê X ao invés de Y. Com aquelas a Corte ‘substitui’ uma locução normativa, incompatível com a Constituição, com outra, constitucionalmente correta”. Tradução livre de trecho da obra de BIN, Roberto; PITRUZZELA, Giovanni. *Diritto costituzionale*. 3 ed. Turim: G. Giappichelli Editore, 2002. p. 425.

⁶⁹ Conferir item 1.1 supra.

⁷⁰ Conforme ensinam BELLOCCI e GIOVANNETTI, “[t]ra i primi esempi di decisioni additive può citarsi la sentenza n. 190 del 1970, che ha dichiarato costituzionalmente illegittima la disposizione che prevedeva la presenza del pubblico ministero all’interrogatorio dell’imputato. La ragione dell’incostituzionalità non risiedeva, evidentemente, in ciò che essa contemplava, bensì in ciò che essa taceva, ed in particolare la (necessaria) presenza del difensore dell’imputato al medesimo interrogatorio, donde una declaratoria, da parte della Corte, che ha introdotto questo frammento normativo.” BELLOCCI, M.; GIOVANNETTI, T. *Il quadro delle tipologie decisorie nelle pronunce della Corte costituzionale*, p. 15.

Em virtude da inércia dos representantes da população⁷¹, a Corte assume, inicialmente, a responsabilidade de desmanchar a legislação fascista ainda existente e incompatível com a então nova ordem constitucional. Dessa forma, o Tribunal, em visível atuação ativista, ultrapassa o papel negativo de guardião da Constituição, nulificando legislação, para atuar positivamente como guardião da Constituição, regulando seus dispositivos tidos por omissos. Nesse ínterim, o Judiciário passa a atuar ativamente nas mudanças pelas quais passou o ordenamento jurídico, o que legitimou sua atuação diante da opinião pública à época.

2.1.3 Aspectos críticos

Existem quatro razões básicas que podem ser apresentadas para sustentar a existência das sentenças aditivas: o temor de criar vácuos legislativos; o receio de criar situações ainda mais inconstitucionais do que aquela que se busca eliminar; a salvaguarda da liberdade da função do legislador, que se coloca especialmente manifesta onde o dispositivo constitucional possibilita desenvolvimentos plurais; e o custo financeiro de algumas sentenças⁷².

As críticas ao instituto da sentença aditiva podem ser resumidas a dois momentos distintos: a admissibilidade e a amplitude da eficácia. No que tange à questão da admissibilidade, as críticas são mais amenas, em razão da ampla adoção do instituto pelo Tribunal Constitucional italiano, mas existem. Dentre os autores que se opõem à admissibilidade do instituto, alguns defendem que a omissão inconstitucional não é sindicável pela jurisdição constitucional⁷³. Segundo os teóricos, o objeto do controle de constitucionalidade é obrigatoriamente a existência de disposição textual conflitante com a Constituição, não sendo possível o controle para buscar implícitos significados na ausência de norma. Nessa visão restritiva, o papel do Tribunal Constitucional seria anular as disposições inconstitucionais. Por outro lado, em uma espécie de argumentação secundária, os críticos da admissibilidade da sentença aditiva asseveram que os provimentos criativos fomentaria, além da tormentosa inércia do legislador, a

⁷¹ Nomeadamente o Poder Executivo, por falta do estabelecimento de prioridades, falta de organização, falta de programação, e o Poder Legislativo, por ausência de concretização dos direitos fundamentais.

⁷² Conforme apresentado por SEGADO, Francisco Fernández, *La justicia constitucional: una visión de derecho comparado*. Tomo I. Madrid: Dykinson, 2008. p. 689-691.

⁷³ Por todos, DELFINO, Felice. *Omissioni legislative e Corte costituzionale (delle sentenze costituzionali c.d. creative)*. In: *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*. Tomo II. Milano: Giuffrè, 1974. p. 911-952.

insegurança jurídica, porquanto os juízes ordinários não seriam capazes de aplicar os dispositivos das sentenças aditivas do Tribunal.

Em que pese os argumentos contrários à admissibilidade de sentenças aditivas, duas correntes doutrinárias distintas foram gestadas para explicar a possibilidade. A primeira delas explica a omissão legislativa por seu caráter de norma proibitiva⁷⁴. Nesse sentido, a falta de regulamentação do preceito constitucional atua como obstáculo para o exercício do direito nele previsto, o que torna completamente aceitável o controle da omissão legislativa, porquanto a Corte estaria se pronunciando sobre uma norma proibitiva. Todavia, o mero reconhecimento da inconstitucionalidade da norma proibitiva, fruto da omissão, não é suficiente, o Tribunal deve sanar o vício⁷⁵, como o faz quando anula uma lei no caso de inconstitucionalidade por ação. Isso leva a conclusão de que a sentença aditiva nunca será meramente declaratória, pois o reconhecimento do vício acarreta a exposição dos parâmetros normativos destinados a regular o preceito constitucional. Em suma, é imprescindível a presença do efeito criativo na eliminação do vício fruto da omissão.

No que tange a outra corrente doutrinária, a admissibilidade das sentenças aditivas é justificada a partir de uma premissa mais simples. Para ela a omissão legislativa nada mais é do que uma lacuna jurídica e, como tal, deve ser colmatada pela interpretação integrativa das normas que compõem o sistema jurídico vigente. Com base nesse pensamento, a sentença normativa não é responsável por criar uma norma jurídica a partir do nada, mas o faz diante das normas existentes sobre aquele mesmo assunto. Assim, a omissão pode ser considerada como uma patologia muito mais aparente do que real, na medida em que o elemento aditivo está presente no ordenamento constitucional, bastando que a Corte o identifique⁷⁶.

O segundo momento em que se faz presente críticas com relação às sentenças aditivas é o alcance subjetivo da sua eficácia, que é *erga omnes*. Para os críticos, a concessão de efeitos *erga omnes* deveria se restringir apenas ao primeiro momento da

⁷⁴ Marco teórico na obra de MORTATI, Costantino. *Appunti per uno studio sui remedi giurisdizionali contra comportamenti omissivi del legislatore*. In: *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*. Milano: Giuffrè Editore, 1972. p. 923-993.

⁷⁵ Conforme ensina Mortati, “In ogni caso, quando oggetto della dichiarazione d'incostituzionalità sia l'omissione, **l'effetto è necessariamente d'integrazione**, creativo per tanto em grado maggiore o minore di nuove norme.” Destaque acrescido. MORTATI, Costantino. *Appunti per uno studio sui remedi giurisdizionali contra comportamenti omissivi del legislatore*, p. 946.

⁷⁶ Esse assunto será retomado no capítulo 3.

decisão⁷⁷, qual seja, o reconhecimento e declaração de inconstitucionalidade por omissão, pois a adição de texto no segundo momento, teria apenas caráter de mera proposta hermenêutica para os demais juízes. Assim, o provimento aditivo não gozaria de eficácia vinculante para o restante dos juízes e operadores do direito, sendo obrigatório apenas para aquele caso.

Todavia, a divisão lógica do provimento final das sentenças aditivas é uma teoria que está longe de ser unanimidade. Na verdade, autores favoráveis ao instituto asseveram que as operações contidas no provimento (declaração da omissão e reconstrução da norma) só são dotadas de lógica quando fazem parte de um conjunto indivisível⁷⁸. Além disso, outro problema criado pela crítica dos efeitos é a ausência de sintonia de provimentos no caso de os demais ramos do Judiciário poderem decidir livremente sobre o assunto. Permitir que cada magistrado complete uma lacuna constitucional sem alguns parâmetros mínimos é autorizar a desordem no sistema, pois, na medida em que cada um poderia trabalhar a omissão como bem entendesse, a distribuição de ações seria uma verdadeira loteria em quantidade e qualidade da colmatação da lacuna.

A eficácia atribuída também pode ser vista como uma medida que busca, além de eliminar o problema da omissão parcial, impedir a possibilidade de outros magistrados se debruçarem sobre a mesma questão acarretando decisões contraditórias dentro do mesmo assunto. O mínimo de uniformização é necessário para manter a lógica dentro do ordenamento. Ademais, levando em conta que o texto criado possuiria o mesmo valor daquela norma faltante, caráter geral e abstrato, justificaria a natureza autoaplicativa e *erga omnes* do provimento aditivo.

Diante da significativa redistribuição e do redimensionamento das funções estatais, originalmente criados por Montesquieu, o papel interpretado pelos Tribunais Constitucionais foi redesenhado para ampliar seus limites e permitir o exercício, ainda limitado, da função legislativa. É claro que ao Judiciário não é dado substituir a atividade preponderante do legislador, mas, na medida do possível, deve ele aproximar-se dela e a ela integrar-se, como já o faz o Executivo. Portanto, as Cortes passam a

⁷⁷ O reconhecimento da omissão inconstitucional é dotado de dois momentos lógicos na sentença aditiva: o primeiro consiste no reconhecimento da omissão legislativa e a declaração de sua inconstitucionalidade; o segundo, é o preenchimento da lacuna resultante do primeiro momento com a reconstrução normativa.

⁷⁸ Conforme ensina ELIA, Leopoldo. *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*. In: *Scritti su la giustizia Costituzionale: In onore di Vezio Crisafulli*. Pádua: CEDAM, 1985. p. 313 ss.

usufruir da função de legislador positivo, complementar e paralelo ao Parlamento⁷⁹. Ainda assim, esse nova atividade exercida pelo Judiciário, por caber primariamente ao legislador, deve ater-se aos casos pontuais de anormalidades. Logo, a sentença aditiva se presta a fortalecer a operacionalidade dos valores fundamentais, na medida em que privilegia sua normatividade e garante uma maior concreção dos dispositivos dotados de eficácia limitada na Constituição.

Há, basicamente, três limites que afetam a utilização das sentenças aditivas na sistemática italiana. O primeiro aduz ser defeso à Corte proferir sentenças aditivas em matéria penal, com base no artigo 25 da Constituição italiana⁸⁰ e no princípio da legalidade penal, os quais proíbem ao Tribunal criar, reproduzir ou ampliar tipos penais, assim como agravar as penas previstas em lei. O segundo limite consiste na inadmissibilidade da análise, pela Corte, de questões constitucionais que afetem o âmbito de discricionariedade do legislador, atinente ao mérito político, técnico ou que possuam alternativas plurais. Por fim, o último empecilho relevante é o que atine àquelas sentenças aditivas que importem aumento de despesa para o Estado. Apesar dessas considerações, a Corte tem aumentado ainda mais sua autocontenção nas questões complexas, onde ela reconhece o equilíbrio dos poderes, ao prezar também pelo reconhecimento das limitações orçamentárias como valor constitucionalmente protegido, a convivência harmônica dos princípios e o respeito às escolhas políticas dos representantes do povo.

2.1.4 Aplicação do instituto na sistemática brasileira

A possibilidade de aplicação da sentença aditiva na ordem constitucional brasileira é uma realidade. Sem a pretensão de desenvolver uma análise exauriente sobre a sentença aditiva no Brasil, o presente estudo toma como amostra dois casos emblemáticos para esclarecer a aplicação da técnica em terras tupiniquins. Os julgamentos objeto de crivo serão a regulamentação do direito de greve dos servidores

⁷⁹ Hans Kelsen já ponderava que a função legislativa “é distribuída entre vários órgãos, mas somente a um deles é dado o nome de órgão ‘legislativo’. Esse órgão nunca tem o monopólio da criação de normas gerais, mas, quando muito, uma determinada posição favorecida.” KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do estado. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1992. p. 266.

⁸⁰ Cf. Itália. Costituzione de 1947. Art. 25. “Nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge. **Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso.** Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge.” Destaque acrescido.

públicos e da fidelidade partidária. Esses dois casos foram os dois primeiros, e dos mais polêmicos, passos dados pelo STF rumo à ampla discussão sobre a utilização das sentenças aditivas no ordenamento jurídico brasileiro.

A fidelidade partidária se apresentou ao STF por intermédio de três mandados de segurança nº 26.602, 26.603 e 26.604, os quais questionam a posse dos mandatos parlamentares, se pertenceria ao parlamentar eleito ou ao partido político pelo qual se elegeu. Na verdade, a discussão teve início após uma consulta realizada pelo PFL (Partido da Frente Liberal) ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE), Consulta nº 1.398, em 27 de março de 2007. Em referida consulta, o TSE instituiu a figura da fidelidade partidária, na qual qualquer parlamentar que abandonasse sua legenda teria extinto seu mandato popular, salvo em caso de mudança ideológica do partido ou perseguições políticas. Após tal decisão, três partidos políticos (PSDB, PPS e DEM) questionaram no STF ato do Presidente da Câmara dos Deputados que negou pedido de posse dos suplentes nos casos em que houve mudança de agremiação por parte de alguns parlamentares.

No julgamento dos mandados de segurança, restou assente que, de fato, os mandatos estavam vinculados aos partidos políticos no qual os parlamentares estavam vinculados no momento da eleição. Todos os argumentos trabalhados pelo TSE, por ocasião da consulta referida, foram reiterados pelo STF, no que tange à necessidade de manutenção da representatividade auferida pelo partido em razão da eleição do parlamentar, bem como a questão da eleição ser em caráter proporcional⁸¹. Entretanto, o STF denegou a ordem nos mandados de segurança em razão das mudanças questionadas terem ocorrido antes do julgamento da consulta pelo TSE.

O ponto a se ressaltar no referido imbróglio foi a inovação que as decisões do STF e TSE ocasionaram na questão da reforma política. Em que pese a denegação da ordem, o STF abordou os argumentos aventados no TSE, o que evidenciou sua posição caso houvesse novas ações sobre o assunto, e regulamentou em alguma medida o art. 17, § 1º, da Constituição Federal de 1988⁸². A sentença aditiva foi encampada pelo TSE, em matéria de regular a matéria de fidelidade, e aderida pelo STF. A questão avançava

⁸¹ TSE, Resolução nº 22.526, referente à Consulta nº 1398 – Classe 5ª/DF, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha. Dj. 8/5/2007, p. 143.

⁸² Cf. § 1º: “É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos **estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária**”.

muito pouco no âmbito político, sendo, finalmente, levada à decisão do Judiciário. Tais decisões assentaram as hipóteses de perda do mandato, bem como as exceções⁸³.

Outra oportunidade que se faz clara a utilização da técnica de sentença aditiva na sistemática brasileira foi por ocasião do questionamento sobre o direito de greve no serviço público. Previsto na Constituição Federal de 1988, desde 4 de junho de 1998, com o advento da Emenda Constitucional nº 19, faziam quase 10 anos que os parlamentares não regulamentavam a norma, de caráter fundamental, sobre a greve dos servidores públicos⁸⁴. A discussão se afigurava irremediável, ante o evidente conflito existente entre o direito a serviços públicos prestados de forma ininterrupta e a necessidade de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos. Uma alternativa se mostrava inevitável: privilegia-se a prestação dos serviços públicos ou se assegura o direito pleno dos servidores à greve?⁸⁵

Três mandados de injunção foram impetrados visando à regulamentação da lacuna sobre o assunto. Em 25 de outubro de 2007, o STF, por maioria, julgou procedente os mandados de injunção MI 670, Rel. para o acórdão Gilmar Mendes, e MI

⁸³ Cf. “Na espécie, a impetração mandamental fora motivada pela resposta dada pelo Tribunal Superior Eleitoral - TSE à Consulta 1.398/DF na qual reconheceu que os partidos políticos e as coligações partidárias têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, se, não ocorrendo razão legítima que o justifique, registrar-se ou o cancelamento de filiação partidária ou a transferência para legenda diversa, do candidato eleito por outro partido. Entendeu-se correta a tese acolhida pelo TSE. Inicialmente, expôs-se sobre a essencialidade dos partidos políticos no processo de poder e na conformação do regime democrático, a importância do postulado da fidelidade partidária, o alto significado das relações entre o mandatário eleito e o cidadão que o escolhe, o caráter eminentemente partidário do sistema proporcional e as relações de recíproca dependência entre o eleitor, o partido político e o representante eleito. Afirmando que o caráter partidário das vagas é extraído, diretamente, da norma constitucional que prevê o sistema proporcional (CF, art. 45, caput: “A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal.”), e que, nesse sistema, a vinculação entre candidato e partido político prolonga-se depois da eleição, considerou-se que o ato de infidelidade, seja ao partido político, seja ao próprio cidadão-eleitor, mais do que um desvio ético-político, representa, quando não precedido de uma justa razão, uma inadmissível ofensa ao princípio democrático e ao exercício legítimo do poder, na medida em que migrações inesperadas não apenas causam surpresa ao próprio corpo eleitoral e as agremiações partidárias de origem, privando-as da representatividade por elas conquistada nas urnas, mas acabam por acarretar um arbitrário desequilíbrio de forças no Parlamento, vindo, em fraude à vontade popular e afronta ao próprio sistema eleitoral proporcional, a tolher, em razão da súbita redução numérica, o exercício pleno da oposição política”. STF, informativo nº 482. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo482.htm#InfidelidadePartidariaeVacaniadeMandato-1>>. Acesso em 17 jan. 2014.

⁸⁴ O dispositivo pendente de regulamentação era o art. 37, VII, da Constituição Federal de 1988.

⁸⁵ Cf. item 3.1 da ementa “A permanência da situação de não-regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis contribui para a ampliação da regularidade das instituições de um Estado democrático de Direito (CF, art. 1º). Além de o tema envolver uma série de questões estratégicas e orçamentárias diretamente relacionadas aos serviços públicos, a ausência de parâmetros jurídicos de controle dos abusos cometidos na deflagração desse tipo de movimento grevista tem favorecido que o legítimo exercício de direitos constitucionais seja afastado por uma verdadeira ‘lei da selva’”. STF, MI 708-0/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, Dj. Nº 206, 30/10/2008.

708, Rel. Gilmar Mendes, e MI 712, Rel. Eros Grau, para, reconhecendo a necessidade de uma solução sobre a necessária regulamentação do direito de greve no serviço público, constitucionalmente garantido, propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação, dentro da compatibilidade da Lei 7.783/89 – que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada –, fixando o prazo de 60 (sessenta) dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria. Assim, o STF introduziu substancial evolução no tratamento das omissões na ordem jurídica brasileira.

Nessa oportunidade, a Excelsa Corte exerceu uma função mais integrativa do que criativa, mas, ainda sim, ao expurgar a lacuna completa do referido preceito, a decisão manifestou considerável perfil aditivo⁸⁶, por mais que as sentenças aditivas tenham como foco a inconstitucionalidade voltada para aquilo que a norma questionada deixa de prever. Tudo isso demonstra que o movimento contra a omissão inconstitucional está se fortalecendo, de maneira que, na ordem jurídica constitucional há uma tendência a se buscar novos mecanismos mais efetivos para colmatar as lacunas erosivas, principalmente no que refere aos direitos fundamentais, sendo que a sentença aditiva tem sido a primeira das possibilidades a ser adotada.

2.2 Diálogos institucionais

Em uma rápida pesquisa no dicionário da língua portuguesa de Silveira Bueno, é possível identificar a palavra diálogo como um substantivo masculino que significa “comunicação”, “discussão”, “exposição de ideias por perguntas e respostas”, “conversa entre duas pessoas”⁸⁷. Tal definição, reflete com clareza o senso comum sobre a palavra, bem como uma ideia inicial sobre o seu conteúdo, mas não é capaz de revelar os contornos e refletir o objeto daquilo que se pretende desenvolver no presente trabalho.

De fato, diálogo significa a interação entre duas ou mais pessoas que, reconhecendo-se como iguais, visa à troca de ideias, opiniões, sentimentos, emoções e

⁸⁶ Contudo, não se deve olvidar que, conforme lição do Prof. Gilmar Mendes, “o Tribunal, afastando-se da orientação inicialmente perfilhada no sentido de estar limitada à declaração da existência da omissão legislativa para a edição de norma regulamentadora específica, passou, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário.” MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional*. p. 19. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=90357&sigServico=noticiaArtigoDiscurso&caixaBusca=N>>. Acesso em 19 ago. 2012.

⁸⁷ BUENO, Silveira. *Minidicionário da língua portuguesa*. São Paulo: FTD, 2000. p. 256.

observação compartilhada da experiência para, juntas, partilharem um espaço comum de intersubjetividade. Denota uma igualdade, respeito mútuo, uma relação horizontal de tratamento. Contudo, dadas as variadas espécies de diálogos possíveis, de forma peculiar, o diálogo, como conversa e como deliberação, é a forma que efetivamente pode contribuir para a existência de uma possível comunicação a ser realizada visando à legitimidade da atuação da jurisdição constitucional⁸⁸.

Diálogo como conversa reflete exatamente a noção geral apresentada anteriormente, com a diferença de que a conversa se manifesta de modo informal e, geralmente, espontânea. Em uma conversa, os participantes têm como proposição criar um universo comum de ideias, significados em conjunto, no qual cada um deles possa aprender sobre as perspectivas do outro e descobrir novos panoramas. Essas trocas de informações não contam com objetivos específicos, portanto, não são dotadas de debates e argumentações. O sucesso ou não do diálogo como conversa depende do grau de entendimento mútuo entre os participantes, será bem sucedido se houver um espaço comum de entendimento, o que pressupõe cooperação. Assim, cada participante deve ter comprometimento e interesse no que o outro tem a dizer, para que o diálogo como conversa possa ser um intercâmbio das experiências vividas e inseridas em uma espécie de reflexão cooperativa.

O óbice encontrado nesse tipo de diálogo é que ele não busca a tomada de decisões coletivas para se chegar a um acordo, persuadir sobre uma tese ou determinar em conjunto a melhor alternativa para determinadas questões. Em verdade, uma conversa representa a interação mais simples entre interlocutores visando à troca de informações. De fato, na essência, diálogo como conversa não busca o convencimento por meio de argumentações bem traçadas, mas importa, apenas, a exposição de pensamentos. Não quer isto significar que, eventualmente, uma conversa não possua, em alguma medida, capacidade de persuadir o ouvinte por argumentos lançados sobre

⁸⁸ A conversa e a deliberação foram utilizadas por Luc B. Tremblay, em um estudo que busca explicar a legitimidade do controle de constitucionalidade em um possível diálogo institucional entre o Legislativo e o Judiciário. Na perspectiva dada pelo autor, não foi visto com bons olhos a possibilidade de o Judiciário nulificar leis emanadas pelo Legislativo. Contudo, a ideia será utilizada de forma diversa, haja vista que a posição do referido autor seja que o diálogo institucional não se preste a justificar o controle de constitucionalidade no que se refere à nulificação de leis, e o presente trabalho se presta a aplicar tal teoria sob o prisma do controle de constitucionalidade diante da ausência de lei. TREMBLAY, Luc B. The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures. *International Journal of Constitutional Law*. v. 3. n. 4. New York: Oxford University Press, 2005. p. 617-648.

determinado ponto de vista, todavia, inclusive pela informalidade com que se reveste, essa não constitui a tônica deste tipo de interação⁸⁹.

De um lado, o diálogo como deliberação permanece como a interação entre duas ou mais pessoas, que se entendam por iguais e visam trocar informações, ideias, sentimentos, mas é, por outro lado, mais formal e menos espontâneo do que o diálogo aplicado como conversa. Na deliberação a intenção é exatamente buscar o consenso mútuo, criar acordos, resolver problemas. A tônica nesse tipo de diálogo envolve debates com a conseqüente gestação de teses passíveis de originar consensos pela maioria⁹⁰. Na essência, a tese vencedora nem sempre será aquela que lança mão de argumentos potencialmente mais convincentes, na realidade há de existir a possibilidade de mescla entre as variadas proposições, de forma a privilegiar o princípio democrático.

Há três condições que a deliberação como diálogo deve satisfazer para operar de forma plena⁹¹. A primeira pode ser descrita como a intenção de produzir uma conclusão conjunta baseada no acordo de vontades entre os participantes. Dentro de um espaço comum, os participantes devem justificar suas posições e admitir as argumentações dos outros. Na verdade, cada participante deve estar propenso a incorporar os argumentos projetados pelos demais, como uma forma de evoluir em suas próprias proposições. Outra condição, inclusive da etimologia da palavra diálogo, necessária à atuação da deliberação, é o reconhecimento entre os participantes como iguais, com capacidade de manifestar suas teses, realizar propostas, em suma, contribuir para o resultado final do diálogo. Dessa forma, nenhum possível participante deve ser excluído das discussões, bem como não deve haver preponderância ou hierarquia de uns para com os outros. Por fim, mas não menos importante, a deliberação deve constituir um processo de livre persuasão e não coercitivo.

Como verdadeiro processo democrático em que consiste, a deliberação deve procurar persuadir os participantes pela qualidade e hignidade de seus argumentos. Isso não significa que uma das posições deve preponderar sobre as demais, mas que, em busca de um objetivo comum, os participantes estejam abertos a críticas e,

⁸⁹ A partir de uma conversa informal, uma pessoa pode expor seus pensamentos sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo e, apesar de não visar ao convencimento, pode incutir seus argumentos no raciocínio do outro interlocutor. Contudo, acaso isto não ocorra, não significa que houve falha do expositor, já que não era sua intenção o convencimento.

⁹⁰ O exemplo mais claro de deliberação ocorre dentro das instâncias tipicamente representativas, não obstante haja aplicação do mesmo modelo no Poder Judiciário, onde também é uma constante.

⁹¹ Cf. TREMBLAY, Luc B. The legitimacy of judicial review, p. 632.

eventualmente, mudança de posições, incorporando o discurso de outros pontos de vista que não os seus próprios. Caso os participantes não estejam dispostos a tanto, fatalmente esse diálogo transmudaria em conversa, porquanto cada um permaneceria com sua posição imutável e, assim, não haveria de todo uma solução angariada pelas discussões. Nessa ordem de pensamento, deliberação deve ser proveniente do acordo de vontade racionalmente fundamentado entre todos os participantes, desde que reconhecidos como iguais⁹².

O passo seguinte é identificar os organismos autônomos do Estado que devem interagir visando solucionar a questão das omissões inconstitucionais. Após, é imperativo observar qual a melhor forma de as instituições identificadas angariarem resultados que satisfaçam aos anseios sociais. Por fim, resta demonstrar um possível *insight* de diálogo institucional ocorrido no ordenamento brasileiro.

2.2.1 Quais as instituições envolvidas?

Um dos pressupostos do diálogo institucional é, justamente, estabelecer quais são as instituições envolvidas na teoria. As instituições que interessam ao diálogo podem ser caracterizadas, segundo proposta dos teóricos do institucionalismo histórico⁹³ da ciência política, como o conjunto de regras e procedimentos que regulam comportamentos recorrentes e protocolos inerentes à estrutura organizacional da comunidade política⁹⁴. Nesse sentido, as instituições podem ser identificadas pelo seu caráter instrumental, ou seja, se particulariza pelo seu *modus operandi*. Cada instituição será dotada de procedimentos, protocolos, normas e convenções próprias, que serão responsáveis por distinguir umas das outras.

⁹² É claro que essa é a regra geral, como bem observado por Luc B. Tremblay, algumas vezes o acordo de vontades é inviabilizado, o que gera a necessidade de acordar com o desacordo: “Of course, in particular cases, the pressure of time or the nature of the reasons may make it impossible for the participants to reach rational agreement. In these cases, they must agree to disagree.” TREMBLAY, Luc B. *The legitimacy of judicial review*, p. 632.

⁹³ Segundo trabalho de Hall e Taylor, reforçado pelo trabalho de Ellen Immergut, a Ciência Política possui três novos institucionalismos e não apenas um. São eles: um institucionalismo histórico, um institucionalismo da escolha racional e um institucionalismo sociológico. A adoção da proposta do institucionalismo histórico se justifica, no presente trabalho, ante a preponderante importância que essa forma de institucionalismo atribui ao estudo sobre as relações de poder. HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary C. R.. *The three versions of neo-institutionalism*. Lua Nova, São Paulo, n. 58, 2003. p. 199 Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452003000100010&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 27 jul. 2012.

⁹⁴ HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary C. R.. *The three versions of neo-institutionalism*. p. 196.

Em que pese às instituições serem fruto de um conjunto de normas e procedimentos, elas também dão origem às regras, as quais, por sua vez, orientam o comportamento do indivíduo para guarnecer a instituição como sistema. As instituições são os organismos, sob um ponto de vista pragmático, responsáveis pela mediação entre as estruturas sociais e os comportamentos individuais⁹⁵. Esse caráter mediador é justamente o que transforma as instituições em ponto de convergência para a condensação e oferta, em favor de seus participantes, de informações úteis ao desempenho das funções atribuídas. Ademais, é no interior das instituições, através de construções coletivas e dialógicas das preferências de ação entre os seus integrantes, que serão confeccionados os aspectos de sua própria identidade.

Em se tratando de instituições político-estatais, a mencionada mediação e o modo de agir ocorrem, de uma parte, segundo o desenho institucional orquestrado pela Constituição, de outra parte é conforme se posiciona diante dos acontecimentos sociais. A Constituição é a responsável por prever um conjunto de competências pelas quais as instituições nomeadas devem transitar, bem como o modo de criação e funcionamento do mencionado tipo de instituição. Contudo, os limites desenhados pela Constituição não são estanques, cabendo a cada instituição, efetivamente, ocupar seu lugar no espaço. Os referidos mecanismos pelos quais são dotadas as instituições são por elas utilizados como meio necessário a concretizar suas próprias escolhas, o que proporciona a construção de uma identidade diante das demais.

A natureza da função atribuída pela Constituição a cada instituição tanto orientará os mecanismos prevalentes de escolha como a formação da essência a ser desenvolvida por elas diante da sua forma de atuação. Ocupar o espaço de atuação conferido, além de fortalecer sua posição institucional e credibilidade, tem o condão de prevenir eventual abuso de poder ou falta de atuação. Tal perspectiva tem como intento realizar com êxito a engenharia institucional projetada pela Constituição, como imperativo à oportunidade de contribuição por parte de todas as instituições na formação de vontade do Estado.

No entanto, a mera previsão não garante que as instituições sejam atuantes nas áreas que lhe são conferidas. Nesse ínterim, a possível atuação deficiente de uma das

⁹⁵ Cf. THERET, Bruno. *Institutions: between structures and actions*. Lua Nova, São Paulo, n. 58, 2003. p. 226. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452003000100011&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 19 jan. 2014.

instituições gera, como consequência, uma espécie de compensação por parte de outra(s) instituição(ões) que é(são) instada(s) a corrigir o desvio. Todavia, não há que se acolher a possibilidade de renúncia ou transação por parte de qualquer instituição em relação a sua forma de atuação, sob pena de resultar em desvirtuamento do modelo de legitimação traçado pela Constituição.

Dentro da exposição anterior, mas levando em conta o escopo de trabalhar com o controle de constitucionalidade no que tange às omissões inconstitucionais, é possível considerar que interessam duas das três principais instituições do Estado: o Legislativo e o Judiciário. Tendo em vista a atividade precípua garantida pela Constituição, tais instituições serão as mais acessadas deste ponto em diante.

2.2.2 Teoria do diálogo institucional

Um dos maiores entraves encarados pelo controle de constitucionalidade, sem sombra de dúvidas, é a questão do déficit democrático. Uma questão que sempre se mostrou tormentosa foi conciliar a ideia de que o Judiciário, integrado por agentes não sufragados, possa cassar as opções relevantes que o povo realiza através de seus representantes democraticamente escolhidos. Em busca de soluções para o debate sobre a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade, variadas justificativas foram apresentadas.

Dentre os argumentos mais relevantes sobre assunto, o primeiro pode ser descrito pelo fato de o controle, em alguns países, estar estabelecido na própria Constituição, o que resolveria algumas questões de legitimidade relacionadas à jurisdição constitucional. Contudo, a principal crítica sobre a citada teoria remete à falta de limite à atuação dos juízes constitucionais, para que, diante de questões moralmente controversas, seja possível mais de uma deliberação plausível. Diante da problemática anterior, a doutrina desenvolveu outra teoria que busca na argumentação uma solução de legitimidade.

Segundo a teoria argumentativa, há necessidade de as Cortes produzirem decisões mais incisivamente fundamentadas, apontando a norma aplicável a partir da devida consideração dos interesses em discussão e a explanação translúcida das escolhas realizadas. Porém, uma das melhores teses para explicar a legitimidade da

jurisdição constitucional consiste em reconhecê-la como mecanismo apto a resguardar os princípios e direitos fundamentais, essenciais ao regime democrático. Assim, a anulação de leis inconstitucionais privilegia a democracia, por preservar referidos aspectos, mais do que a vulnera.

A contribuição canadense sobre a discussão da legitimidade democrática do controle da constitucionalidade foi o desenvolvimento da teoria do diálogo institucional⁹⁶. Com a promulgação da Carta de Direitos e Liberdades Canadense de 1982, em que foi expressamente adotado o modelo do controle jurisdicional de constitucionalidade dos atos legislativos, houve uma espécie de inovação no controle jurisdicional⁹⁷. Isso porque foram inseridas no referido diploma duas provisões, consideradas representativas do diálogo institucional, que garantem ao Legislativo prerrogativas sobre o controle, quais sejam, a cláusula de limitação e a cláusula de substituição.

A cláusula de substituição, também conhecida como cláusula “não obstante”, foi inserida na Seção 33⁹⁸ da carta canadense. Segundo a referida provisão, tanto o Legislativo nacional como o das províncias, de acordo com a lei questionada, podem declarar que o ato normativo considerado inconstitucional permanecerá produzindo efeitos, em que pese a colisão com um preceito da Carta, desde que se trate de direito afeto às liberdades fundamentais, a vida, a liberdade, a segurança da pessoa ou aos direitos da igualdade. Assim, mesmo tendo a Corte proclamado a inconstitucionalidade da lei, a Casa Legislativa responsável pela promulgação é autorizada a utilizar a cláusula de substituição para subjugar a decisão judicial. Contudo, a declaração de

⁹⁶ A alcunha “diálogo institucional” é atribuída a Allison A. Bushell e Peter W. Hogg. Referidos autores fizeram um levantamento empírico de todos os casos em que a corte declarou a inconstitucionalidade de uma lei, no recorte temporal de 15 anos, e constataram que na maioria dos casos o parlamento canadense respondeu imediatamente à decisão judicial com uma lei, o que foi chamado de “*legislative sequel*”. Tal resposta legislativa, quando feita como reação consciente do parlamento a declaração de inconstitucionalidade pelo Judiciário, mesmo aquiescendo ao decidido pela corte, foi considerado pelos autores como um diálogo entre os poderes. BUSHELL, Allison A.; HOGG, Peter W. *The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such A Bad Thing After All)*. Osgoode Hall Law Journal, n. 35. Toronto: York University, 1997. p. 75, 101-104.

⁹⁷ Vale observar que, não obstante existirem variações da teoria dos diálogos institucionais e diante dos objetivos do presente trabalho, a pesquisa tecerá observações gerais sobre o instituto. Para as divisões, conferir: MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo, Saraiva, 2011. p. 107.

⁹⁸ Cf. Canada. *Charter of Rights and Freedoms*, 1982. A notwithstanding clause, como é conhecida, é assim prevista “Section 33. (1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter.” Disponível em <<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/charter/FullText.html>> Acesso em 04 ago. 2012.

substituição não é *ad aeternum*, deixará de produzir efeitos cinco anos após sua entrada em vigor ou em data anterior, conforme previsão no ato. Findo o prazo assinalado, a cláusula perde operatividade e o ato legislativo judicialmente questionado deixa de valer, salvo se o Legislativo reiterar expressamente a substituição⁹⁹.

Por outro lado, de acordo com a cláusula de limitação, prevista na Seção 1¹⁰⁰ da Carta canadense, o Legislativo está constitucionalmente autorizado a limitar por lei quaisquer direitos garantidos. Não obstante, os limites impostos pelos legisladores devem cumprir um conjunto de requisitos justificativos com testes complexos de legitimidade, racionalidade, necessidade e proporcionalidade. Somente após referido processo, será possível ao Legislativo interferir com a limitação aos direitos garantidos.

A inovação encontrada pelo Canadá no diálogo institucional se deve ao elevado grau de ceticismo para com o controle de constitucionalidade. O postulado canadense leva em consideração que o Legislativo pode cometer equívocos no exercício de sua função, mas isto não isenta o Judiciário da possibilidade de cometer seus equívocos. A referida premissa foi o que inspirou a existência de alguma forma de mitigar o caráter peremptório das decisões judiciais, garantindo ao legislador a perspectiva de postergar a produção de efeitos da referida deliberação¹⁰¹.

De acordo com a teoria do diálogo institucional, legisladores e tribunais participam de um diálogo que visa determinar uma proporcionalidade entre os princípios constitucionais e as políticas públicas. Dessa forma, há uma boa razão para pensar que o controle de constitucionalidade, no raciocínio dessa teoria, é democraticamente legítimo. A novidade da teoria do diálogo consiste em estabelecer uma fórmula de interação continuada entre as instituições, porque o Judiciário não seria sempre o responsável por dar a última palavra sobre as questões constitucionais, já que

⁹⁹ Conforme subseções de 3 a 5 da Seção 33. Canadá. Charter of Rights and Freedoms, 1982. “Subsection (3) A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration. (4) Parliament or the legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1). (5) Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection (4).” Disponível em <<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/charter/FullText.html>> Acesso em 04 ago. 2012.

¹⁰⁰ Cf. Canadian Charter of Rights and Freedoms, 1982. “Section 1. The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.” Disponível em <<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/charter/FullText.html>> Acesso em 04 ago. 2012.

¹⁰¹ Conforme defende o Professor de Direito Constitucional da Universidade Hebraica de Jerusalém, que foi professor visitante da Universidade de Toronto, HAREL, Alon. Rights-Based Judicial Review: A Democratic Justification. Law and Philosophy, Forthcoming. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=364120>> Acesso em 04 ago. 2012.

o legislador tem o poder de repelir a decisão judicial que fulminar a lei e, assim, manter seus objetivos almejados, em que pese às complicações que pode gerar tal atuação.

Uma das maiores virtude da solução canadense, assim como afirmam seus adeptos, é estimular o debate entre duas importantes instituições-estatais. Dentre as vantagens do controle de constitucionalidade, pressionar o legislador a ser racional pode ser considerado um dos seus grandes benefícios. O Judiciário, ao invalidar determinada lei, provê uma explicação para influenciar o traçado futuro da legislação, na medida em que novas leis poderiam, dessa forma, ser produzidas nos moldes aceitos pelo Tribunal. Todavia, isso não excluiria a hipótese de o Legislativo, em seguida a um debate público, insistir na manutenção do diploma repellido por meio da cláusula de substituição. Nesse cotejo, a prática judicial deve ser voltada à interpretação dos valores fundamentais que tendem a ser ignorados ou minorados no curso do processo legislativo, seja por desinteresse dos representantes populares, seja porque são assuntos controvertidos¹⁰².

A sobreposição do Legislativo é, sem sombra de dúvida, mais uma possibilidade democrática, pois ensejaria continuado debate e reflexão cautelosa sobre o assunto. O problema em destaque na teoria é o desgaste e possível custo político gerado na discussão¹⁰³. A principal crítica sobre a teoria do diálogo é a aparência de arbitrariedade que a cláusula remonta, porquanto o Legislativo procederia a uma superação do direito contido na Carta, apenas substituindo a interpretação judicial pela sua própria. Em defesa da Seção 33 da Carta canadense, Jeremy Waldron, reconhecido pela pouca simpatia com o controle de constitucionalidade judicial, leciona que o Parlamento, na verdade, estaria apenas manifestando um desacordo com a perspectiva judicial sobre o significado do direito¹⁰⁴. Contudo, referido autor ignora que, ainda que por via oblíqua,

¹⁰² Desse modo, seria crível ponderar que o envolvimento do Judiciário na definição dos direitos seria vital para uma teoria da justiça moralmente orientada, como leciona FARRELLY, Colin. *Civic Liberalism and the 'Dialogical Model' of Judicial Review*. *Law and Philosophy*, 2006. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=875320>> Acesso em 04 ago. 2012.

¹⁰³ Em um dos poucos, mas emblemático, casos em que a cláusula de substituição foi empregada, em 1988, o Legislativo da Província de Quebec respondeu com a cláusula da Seção 33 a uma decisão judicial que invalidou determinada lei que proibia a utilização do vernáculo inglês em placas e letreiros comerciais. Diante da decisão do legislativo, alguns Ministros, sentindo-se ofendidos, destituíram-se de seus cargos em protesto. Alguns comerciantes apresentaram, com êxito, queixas por discriminação junto ao Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas. Em 1993, a cláusula de substituição expirou sem a referida Província reeditá-la, sobrevivendo, tempos depois, outras leis asseguradoras da utilização de outras línguas, além do francês, nas relações comerciais. Conforme exemplo de ROACH, Kent. *Dialogue or defiance: Legislative reversals of Supreme Court decisions in Canada and the United States*. *International Journal of Constitutional Law (I CON)*, v. 4, n. 2. New York: Oxford University Press, 2006. p. 367.

¹⁰⁴ Cf. WALDRON, Jeremy. *Some Models of Dialogue Between Courts and Legislatures*. In: BRODIE, Ian Ross; HUSCROFT, Grant. *Constitutionalism in the Charter era*. Ontario: LexisNexis, 2004. p. 39-46.

o Legislativo estaria sim subjugando a Carta, caso seja considerada correta a prévia interpretação judicial de inobservância da sintonia de lei para com a Constituição.

Outra perspectiva muito interessante sobre o diálogo institucional é aquele apresentado por Mark Tushnet¹⁰⁵. Segundo o referido autor, existem duas formas de controle de constitucionalidade, as quais ele denomina *weak-form* e *strong-form*. O sistema *strong-form* é identificado como o clássico controle de constitucionalidade, em que o Judiciário, ao se deparar com atos inconsistentes com as normas constitucionais, retira a validade das normas inconstitucionais e sua manifestação prevalece como última e vinculativa aos demais poderes políticos. No final do século XX, algumas Constituições desenvolveram um sistema alternativo ao anterior, chamado por Tushnet de *weak-form*, que combina o poder do Judiciário de nulificar a legislação incompatível com as normas constitucionais com algum mecanismo pelo qual o Legislativo possa responder a referida decisão judicial. Essa forma pode variar com respeito a ambos os aspectos, a natureza da energia do judiciário, que pode ser provisoriamente suspensiva ou meramente declaratória, e sob a forma de resposta legislativa, que pode ser uma nova promulgação ou ligeira modificação¹⁰⁶.

A maior característica da *strong-form* é a pouca participação das pessoas na interpretação da Constituição por parte das Cortes¹⁰⁷. Isso acarreta uma óbvia tensão entre o controle judicial da constitucionalidade e o autogoverno democrático. A *strong-form* opõe de um lado o direito à soberania popular, exercida através da legislação aprovada pelos representantes escolhidos do povo, e, do outro o poder de tribunais constitucionais se recusarem a tratar como legais normas que eles determinaram serem incompatíveis com os preceitos superiores da Constituição.

Hoje, o constitucionalismo requer o comprometimento da nação com a proposição de que as pessoas devem determinar, na medida do possível, as políticas sob as quais querem viver por alguma forma de governo democrático. Entretanto, o constitucionalismo não olvida a necessidade de haver algum tipo de limite a ser estabelecido na escolha das políticas que as pessoas podem fazer democraticamente.

¹⁰⁵ TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights*. In *Comparative Constitutional Law*. New Jersey: Princeton University Press, 2008.

¹⁰⁶ TUSHNET, Mark. *The Rise of Weak Form Judicial Review*. In: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind. *Comparative Constitutional: Research Handbooks in Comparative Law*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2011. p. 323.

¹⁰⁷ Como exemplos do sistema *strong-form* é possível citar o Brasil, a Suécia, a Alemanha, e os Estados Unidos da América, este último é, em verdade, o berço do controle de constitucionalidade.

Nesse caso, a Constituição é o instrumento responsável por balizar os limites das escolhas populares¹⁰⁸.

É exatamente a tensão entre o controle de constitucionalidade e a democracia o grande diferencial da *weak-form*, já que seu objetivo é exatamente diminuir a referida tensão. A ideia básica é prover mecanismos para que as pessoas respondam, por meio de seus representantes, as decisões judiciais que elas razoavelmente acreditam equivocadas e que podem ser implantadas mais rapidamente que uma emenda constitucional. Não obstante seja, ao menos aparentemente, uma forma de violar a ordem do processo legislativo, que antes deveria haver a alteração constitucional para depois haver a promulgação da legislação.

O ponto fulcral é saber quem é o responsável por ser o último intérprete da Constituição. A análise do modelo apresentado pela *weak-form* permite abstrair que ao Legislativo é permitido fazer suas próprias interpretações constitucionais, mesmo quando incompatível com relação às interpretações judiciais. Em que pese à referida possibilidade, a *weak-form* deve ser entendida como um método de trabalho para estabelecer o melhor entendimento do que a Constituição protege, isso através de um adequado processo de troca entre os tribunais e as legislaturas ao longo do tempo¹⁰⁹. Observando que a *weak-form* toma parte nos ordenamentos em que o Judiciário não é, necessariamente, o último intérprete da Constituição.

Dentre as formas variantes da *weak-form*, existem três modelos considerados mais relevantes: o mandato interpretativo, o mandato interpretativo aumentado e a teoria do diálogo institucional¹¹⁰. Segundo Tushnet, haveria uma ordem de prevalência entre os três modelos de *weak-form*, em que o mandato interpretativo seria o mais fraco, o mandato interpretativo aumentado seria o intermediário e o diálogo institucional seria o mais forte¹¹¹. A intensidade é determinada pela paridade de atuação das duas instituições envolvidas. No mandato interpretativo, o máximo que o Judiciário pode fazer, ao se deparar com uma norma possivelmente inconstitucional, é interpretar a

¹⁰⁸ TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights*, p. 18.

¹⁰⁹ TUSHNET, Mark. *Weak-Form Judicial Review and "Core" Civil Liberties*. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*. Vol. 41. No. 1, 2006. p. 3. Disponível em: <http://www.law.harvard.edu/students/orgs/crcl/vol41_1/index.html>. Acesso em 27 set. 2013.

¹¹⁰ Segundo Tushnet, o mandato interpretativo tem como aplicação no Bill of Rights Act de 1990 da Nova Zelândia, o mandato interpretativo aumentado na britânica Human Rights Act de 1998, e o diálogo institucional na Carta de direitos canadense de 1982. TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights*, p. 25-31.

¹¹¹ TUSHNET, Mark. *The Rise of Weak Form Judicial Review*, p. 326-329.

norma de forma consistente com os mandamentos constitucionais ou interpretá-las sem dar qualquer atenção especial a sua relação com a Constituição. Por outro lado, no mandato interpretativo aumentado, o Judiciário tem a possibilidade de advertir o Legislativo de que editou norma contrária à Constituição, com a declaração de incompatibilidade, mas não pode invalidá-la¹¹². No diálogo institucional, o Legislativo tem a prerrogativa de responder a interpretação constitucional, sobre determinada norma, oferecida pelo Judiciário, com seu próprio pensamento.

2.2.3 Diálogos institucionais na omissão inconstitucional

Conforme as observações apontadas nos tópicos anteriores, para o presente estudo, os poderes preponderantemente envolvidos no diálogo são o Judiciário e o Legislativo. O diálogo busca, exatamente, uma convergência de visões e contribuições que cada poder pode oferecer na consolidação de macrodecisões constitucionais. Diante das possibilidades oferecidas por esta ferramenta, é crível ponderar a aplicação da teoria dos diálogos institucionais também no que tange à omissão inconstitucional, inclusive, formatando um diálogo continuado entre as instituições citadas, tanto em forma de conversa como deliberação.

Como deliberação, o Judiciário e o Legislativo poderiam instituir uma espécie de grupo de trabalho para acordarem sobre a melhor forma de expurgar as omissões inconstitucionais ainda existentes. Dentre os requisitos para se estabelecer uma deliberação, seria possível às mencionadas instituições, por um processo de livre persuasão, produzirem uma conclusão em unidade, baseada no acordo de vontades entre os componentes das instituições. Para tanto, é necessário que haja o reconhecimento entre os participantes como iguais para interpretarem a Constituição, com capacidade de manifestar suas teses, realizar propostas, em suma, contribuir para o resultado final do

¹¹² Em uma revolução no sistema constitucional britânico, que reconheceu a necessidade de um corretivo externo ao poder legislativo, a Declaração de Direitos Humanos do Reino Unido (UK HRA) possibilitou que as cortes britânicas questionem a validade de um ato legislativo à luz de seus dispositivos. Considerando que uma lei está em dissonância com a Carta britânica, cabe ao Judiciário proferir uma “declaração de incompatibilidade”, que impõe a obrigação do Legislativo responde-la. Porém, a admonição pode ser ignorada pelo Legislativo. O único efeito que tal declaração implica é a possibilidade do ministro requerer um procedimento abreviado na emenda da lei considerada incompatível. A solução seria recorrer a Corte de Estrasburgo para compelir o Legislativo britânico a expurgar a inconstitucionalidade. Entretanto, tal prática arrefecida não é destituída de fundamento, conforme ensina Tushnet: “...giving the judges the power to invalidate such a statute was too strong medicine in a nation where the tradition of parliamentary supremacy had deep roots and where there remained some discomfort with giving judges too much power. The HRA’s solution was the declaration of incompatibility.” TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights*, p. 29.

diálogo. Nesse caso, a interação entre as duas instituições poderia produzir um consenso sobre a melhor forma de resolver o problema da omissão inconstitucional com observância à legitimidade e ao respeito aos direitos fundamentais.

Porém, também é possível defender o diálogo como conversa na colmatação de lacunas constitucionais. Tendo em vista que na conversa o diálogo ocorre de modo mais informal que a deliberação, não haveria necessidade de criação de um grupo de trabalhos entre as instituições envolvidas. A principal proposição da referida espécie de diálogo é criar um universo comum de ideias, mesmo que não haja debates entre os interlocutores. Considerando a desnecessidade de tomada de decisão em conjunto, haveria duas visões sobre a forma como o preceito em omissão deve ser trabalhado. Nada impede ao Judiciário se manifestar sobre a necessidade de o preceito constitucional ser regulamentado e, efetivamente, regulamente-o, e o Legislativo responda a essa regulamentação com a edição da legislação requerida, nos mesmos moldes ou com outras informações¹¹³.

Na verdade, já houve uma experiência brasileira anterior de diálogo institucional, nos moldes de inconstitucionalidade por ação, com a Constituição de 1937. Referida Carta permitia ao Legislativo, por maioria qualificada, confirmar a validade de ato normativo declarado inconstitucional por decisão judicial. Contudo, levando em conta o período ditatorial do Estado Novo regente à época, foi o Presidente Getúlio Vargas, por edição do Decreto-Lei nº 1.564/1939, o responsável por confirmar textos de lei declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, o que causou uma grande reação nos meios judiciários¹¹⁴. A atitude tomada pelo então presidente ocorreu em virtude da proibição do Congresso Nacional em se reunir, de forma que o Poder Executivo acabou por acumular todas as funções do Legislativo.

Outra oportunidade de diálogo interinstitucional, no âmbito legislativo e não de controle da constitucionalidade, estava contido no art. 48, XV, da Constituição Federal de 1988, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98. Conforme o referido dispositivo, o subsídio dos Ministros do STF, teto do serviço público, seria fixado através de iniciativa conjunta dos três Poderes. Ocorre que a alternativa não vingou, e o texto do dispositivo foi novamente modificado pela Emenda Constitucional nº 41/03.

¹¹³ Conforme modelo que será desenvolvido no capítulo 3 do presente trabalho.

¹¹⁴ Era nítido que, em verdade, “se buscava, a um só tempo, validar a lei e cassar os julgados”, como observa MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos, 1999. p. 241.

Recentemente, também houve uma espécie de diálogo institucional no âmbito do ordenamento constitucional brasileiro, só que na omissão inconstitucional. O Supremo Tribunal Federal, durante os debates em torno dos processos de mandado de injunção nº 943, 1010, 1074 e 1090, sobre a regulamentação do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço¹¹⁵, observou a necessidade de manter o avanço em relação a decisões anteriores em sede de omissão legislativa¹¹⁶, em que apenas advertia o Congresso Nacional sobre a necessidade de regulamentar os dispositivos com eficácia limitada. Seguindo a tendência adotada em 2007, o STF planejou adotar uma regra para o caso concreto, até mesmo visando estimular o Legislativo a votar a lei regulamentadora pendente.

Em 22 de junho de 2011, o julgamento dos mandados de injunção foi suspenso, com a procedência das ações, para que a Corte deliberasse qual a melhor forma de regulamentar o dispositivo. Ato contínuo, seguindo uma espécie de diálogo como conversa, o Legislativo, após dezesseis anos, respondeu ao julgamento do STF e reiniciou a votação do projeto de lei de regulamentação do aviso prévio, promulgando a Lei nº 12.506, em 13 de outubro de 2011¹¹⁷.

O episódio tem todas as feições de um diálogo institucional, levando em conta que o Presidente da Câmara dos Deputados participou de uma reunião com integrantes da Excelsa Corte na qual foi alertado que uma decisão judicial definitiva regulamentando o dispositivo poderia dificultar, ainda mais, a já tormentosa votação da questão na Câmara. Contudo, foi observado que o Judiciário, por ocasião de apreciação do tema, auxiliou o Legislativo a retomar as negociações outrora suspensas e provocar um acordo entre empresários e centrais sindicais em torno da proposta¹¹⁸. O tema, efetivamente, só voltou à pauta de votações na Câmara dos Deputados após pressão do

¹¹⁵ A proposta, que regulamenta o direito assegurado pelo artigo 7º, inciso XXI, da Constituição Federal, de “aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei”, foi votada pelo Senado em 1989, mas estava parada na Câmara desde 1995.

¹¹⁶ A exemplo do que ocorreu com a regulamentação do direito de greve no serviço público.

¹¹⁷ Conforme se depreende do histórico de tramitação do Projeto de Lei 3941-E/89, que ficou estagnado de 14/09/1995 a 05/07/2011, logo após a decisão da Suprema Corte. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=20483>> Acesso em 08 ago. 2012.

¹¹⁸ Passadas duas semanas da reunião entre as instituições, o Congresso Nacional aprovou lei para regulamentar o dispositivo constitucional, aumentando para até noventa dias o aviso-prévio. CABRAL, Maria Clara; SELIGMAN, Felipe. Câmara e STF negociaram aviso prévio. Folha de São Paulo, São Paulo, 23 set. 2011. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mercado/me2309201103.htm>>. Acesso em: 09 ago. 2012.

Judiciário, que, para garantir o usufruto de direitos fundamentais, iria se valer do instituto da sentença normativa para regulamentar a questão.

Enfim, a teoria do diálogo institucional pode se manifestar como mais uma forma de evolução sobre o tratamento dispensado à omissão inconstitucional no Brasil. É claro que o diálogo, nos moldes do que aqui foi apresentado, só pode ser implantado com uma emenda constitucional¹¹⁹. Todavia, mesmo que não ocorra uma alteração constitucional que está em discussão, já é possível utilizar os parâmetros oferecidos pelo diálogo institucional na atualidade.

Para tratar as ainda numerosas omissões inconstitucionais presentes na Constituição Federal de 1988, o Judiciário e o Legislativo poderiam manter um grupo de trabalho voltado para tratar a matéria, levando em conta que o Judiciário, além de não pode se furtar ao julgamento das demandas sob sua apreciação, deve ajudar na concretização da Carta. Por outro lado, também seria possível realizar o diálogo de maneira informal como ocorreu no caso do aviso prévio proporcional, tendo o Judiciário regulamentado provisoriamente a lacuna. O diálogo institucional a que se faz referência é exatamente a possibilidade de a legislatura responder à decisão de inconstitucionalidade por omissão com a reformulação do diploma requerido pelo dispositivo constitucional, mas de maneira conjunta com o Judiciário, o que, certamente, conjugaria a inafastabilidade do controle jurisdicional e a resolução do problema contramajoritário.

¹¹⁹ E, de fato, parece próximo a adoção da teoria do diálogo institucional no Brasil, já que Câmara analisa a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 33/11, que prevê necessidade de aprovação pelo Congresso Nacional das súmulas vinculantes, das ações diretas de inconstitucionalidade (ADI) e das declaratórias de constitucionalidade (ADC) emitidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF). O projeto também amplia de seis para nove o número mínimo de ministros do STF necessários para declarar a inconstitucionalidade de normas. MIRANDA, Tiago. PEC submete decisões do STF à aprovação do Congresso. Agência Câmara de Notícias, Brasília. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/199034-PEC-SUBMETE-DECISOES-DO-STF-A-APROVACAO-DO-CONGRESSO.html>>. Acesso em 10 ago. 2012.

3. PROPOSTA DE COLMATAÇÃO DEMOCRÁTICA DA LACUNA INCONSTITUCIONAL

Que continuemos a nos omitir da política é tudo o que os malfeitores da vida pública mais querem.

Bertold Brecht

Claro que o movimento que se está para desenhar, ao menos aparentemente, apresenta uma possível concentração de poderes no Judiciário. Esse é o momento em que serão iniciadas novas discussões sobre as possibilidades de regulamentar as omissões inconstitucionais. Nesse sentido, é necessário observar que no recorte temporal atual brasileiro, é visível o protagonismo da Corte Excelsa no presente momento de retração do Legislativo. Contudo, não deve haver ingenuidades de que o Judiciário é tão melhor qualificado ou será o salvador da pátria.

Ao reconhecer as falhas inerentes a qualquer instituição, pois que composta de seres humanos, por natureza falhos, a proposição que será deslindada em seguida busca representar, igualmente, um desenvolvimento e uma limitação. Importante, nessa linha de raciocínio, a ideia desenvolvida por Alexander Hamilton:

Mas não se segue daqui que o Poder Judiciário seja superior ao Legislativo; segue-se, sim, que o poder do povo é superior a ambos e que, quando a vontade do corpo legislativo, declarada nos seus estatutos, está em oposição com a do povo, declarada na Constituição, é a essa última que os juízes devem obedecer: por outras palavras, que as suas decisões devem conformar-se antes com as leis fundamentais do que com aquelas que não o são¹²⁰.

A grande preocupação é angariar um novo equilíbrio constitucional de institutos e princípios que se digladiam. Tal equilíbrio será manejado através de instrumentos conferidos pela Constituição brasileira, no sentido de submeter o Estado aos anseios sociais. Claro que é imperativo respeitar a opção do constituinte originário, porquanto previu expressamente mecanismos que possibilitassem a defesa dos interesses previstos no texto constitucional, bem como elegeu o Judiciário como *locus* de discussão. O

¹²⁰ HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. O federalista, p. 460.

cuidado a partir de agora é observar as características e formas de interação que podem ser desenvolvidos entre os elementos do constitucionalismo e da democracia.

A proposição de utilizar ferramentas existentes no sistema para que o STF atue na principal atividade do Legislativo, gerando um novo modelo teórico, inspira cuidados¹²¹. Consoante referido raciocínio, e segundo as ponderações de Dieter Grimm, “[a]s cortes não devem ser chamadas para antecipar ou desenhar medidas legislativas, mas apenas para avaliá-las após as mesmas terem sido tomadas. Isso pressupõe que outro órgão governamental tenha agido antes que o controle judicial se inicie”¹²². No entanto, referido doutrinador reconhece e admite que “[t]al situação não excepciona a omissão política do controle judicial, desde que haja um dever constitucional para agir”¹²³. Referida situação é justamente o mote que tem ocorrido em vários sistemas atuais e será objeto de trabalho na presente pesquisa.

Na realidade, a atividade legislativa do Judiciário não é uma novidade. Nos moldes preconizados por Mauro Cappelletti, os juízes já seriam dotados da capacidade de produção do direito. Na visão de Cappelletti, haveria uma espécie de “criatividade da função judiciária”¹²⁴, na qual os magistrados seriam mais do que meros intérpretes-aplicadores do direito, mas, ainda que *lato sensu*, participariam ativamente da atividade legislativa. Para Cappelletti, pouco importa se há diferença conceitual entre interpretação e criação do direito. Segundo ele, não há verdadeira oposição entre as atividades referidas, tendo em vista que o processo de criação do direito ocorre em função da necessidade do Judiciário em preencher as lacunas resultantes da atividade do Legislativo, o que seria feito por meio da interpretação dos dispositivos no julgamento de uma causa¹²⁵.

Importante observar que o esforço interpretativo do Judiciário, conforme formulado por Cappelletti, não ocorre somente na interpretação das normas ordinárias. Grimm pondera que “as constituições tendem a ser mais abertas assim como menos

¹²¹ Conforme lição de Juliano Zaiden Benvindo, “[h]á complexidades tamanhas nessa seara que exigem do pesquisador uma certa presunção de que, em princípio, possíveis alterações de postura na forma de julgar e de trabalhar os instrumentos processuais existentes devem ser objeto do mais amplo questionamento”. BENVINDO, Juliano Zaiden. Mandado de Injunção em Perigo: Os Riscos da Abstração de seus Efeitos no Contexto do Ativismo Judicial Brasileiro. Observatório da Jurisdição Constitucional, Ano 5, 2011/2012. p. 4.

¹²² GRIMM, Dieter. Jurisdição constitucional e democracia, p. 18

¹²³ GRIMM, Dieter. Jurisdição constitucional e democracia, p. 18.

¹²⁴ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1993. p. 13.

¹²⁵ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? p. 20.

completas e consistentes do que a lei infraconstitucional. Lacunas no seu conteúdo e alcance têm de ser colmatadas através da interpretação e da concretização”¹²⁶. Muitas vezes as lacunas presentes na legislação são obras intencionais do legislador, visando manter a atualidade da norma.

Na experiência norte-americana, que não é tão distante da brasileira, Richard A. Posner constata que os juízes americanos não têm escolha, a não ser assumir o encargo de regulamentação e formulação de políticas. Isso porque as legislaturas americanas não exercem supervisão suficiente do sistema legal, não logrando resolver as lacunas e ambiguidades a uma taxa suficiente. Assim, resta aos juízes a missão de alterar os estatutos e preencher as lacunas legais através da interpretação¹²⁷.

A real questão estaria no grau de criatividade, modos, limites e aceitabilidade da criação do direito pelo Judiciário¹²⁸. Dentro da referida preocupação, Cappelletti levanta a dúvida quanto à atuação do juiz legislador vulnerar a ideia fundamental da separação dos poderes, ameaçando a democracia e instituindo um Estado totalitário¹²⁹. Tal preocupação leva em conta os papéis que cabe a cada poder estatal. Nesse sentido, Habermas destaca que “[a] crítica à jurisdição constitucional é conduzida sempre em relação à distribuição de competências entre legislador democrático e justiça; e, nesta medida, ela é sempre uma disputa pelo princípio da divisão dos poderes”¹³⁰. Contudo, Cappelletti refuta a possibilidade de vulneração do princípio argumentando que “[o] ideal da estrita separação dos poderes teve como consequência um Judiciário perigosamente débil e confinado, em essência, aos conflitos privados”¹³¹.

Hamilton reconhecia a debilidade do Judiciário quando, no artigo 78 dos federalistas, ponderou os seguintes princípios:

1º) que o Poder Judiciário é sem questão alguma o mais fraco dos três; 2º) que, por isso mesmo, não pode atacar nenhum dos dois outros com boa esperança do resultado; 3º) que é preciso dar-lhe todos os meios possíveis para poder defender-se dos outros dois¹³².

¹²⁶ GRIMM, Dieter. Jurisdição constitucional e democracia, p. 14-15.

¹²⁷ POSNER, Richard A. Pragmatic adjudication. In: DICKSTEIN, Morris (ed.). The Revival of Pragmatism: new essays on social thought, law and culture. London: Duke University Press, 1988. p. 250-251.

¹²⁸ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? p. 21.

¹²⁹ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? p. 34.

¹³⁰ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Vol. I. Trad. Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 298.

¹³¹ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? p. 53.

¹³² HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. O federalista, p. 468.

Ainda que Hamilton esteja certo a respeito da debilidade do Poder Judiciário em relação aos demais, não se pode, a pretexto de balancear as forças, conceder força desmesurada a ele. A supremacia judicial levaria a necessidade de nova adequação dos sistemas. É justamente o errado balanceamento dos poderes que Larry D. Kramer critica, explicando que “[h]ow ironic if the only way we can sustain this supposedly weakest branch is by making it the strongest one: letting it order the others about with impunity while forbidding them to resist”¹³³.

A nova configuração do reequilíbrio entre as funções estatais, dentro do princípio da separação dos poderes, foi alcançada, em grande medida, a partir da concepção do controle de constitucionalidade. Conforme lição de Loewenstein:

El control de la constitucionalidad es, esencialmente, control político y, cuando se impone frente a los otros detentadores del poder, es, en realidad, una decisión política. Cuando los tribunales proclaman y ejercen su derecho de control, dejan de ser meros órganos encargados de ejecutar la decisión política y se convierten por propio derecho en un detentador del poder semejante, cuando no superior, a los otros detentadores del poder instituidos¹³⁴.

A concepção tradicional e estática da separação dos poderes, oriunda do século XVIII, merece uma nova leitura, a partir da sociedade atual. A interpretação estanque de conceitos oriundos de outra realidade, a que a teoria normativa se apega às vezes, mais tende a conduzir a atual realidade a um passado distante. A grande questão é auferir novos (talvez melhores) resultados interpretando os cânones e as práticas da maneira como era realizada em séculos atrás, observando a necessária proporção da atuação de cada Poder. Nesse sentido, Cappelletti atribui ao crescimento de atuação do Judiciário como o ingrediente componente do necessário (re)equilíbrio dos três poderes, próprio do sistema de *checks and balances*.

A responsabilidade de manter um convívio harmonioso entre esses dois princípios cabe às instituições, mas é conferido por dispositivos constitucionais¹³⁵. Entretanto, dentre as possíveis leituras conciliadoras do princípio da separação dos poderes, Barry Friedman propõe que seja interpretado como uma espécie de

¹³³ KRAMER, Larry D. *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. New York: Oxford University Press, 2004. p. 250.

¹³⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* p. 309.

¹³⁵ Conforme ensina Barry Friedman, “[t]he Constitution represents a deliberate balance between, on the one hand, separation and independence of the branches and, on the other, accountability and the idea of checks and balances”. FRIEDMAN, Barry. *The Politics of Judicial Review*. *Texas Law Review*, v. 84, n. 2, 2005, p. 260.

“cooperação de poderes”. Tendo em vista que a cada poder do Estado foi conferida parcela da responsabilidade total que lhe cabe, não é possível manter a estrutura estatal funcionando corretamente havendo permanente conflito entre as estruturas. Para bem caracterizar o que foi mencionado anteriormente, referido autor ensina que:

Separation of powers – and other structural limitations – may just as well be thought of as a ‘cooperation of powers’. Each branch or governmental unit has a special role to play, but goals cannot be advanced unless the branches work together at some extent. Picture a door secured with several locks, the key to each in another’s hands. If the door is to be unlocked, the keyholders must reach agreement to do so. Under this ‘cooperation of powers’ system, the best decisions are those made when the branches of government agree. That is not to say every branch and unit will get what it wants or ‘ought’ to have; indeed the point is that the branches must negotiate and compromise. The system is set up to ensure that they do so. In this context, courts may play an important role by defining rights and issuing decrees, but they cannot open the door alone¹³⁶.

É claro que a cooperação nem sempre é auferida. Não raras vezes, haverá conflito por eventual interferência nas atribuições de um e outro poder. Dessa forma, o eventual exercício da atividade de um dos poderes por outro é inevitável. No entanto, o equilíbrio e ponderação devem ser levados em conta por ocasião de tal incursão, de maneira que seja realizado apenas para retomar a normalidade constitucional.

A atividade legislativa desenvolvida pelo Judiciário, como descrito por Cappelletti, pode ser considerada como de caráter ordinário. Ela se realiza e depende da existência de normas sobre o assunto. A diferença a ser apresentada aqui consiste numa atividade legislativa sancionadora por parte do Judiciário em relação à inércia do legislador, de maneira que não existe norma prévia apta a ensejar a função criadora do juiz. Por outro lado, enquanto a atividade do juiz legislador de Cappelletti ocorre rotineiramente diante de lacunas interpretativas, a legislação sancionadora apenas teria vez ocasionalmente no insistente silêncio normativo diante de norma constitucional.

O desafio é patente, todavia, a atividade legislativa sancionadora do Judiciário, notadamente do STF, pode ser (re)trabalhada como uma saudável contribuição ao aperfeiçoamento do regime democrático, da preservação do Estado Democrático de Direito e da harmonia entre os Poderes. Outra questão a ser levantada faz referência às várias possibilidades de conformar a participação social nos espaços públicos de tomada

¹³⁶ FRIEDMAN, Barry. When rights encounter reality: enforcing federal remedies. *Southern California Law Review*, v. 65, 1992. p. 772.

de decisão. Contudo, seja qual for a configuração utilizada, a fundamentação pode ser encontrada na importante a lição de Friederich Müller:

A gama de configurações de participação formal da população nos assuntos de interesse público, que podem ser instituídas no quadro do Estrado de Direito apoia-se nas garantias materiais e processuais que sob as exigências do Estado constitucional moderno formam a base jurídica de uma sociedade civil política¹³⁷.

Na busca por tal intento, o modelo normativo procedimental da democracia, idealizado por Habermas como política deliberativa, será viabilizado como meio de abertura dos canais institucionais judiciais. Isso porque referido modelo tem por base as condições de comunicação sob as quais o processo de tomada de decisão política supõe-se capaz de auferir resultados racionais, justamente por cumprir-se de modo deliberativo em todo o seu alcance¹³⁸.

A questão crucial reside na busca por um caminho capaz de garantir que decisões tomadas por instituições estatais representem o ponto de vista dos interesses de todos. Isso implica estabelecer procedimentos de participação democrática na estrutura do Judiciário que sejam capazes de proporcionar resultados racionais. É crucial resguardar o princípio democrático, seja em qual for a instituição em que se pretende percorrer o *iter* legislativo. Nas palavras de Carl Schmitt, “[a] essência do princípio democrático fica preservada por meio do pressuposto de uma identidade entre lei e vontade do povo”¹³⁹. O caminho a ser trilhado procura desenvolver, nos tópicos seguintes, a possibilidade de tal identidade permanecer e ser fortalecida, mesmo que no âmbito do Judiciário. Os passos que serão percorridos visa estabelecer uma nova possibilidade para o paradigma da omissão inconstitucional, em uma espécie de colmatação democrática da lacuna a partir de uma ação judicial.

3.1 Evolução da decisão judicial sobre a colmatação de lacunas

Os dois mecanismos criados somente com o fito de colmatar lacunas tiveram regulamentação tardia e um tanto contida. O primeiro, a ADO, só foi regulamentado no

¹³⁷ MÜLLER, Friederich. Quem é o povo? A questão fundamental da democracia. Trad. Peter Naumann. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 132.

¹³⁸ HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro: estudos de teoria política. Trad. George Sperber, Paulo Astor Soethe, Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2007. p. 286.

¹³⁹ SCHMITT, Carl. A crise da democracia parlamentar. Trad. Inês Lobbauer. São Paulo: Scritta, 1996. p. 26-27.

ano de 2009, com uma lei que se mostra preocupada com o processo, mas que pouco evoluiu quanto à decisão final. No outro extremo, o Mandado de Injunção (MI) que, após 25 anos da promulgação da Constituição, sequer conta com uma norma própria. Nesse caso a saída encontrada foi estabelecer no art. 24, parágrafo único, da Lei 8.038/1990, que no MI serão observadas, no que couberem, as normas do mandado de segurança, enquanto não for editada legislação específica.

As dúvidas quanto à omissão inconstitucional são tantas que os limites dos mecanismos tornam-se tênues. O MI foi gestado para ser um controle de cunho individual, com efeitos locais, sobre direitos fundamentais. A ADO é um processo de controle concentrado e expansivo, voltado para todo o tipo de omissão. O objetivo de ambas é regulamentar a norma faltante. A rigor, a decisão nos referidos instrumentos repercute fortemente no âmbito político. Em última *ratio*, equipara-se o controle difuso ao controle concreto. Procedimentalmente, as ações contam com um trâmite plenamente estabelecido. Todavia, ainda que o objeto das ações fosse a colmatação de lacunas, o seu deslinde final não era dotado de efetividade.

Por algum tempo, a Corte Maior optou por não fazer pleno uso da aparelhagem conferida pela Constituição. O manuseio dos primeiros MIs e ADOs foram um tanto tortuosos. Na verdade, o STF apresenta três estágios claramente identificáveis de atuação sobre as omissões: o primeiro, de *self-restraint*; o segundo, de atuação tímida; e, o terceiro, de atividade proativa.

Inicialmente, até pela inovação que apresentava, os ministros mostravam-se receosos sobre suprir uma lacuna inconstitucional, como substituição ao Legislativo. Conforme as argumentações utilizadas à época¹⁴⁰, percebe-se que o maior temor era utilizar uma ferramenta que, em tese, pudesse violar os princípios democráticos e da separação dos poderes. Na verdade, durante algum tempo o STF se manteve inerte sobre o assunto, evitando causar um possível mal-estar entre os poderes. Atendendo à previsão do texto constitucional, ao reconhecer a mora da regulamentação, o STF passou a fazer uma espécie de apelo ao Legislador. Na decisão final que reconhecia a existência de omissão inconstitucional, o STF estaria apenas autorizado a dar ciência da

¹⁴⁰ Cf. o seguinte trecho: “Não assiste ao Supremo Tribunal Federal, contudo, em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), a prerrogativa de expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente”. STF, ADI 1458, rel. Min Sepúlveda Pertence, Dj. 20/09/1996.

mora ao órgão desidioso, na esperança de que se providenciasse a norma faltante¹⁴¹. Contudo, reconhecidamente, tal provimento representava uma resposta insuficiente ao problema. A mera ciência sem consequências nada resolveria, como posteriormente se constatou na prática.

No segundo estágio, operou-se uma mudança paradigmática operada pela Corte Excelsa consistente em, além de dar ciência da lacuna pendente, determinar um lapso temporal no qual o Parlamento deveria tomar uma atitude¹⁴². De fato, a decisão nesses termos passou a gozar de ares cogentes. Contudo, na realidade, ainda não havia qualquer medida que compelsse o Legislador recalcitrante a regulamentar a norma constitucional, era apenas um prazo dilatatório. Novamente a dificuldade se instalava, porquanto o problema permanecia inalterado. Em que pese à decisão judicial, a lacuna restava incólume.

A virada mais significativa no posicionamento ocorreu quando o STF julgou três mandados de injunção impetrados pelo Sindicato dos Servidores da Polícia Civil no Estado do Espírito Santo (SINDIPOL), pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa (SINTEM) e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará (SINJEP)¹⁴³. Tais ações pretendiam fosse garantido aos seus associados o exercício do direito de greve previsto no art. 37, VII, da Constituição Federal de 1988. No citado caso, já parcialmente analisado no item 2.1.4 supra, a Corte Maior, por maioria, conheceu dos mandados de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação, no que coubesse, da Lei 7.783/1989, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada.

Sem dúvida, o STF deu um passo adiante ao regulamentar o direito de greve do servidor público. Um dos direitos fundamentais dos trabalhadores, seja do setor público, seja do setor privado, passou a contar com alguma sorte de normatização. Todavia, já levando em conta os possíveis problemas de ordem democrática, levantados pelo fato de

¹⁴¹ O modelo foi importado da experiência alemã. Todavia, a diferença para o que é feito no Brasil é que, no país de origem, a ferramenta de apelo ao legislador tem dado resultados: “O apelo ao legislador tem dado ensejo, não raras vezes, a profundas reformas legislativas, como demonstram os julgados proferidos sobre a situação dos filhos havidos fora do casamento (Lei Fundamental, art. 6.º, parágrafo 5.º), sobre a problemática da execução penal e a respeito das relações jurídicas nas escolas públicas”. MENDES, Gilmar F. O apelo ao legislador – *apellentscheidung* – na práxis da Corte Constitucional Federal Alemã. Revista de informação legislativa, v.29, nº 114, p. 473-502, abr./jun. de 1992.

¹⁴² STF, ADI nº 3.682, rel. Min. Gilmar Mendes, Dj. 06/09/2007.

¹⁴³ STF, MI 670, rel. para acórdão Min. Gilmar Mendes, MI 708, rel. Min Gilmar Mendes e MI 712, rel. Min. Eros Grau, todos publicados no Dj. 31/10/2008.

um Tribunal exercer as vezes de órgão representativo da sociedade, caberia perguntar se a Corte Maior poderia regulamentar o direito de greve para todos os servidores públicos do País ao decidir mandados de injunção impetrados por três entes que estão longe de representar a maioria dos servidores públicos. Será que a lei de greve do setor privado era uma resposta adequada ao setor público?¹⁴⁴ Será que não poderia ter a possibilidade de maior parcela da sociedade participar dos debates?¹⁴⁵

¹⁴⁴ Referido questionamento pode ser extraído do voto do Min. Ricardo Lewandowski, proferido no julgamento do MI 708. No referido voto, o Ministro concede a ordem a favor do SINTeM, todavia, considera que aplicar a Lei 7.783/1989 aos servidores públicos traria três inconvenientes em especial: I) a aplicação da Lei ao caso representaria indevido recurso à analogia; II) a aplicação da lei de greve seria indevida ingerência do Judiciário na competência privativa do Congresso Nacional de editar normas abstratas e de caráter geral; III) a aplicação da Lei para regulamentar o direito de greve dos servidores públicos se mostraria totalmente inadequada para regular a greve no serviço público, haja vista que alguns de seus dispositivos são incompatíveis para regular esse tipo de greve e que, mesmo com alterações pontuais, esse problema não seria superado. Dessa forma, ele elenca 16 condições para o exercício do direito de greve, bem como verbaliza que a decisão é cabível tão-somente aos impetrantes. “Assim sendo, asseguro o exercício de greve dos trabalhadores em educação do município de João Pessoa, desde que atendidas as seguintes exigências: 1) a suspensão da prestação de serviços deve ser temporária, pacífica, podendo ser total ou parcial; 2) a paralisação dos serviços deve ser precedida de negociação ou de tentativa de negociação; 3) a Administração deve ser notificada da paralisação com antecedência mínima de 48 (quarenta e oito) horas; 4) a entidade representativa dos servidores deve convocar, na forma de seu estatuto, assembléia geral para deliberar sobre as reivindicações da categoria e sobre a paralisação, antes de sua ocorrência; 5) o estatuto da entidade deve prever as formalidades de convocação e o quórum para a deliberação, tanto para a deflagração como para a cessação da greve; 6) a entidade dos servidores representará os seus interesses nas negociações, perante a Administração e o Poder Judiciário; 7) são assegurados aos grevistas, dentre outros direitos, o emprego de meios pacíficos tendentes a persuadir ou aliciar os servidores a aderirem à greve e a arrecadação de fundos e livre divulgação do movimento; 8) em nenhuma hipótese, os meios adotados pelos servidores e pela Administração poderão violar ou constranger os direitos e garantias de outrem; 9) é vedado à Administração adotar meios para constranger os servidores ao comparecimento ao trabalho ou para frustrar a divulgação do movimento; 10) as manifestações e atos de persuasão utilizados pelos grevistas não poderão impedir o acesso ao trabalho nem causar ameaça ou dano à propriedade ou pessoa; 11) durante o período de greve é vedada a demissão de servidor, exceto se fundada em fatos não relacionados com a paralisação, e salvo em se tratando de ocupante de cargo em comissão de livre provimento e exoneração, ou, no caso de cargo efetivo, a pedido do próprio interessado; 12) será lícita a demissão ou a exoneração de servidor na ocorrência de abuso do direito de greve, assim consideradas: a) a inobservância das presentes exigências; b) a manutenção da paralisação após a celebração de acordo ou após a decisão judicial sobre o litígio; 13) durante a greve, a entidade representativa dos servidores ou a comissão de negociação, mediante acordo com a Administração, deverá manter em atividade equipes de servidores com o propósito de assegurar a prestação de serviços essenciais e indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da coletividade; 14) em não havendo o referido acordo, ou na hipótese de não ser assegurada a continuidade da prestação dos referidos serviços, fica assegurado à Administração, enquanto, enquanto perdurar a greve, o direito de contratação de pessoal por tempo determinado, prevista no art. 37, IX, da Constituição Federal ou a contratação de serviços de terceiros; 15) na hipótese de greve em serviços ou atividades essenciais, a paralisação deve ser comunicada com antecedência mínima de 72 (setenta e duas) horas à Administração e aos usuários; 16) a responsabilidade pelos atos praticados durante a greve será apurada, conforme o caso, nas esferas administrativas, civil e penal”. STF, MI 708, rel. Min Gilmar Mendes, Dj. 31/10/2008. p. 281-290.

¹⁴⁵ Hodiernamente, porém, as críticas se voltaram mais para o conteúdo da decisão do que para o procedimento em si, conforme observa Juliano Zaiden Benvindo, “a crítica centraliza-se, sobretudo, não exatamente no fato de o STF ter buscado regulamentar a matéria no intuito de garantir o direito constitucional, postura que se ansiava há tempos, mas ao conteúdo da decisão, que pareceu mais limitar direitos do que, efetivamente, afirmá-los e isso sob um parâmetro analógico de difícil compatibilidade”. BENVINDO, Juliano Zaiden. Mandado de Injunção em Perigo, p. 12.

3.2 Mecanismos de participação popular na jurisdição constitucional

É imperativo reconhecer a participação social na regulamentação do direito de greve no serviço público. Contudo, talvez essa discussão possa ser melhor tratada em sede de controle abstrato, considerando o maior espectro de debate que poderia gerar. No Brasil, visando conferir maiores traços de legitimidade da jurisdição constitucional, foram adotados alguns meios de participação popular na discussão da constitucionalidade das leis¹⁴⁶. Ainda que não houvesse necessidade de permitir a discussão com a população no controle de constitucionalidade, já que é eminentemente contramajoritário, recursos como o *amicus curiae*, audiência pública e consulta pública foram inseridos na sistemática do controle concentrado como formas de possibilitar o acesso popular à tutela constitucional.

Referidos instrumentos foram previstos no ordenamento jurídico brasileiro como uma maneira de transição paradigmática, de um modelo hermético (formal-individualista) de controle da constitucionalidade para um modelo procedimental aberto (participativo-coletivo). Esse padrão foi criado para permitir a interferência de uma pluralidade de sujeitos, argumentos e visões no processo constitucional¹⁴⁷. Caso um tribunal formule um julgamento no qual trate os cidadãos, ou as pessoas afetadas, com igual consideração e respeito, então sua decisão gozaria de uma legitimidade política semelhante à atribuída ao Legislativo. Conforme sustenta o Ministro Carlos Ayres Britto, tomando por base um dos institutos de participação popular no controle de normas, “o instituto do **amicus curie** [sic] homenageia o princípio que é constitucional do pluralismo, e isso, sem dúvida, ampliando a participação de setores da sociedade nos processos decisórios, legitima ainda mais as decisões emanadas nesta Corte”¹⁴⁸. O STF, com o passar do tempo, está implementando um discurso de aproximação com a

¹⁴⁶ Observando que esse não é um movimento restrito à sistemática brasileira. Como observa o Ministro Joaquim Barbosa, “a maior participação social não é restrita ao STF. É um movimento mundial, uma tendência do nosso tempo. São as Cortes Supremas participando das soluções de questões que dividem a sociedade, nas quais os parlamentos têm dificuldade natural de tratar”. MICHAEL, Andréa. STF amplia participação no debate público. Folha de São Paulo. São Paulo, 10 ago. 2008. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc1008200812.htm>>. Acesso em 09 jan. 2014.

¹⁴⁷ Na mais pura doutrina da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição proposta por Peter Häberle, para quem “a interpretação constitucional não é um ‘evento exclusivamente estatal’, seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista prático. [...] O cidadão que formula um recurso constitucional é intérprete da Constituição”. HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional. A Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 23.

¹⁴⁸ Destaque acrescido. STF, RE 416.827-8-QO/SC, Tribunal Pleno, julgado em 21 set. 2005. Voto Min. Carlos Ayres Britto.

sociedade. Assim, a Corte Excelsa tem enfatizado uma mudança na postura visando efetivar as possibilidades de participação previstas na Constituição.

A Constituição Federal de 1988 oferece alternativas e condições que possibilitam, de maneira cada vez mais intensa, a participação de uma pluralidade de sujeitos na jurisdição constitucional. Sendo assim, a visão de que os dispositivos constitucionais devem ser manejados somente pelos operadores tradicionais do Direito está em crise. Cada vez mais há um movimento que reivindica que as entidades representativas levem a voz da população aos, muitas vezes, entrincheirados tribunais. No magistério de Conrado Hübner Mendes, “[c]ortes não estão no vácuo ou numa torre de marfim. Precisam de cooperação”¹⁴⁹.

A participação social tem uma razão de ser em qualquer procedimento de tomada de decisão. Julgamentos repletos de discussões e reflexões sobre os argumentos levantados por diversos segmentos da sociedade civil certamente propiciará maior legitimidade democrática para as decisões proferidas. Conforme ensina Seyla Benhabib, “legitimacy in complex democratic societies must be thought to result from the free and unconstrained public deliberation of all about matters of common concern”¹⁵⁰. Logo, quanto maior o espectro participativo e diversidade de assuntos, maior será a força legitimadora a emanar da decisão proferida.

Por outro lado, é imperativo levar também em consideração que o conhecimento dos ministros da Corte Maior, assim como a maioria dos juristas, é adstrito à área jurídica. Há fatores interdisciplinares relevantes que se revelam determinantes a aplicação do conhecimento jurídico. Como benefício, os participantes podem angariar nos debates, subsídios técnicos, implicações político-jurídicas e elementos de repercussão econômica.

Conforme observa Luís Roberto Barroso:

Os membros do Judiciário não devem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida –, supondo-se *experts* em todas as matérias. Por fim, o fato de a última palavra acerca da interpretação da Constituição ser do Judiciário não o transforma no único – nem no principal – foro de debate e de reconhecimento da vontade constitucional a cada tempo. A jurisdição constitucional não

¹⁴⁹ MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação, 141.

¹⁵⁰ BENHABIB, Seyla. Toward a Deliberative Model of Democratic Legitimacy. In: _____. (Ed.). Democracy and Difference: contesting the boundaries of the political. New Jersey: Princeton University Press, 1996. p. 68.

deve suprimir nem oprimir a voz das ruas, o movimento social, os canais de expressão da sociedade. Nunca é demais lembrar que o poder emana do *povo*, não dos juízes¹⁵¹.

Em que pese essa aparelhagem ser amplamente utilizada na discussão da inconstitucionalidade por ação¹⁵², hoje não se tem a mesma noção quando os debates ocorrem na inconstitucionalidade por omissão. Não há notícia de uso da audiência pública ou da consulta pública na discussão da omissão inconstitucional. No que tange ao *amicus curiae*, somente a partir da ADO nº 22¹⁵³, ajuizada em 12 de dezembro de 2012, é que o instituto contou com sua primeira incursão. Nesse sentido, é possível notar a existência de um emprego ainda tímido e perfunctório dos meios de participação popular no processo de integração à lacuna inconstitucional.

Não chega a ser um espanto que a utilização das ferramentas de participação popular na omissão inconstitucional estejam travadas. Até vinte e cinco anos atrás, sequer existia a discussão no Brasil. Atualmente existe certo cuidado ao tratar do assunto, tendo em vista as dúvidas e a possibilidade de gerar tensões entre os Poderes. A existência dos institutos, por si só, não é o suficiente para ensejar a utilização. O fato de serem aplicados com alguma proficiência na discussão da inconstitucionalidade por ação não significa que devem/possam ser utilizadas da mesma forma na inconstitucionalidade por omissão. Tratando-se de discussão que conta com as suas especificidades, o uso de ferramentas de participação na omissão deve contar com um olhar diferenciado.

¹⁵¹ Grifos do autor. BARROSO, Luís Roberto. O novo direito constitucional brasileiro, p. 252.

¹⁵² Não obstante, houve um largo lapso entre a previsão e regulamentação/utilização do instituto da audiência pública. As audiências públicas foram previstas nas leis que regulamentaram o controle de constitucionalidade, Leis 9.868/1999 e 9.882/1999. Contudo, apenas foram regulamentadas para uso efetivo pela Emenda Regimental 29/2009, que atribuiu competência ao Presidente ou ao Relator, nos termos dos arts. 13, XVII, e 21, XVII, do Regimento Interno do STF. A primeira audiência pública realizada pelo STF foi convocada pelo Min. Ayres Britto, Relator da ADI 3510-DF, que impugnava dispositivos da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005), e ocorreu no dia 20 de abril de 2007. Na referida ação se discutiu a constitucionalidade da pesquisa científica com células-tronco embrionárias, houve utilização de audiência pública que contou com grande participação de especialistas na matéria (pesquisadores, acadêmicos e médicos), além de diversas entidades da sociedade civil. Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 101, contou com audiência pública realizada no dia 27 de junho de 2008, onde se debateu o tema da importação de pneus usados e sua problemática em face dos princípios constitucionais que protegem o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Outra ação foi a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, onde foram realizadas audiências públicas nos dias 26 e 28 de agosto e 4 de setembro de 2008, visando discutir o tema do aborto de fetos anencéfalos. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublicaPrincipal.asp>> Acesso em 09 jan. 2014.

¹⁵³ Essa ação foi proposta pelo Procurador Geral da República e tem como objeto a omissão parcial decorrente da insuficiente regulamentação do art. 220, § 4º, da Constituição Federal de 1988, pela Lei nº 9.294/1996, que trata das restrições à propaganda de bebidas alcoólicas. Conforme alegação do chefe do Ministério Público, a norma citada foi deficiente no sentido de não tratar das bebidas alcoólicas de teor inferior a treze graus Gay Lussac (13º GL).

Antes de adentrar no modelo que será exposto para permitir a regulamentação judicial democrática, imperativo entrar na discussão atual em que estão imersas as duas principais instituições objeto de estudo. Enquanto o Legislativo se vê em meio a uma possível crise de representatividade, o Judiciário está em constante ascensão dos seus poderes. Um olhar sobre esses dois fatores auxilia na compreensão da proposta a ser apresentada, haja vista o cuidado com os fatores de risco e as possibilidades de trabalho.

3.3 Crise de representatividade do Legislativo

O atual momento de retração do Legislativo pode ser justificado tanto pelas atuações do Judiciário, com o ativismo e a judicialização, como do Executivo, com o presidencialismo de coalizção¹⁵⁴, e/ou mesmo pela própria atuação legislativa deficiente. Considerando a parte do Judiciário, que é de interesse para a pesquisa, o enfraquecimento é visto como possível decorrência da difusa e crescente utilização do controle de constitucionalidade. Conforme advertência de Alexander Bickel:

Besides being a counter-majoritarian check on the legislature and the executive, judicial review may, in a larger sense, have a tendency over time seriously to weaken the democratic process. Judicial review expresses, of course, a form of distrust of the legislature¹⁵⁵.

Por outro lado, respeitável setor doutrinário argumenta que o Legislativo vem sendo denegrado por diversas esferas sociais. Segundo essa linha de pensamento, o Legislativo tem seu papel menosprezado com o escuso objetivo de ser subjugado pelos outros Poderes. Nessa linha, Larry D. Kramer observa que “backers of judicial review were thinking mostly about legislative mistakes or efforts by legislators to aggrandize their own power at the people’s expense”¹⁵⁶. Sendo assim, os questionamentos relacionados à legitimidade da jurisdição constitucional buscariam na atuação legislativa¹⁵⁷ razões e motivos para descobrir se há ou não indevidas ingerências de um sobre o outro.

¹⁵⁴ Pode ser definido como a cooptação dos parlamentares pelo chefe do Executivo (ou vice versa), visando facilitar a execução de políticas e planos de interesse do governo, a partir de maiorias.

¹⁵⁵ BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: The Supreme Court at the bar of politics*. 2ª ed. New haven: Yale University Press, 1986. p. 21.

¹⁵⁶ KRAMER, Larry D. *The People Themselves*, p. 130.

¹⁵⁷ Larry Kramer complementa que “[s]tanding behind the skepticism of Congress are certain stereotypes about legislators and the legislative process generally. In both scholarship and the press, legislators are dismissed as unthinking automatons, incapable of deliberating seriously”. KRAMER, Larry D. *The People Themselves*, p. 239.

Em obra dedicada ao assunto, Jeremy Waldron, considerando a experiência norte-americana, reverbera que “a nossa jurisprudência está repleta de imagens que apresentam a atividade legislativa comum como negociatas, troca de favores, manobras de assistência mútua, intriga por interesses e procedimentos eleitoreiros”¹⁵⁸. Waldron busca destacar maneiras de pensar a respeito da legislatura como fonte de direito respeitável. Segundo o referido autor, a legislação seria pintada com cores soturnas visando dar maior credibilidade à ideia de controle da constitucionalidade das leis. Assim, o julgador seria idealizado enquanto do legislador apenas se teria a má fama¹⁵⁹.

O argumento de Waldron possui alguma razão de ser, principalmente considerando que evidenciar a deficiência de um Poder, em alguma medida, pode implicar a justificção para a expansão de outro. Entretanto, até que ponto seria possível transpor, de maneira crível, a tese waldroniana para situações distintas da norte-americana? Não que referido construto seja tendente à universalização, porquanto deliberadamente é proposto para um ordenamento específico, mas ele resistiria a uma constatação empírica? A defesa do Parlamento por Waldron seria baseada em um déficit empírico? Será que a atuação judicial, em certa medida, é resultado de uma suposta crise de representatividade aventada pelo Judiciário, ou será causada pelo próprio Legislativo?

Waldron acredita no parlamento e, para corroborar sua hipótese, cita os debates ocorridos na Câmara dos Comuns inglesa sobre o projeto de lei de interrupção da gravidez de 1966, como exemplo de deliberação democrática plural¹⁶⁰. O que Waldron desconsidera em sua argumentação é que o debate citado tende a ser uma exceção. Discussões legislativas dotadas de tamanho respeito e amplas divagações não acontecem com tanta proficuidade, nem no próprio parlamento inglês. Waldron se apega a um debate de 1966, mas é incapaz de citar outros, ainda que semelhantes.

Na atualidade, a regra de realização dos debates parlamentares é muito aquém ao modelo utópico citado por Waldron, tendo, muitas vezes, interesses pessoais ou partidários como ponto chave. Na verdade, a forma como o Legislativo costuma trabalhar implica que “o raciocínio legislativo pode ser vergonhoso, na medida em que

¹⁵⁸ WALDRON, Jeremy. A dignidade da legislação. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 2.

¹⁵⁹ WALDRON, Jeremy. A dignidade da legislação, p. 2.

¹⁶⁰ WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao Judicial Review. Trad. Adauto Vilela. In: BIGONHA, Antonio Carlos A.; MOREIRA, Luiz (org.). Legitimidade da jurisdição constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 132-133.

as maiorias legislativas agem por pânico, despreocupadamente ou simplesmente papagueando *slogans* populares ou sectaristas em seus pseudodebates”¹⁶¹.

A forma de atuação dos parlamentares será o caminho eleito no presente trabalho visando encontrar soluções para as referidas questões. Como os representantes da sociedade agem, para chegar e manter essa condição, é justamente a pedra de toque que Waldron considera como fraqueza que o Judiciário tenta evidenciar. Para esclarecer a relação entre os mandantes e os mandatários, Habermas pondera:

O processo de formação da vontade e da opinião pública, tanto em meio à opinião pública como no parlamento, é determinado pela concorrência entre agentes coletivos agindo estrategicamente e pela manutenção ou conquista de posições de poder. O êxito nesse processo é medido segundo a concordância dos cidadãos em relação a pessoas e programas, o que se quantifica segundo números de votos. Ao votar, os eleitores expressam suas preferências¹⁶².

Não é novidade que os atores parlamentares possuem uma atuação estratégica no cenário em que atuam, e é normal que o tenham. Suas ações visam ao êxito pela conquista e manutenção do poder político, em visível racionalidade política. Na observação de Dieter Grimm “[o]s políticos atuam num ambiente competitivo. O que conta nesse ambiente é o sucesso político e, em última análise, a vitória eleitoral”¹⁶³.

O problema ocorre quando os próprios parlamentares, não raras vezes, na busca por sucesso, podem ser utilizados como massa de manobra servindo aos interesses dos partidos políticos. Por sua vez, as agremiações políticas sofrem ampla influência do setor econômico, responsável por grande parte do financiamento das campanhas político-partidárias. Dessa forma, não é impossível prever que a classe política desloque suas atenções da sociedade civil para a classe econômica. Esse círculo vicioso acaba por enfraquecer a esfera público-política e o complexo parlamentar, o que facilita a invasão do processo de legislação pelos fatores econômicos, comprometendo a legitimidade da produção legislativa¹⁶⁴.

¹⁶¹ Em que pese Waldron afirmar que legislar de forma apressada e sectarista não fazer parte da teoria normal do papel que cabe ao parlamento. WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao Judicial Review, p. 134.

¹⁶² HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro, p. 283.

¹⁶³ GRIMM, Dieter. Jurisdição constitucional e democracia, p. 11.

¹⁶⁴ Nesse sentido, ponderável a opinião de Joshua Cohen, para quem deveria haver uma espécie de limite para o financiamento de campanha política. Na sua perspectiva, “[a]o estabelecer o piso, um esquema de financiamento público apropriado ajudaria a tornar mais acessível a ocupação de cargos públicos; ao reduzir a dependência dos partidos e candidatos dos recursos privados, garante maior igualdade de oportunidade de influência”. COHEN, Joshua. Procedimento e substância na democracia deliberativa. In:

Para Friedrich Müller, por vezes, “o deputado ou a deputada também não compreendem a complexidade técnica das leis pelas ou contra as quais votam no parlamento; além disso, votam condicionados por ponderações de política partidária”¹⁶⁵. O eventual desacordo com as políticas partidárias, fatalmente, tende a levar o parlamentar/partido ao isolamento, com consequências funestas para pretensões políticas futuras. No referido cenário, apresenta-se uma espécie de democracia representativa em que os representantes não representam seus mandantes.

Os partidos, ainda que se apresentem às pessoas como opositoristas ferrenhos uns dos outros, para realizar interesses particulares, manter a integridade do grupo dominante formado e permanecerem fruindo economicamente do poder, unem-se em uma espécie de alianças veladas¹⁶⁶. Nas observações de Carl Schmitt, que mantêm o mesmo frescor, como se houvesse sido escrito nos dias atuais, destaca-se:

Os partidos atualmente não se apresentam mais em posições divergentes, com opiniões passíveis de discussão, mas sim como grupos de poder sociais ou econômicos, que calculam os interesses e as potencialidades de ambos os lados para, baseados nesses fundamentos efetivos, selarem compromissos e formarem coalizões¹⁶⁷.

Não é raro que manobras políticas escusas sejam utilizadas para alcançar fins estratégicos. A representatividade exercida pelos congressistas costuma ser utilizada em benefício próprio¹⁶⁸, ou de categorias minoritárias detentoras do poder econômico, tudo

WERLE, Denilson Luis; MELO, Rúrion Soares (org. e trad.). Democracia deliberativa. São Paulo: Esfera Pública, 2007. p. 137-138.

¹⁶⁵ MÜLLER, Friederich. Quem é o povo? p. 131.

¹⁶⁶ Exemplo claro da busca partidária pela manutenção e restrição do poder, e tema recorrente no parlamento brasileiro, é a chamada “cláusula de barreira”. Segundo tal cláusula, “[t]ambém conhecida como cláusula de exclusão ou cláusula de desempenho, é uma norma que impede ou restringe o funcionamento parlamentar ao partido que não alcançar determinado percentual de votos. O dispositivo foi aprovado pelo Congresso em 1995 para ter validade nas eleições de 2006, mas foi considerado inconstitucional pela unanimidade dos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), sob o argumento de que prejudicaria os pequenos partidos. A regra determinava que os partidos com menos de 5% dos votos nacionais não teriam direito à representação partidária e não poderiam indicar titulares para as comissões, incluindo CPIs (Comissões Parlamentares de Inquérito). Também não teriam direito à liderança ou cargos na Mesa Diretora. Além dessas restrições, perderiam recursos do fundo partidário e ficariam com tempo restrito de propaganda eleitoral em rede nacional de rádio e de TV”. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/glossario-legislativo/clausula-de-barreira>>. Acesso em 13 jan. 2014. Grandes partidos são favoráveis, já que sua existência estaria garantida e sua participação nos recursos eleitorais restaria inalterado. Por outro lado, os pequenos e médios são contrários à proposta, haja vista que resultaria em grande dificuldade de manutenção de suas siglas.

¹⁶⁷ SCHMITT, Carl. A crise da democracia parlamentar, p. 8.

¹⁶⁸ Dentre tantos casos noticiados pela mídia, um dos mais emblemáticos ocorreu em 2007, envolvendo o então presidente do Senado Federal, o senador Renan Calheiros. Segundo a mídia, um lobista, vinculado a uma grande empresa do setor da construção civil, realizava pagamentos de aluguel de um apartamento em Brasília e a pensão de uma filha de três anos que Renan teria com uma jornalista da cidade, fora do casamento, no valor total de R\$ 16.500,00 mensais. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/>

em prol do objetivo de fazer permanecer o *status quo*. Cass R. Sustein explica a atuação dos membros do Legislativo da seguinte maneira:

There are numerous theories about legislative decisionmaking. One theory suggests that a considerable amount of legislative behavior can be explained if one assumes that members of Congress seek singlemindedly the goal of reelection. Another approach indicates that three primary considerations – achieving influence within the legislature, promoting public policy, and obtaining reelection – have more explanatory power than any single-factored approach. In the economic literature, there have been efforts to explain legislative behavior solely by reference to constituent pressures¹⁶⁹.

Com tal fato em mente, não é raro encontrar em noticiário ações duvidosas cometidas por congressistas visando se beneficiar do poder político ou aumentar suas vantagens/chances em relação à aquisição/manutenção de poder¹⁷⁰. Na busca por uma constatação empírica, tomando como recorte o contexto do parlamentar brasileiro, é possível perceber, em recente levantamento realizado pela revista Congresso em Foco, que cerca de um em cada três integrantes do Congresso Nacional está sob investigação no STF por fato penal.

Do total dos 594 parlamentares brasileiros, pelo menos 224 (191 deputados e 33 senadores) são alvos de 397 inquéritos policiais (procedimentos preliminares de investigação que podem gerar ações penais) e 145 ações penais (processos que podem resultar em condenação). Cerca de 37% dos parlamentares são objeto de investigação no STF¹⁷¹.

É óbvio que nem todos os procedimentos abertos resultaram em processo criminal, bem como nem todas as ações criminais resultaram em condenação. Não se olvide que algumas denúncias podem ser oriundas de intrigas políticas, interesse em manchar a reputação de alguns parlamentares ou simplesmente rixa entre parlamentares.

brasil/ult96u305273.shtml>. Acesso em: 17 jan. 2014.

¹⁶⁹ SUNSTEIN, Cass R. Interest Groups in American Public Law. *Stanford Law Review*. Vol. 38, No. 1 (Nov., 1985), p. 48.

¹⁷⁰ Não é raro notícias sobre variados escândalos envolvendo parlamentares no Brasil. Entretanto, quando se trata do envolvimento do chefe de uma das Casas Parlamentares em atos questionáveis a reputação do Parlamento cai como um todo. Conforme caso ocorrido no ano de 2005, quando o então presidente da Câmara dos Deputados, o deputado Severino Cavalcanti, renunciou à presidência da casa e ao mandato parlamentar após ser acusado de receber uma espécie de propina para prorrogar a concessão de um restaurante da Câmara. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u72194.shtml>>. Acesso em 17 jan. 2014.

¹⁷¹ MILITÃO, Eduardo; TORRES, Rodolfo; SARDINHA, Edson. Um congresso na mira do Supremo. *Congresso em foco*, Brasília, p. 8-27, ano 2, n. 7, ago/set. 2013.

Entretanto, ainda assim, é expressivo um aumento de quase 35% em cerca de 8 anos, conforme gráfico a seguir:

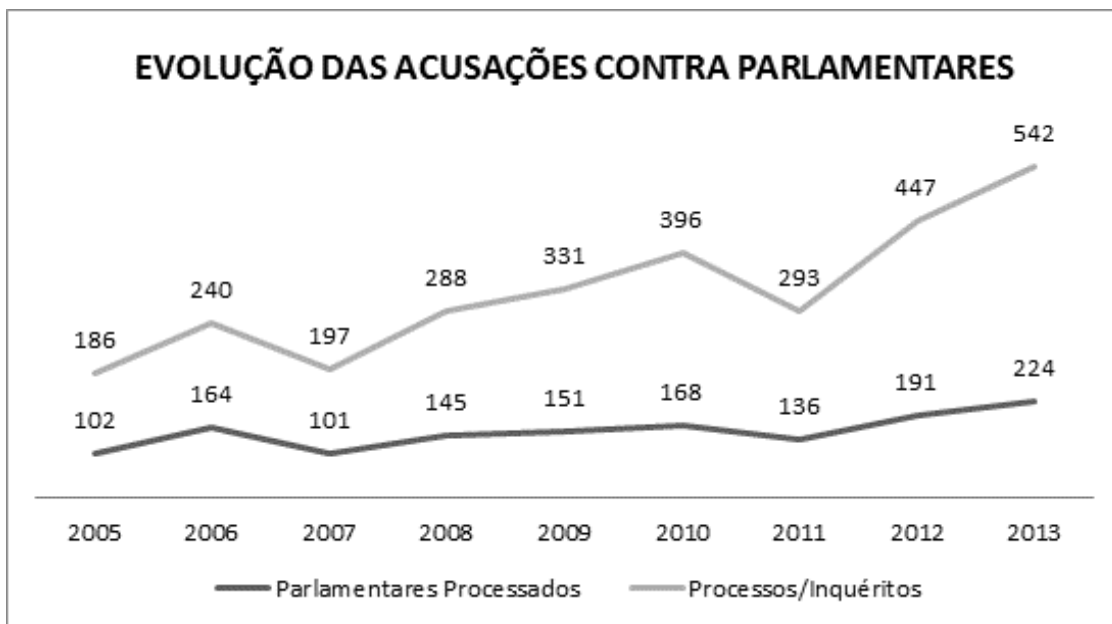


Gráfico 1. Fonte: Revista Congresso em Foco com base em pesquisas no portal do STF¹⁷².

A maioria dos crimes em apuração faz referência à atuação dos parlamentares em funções públicas, ou visando alcançá-las. Conforme apuração da revista Congresso em Foco, dos 542 inquéritos e ações penais movidos contra congressistas, 97 estão relacionados a crimes eleitorais, 96 a crimes de licitação, 75 a peculato, 55 a crimes de responsabilidade, 43 à sonegação, 33 à corrupção, 30 à lavagem de dinheiro, 38 a crimes contra a honra, 36 à formação de quadrilha, 23 a crimes ambientais e 169 são outros crimes (como, por exemplo, homicídio)¹⁷³. Isso significa que 61% dos procedimentos penais estão relacionados, de alguma forma, a questão do poder político.

Não custa observar que segundo a metodologia de pesquisa utilizada pela citada revista (pesquisa no sítio do STF pelo nome de cada um dos parlamentares), é possível que haja outros procedimentos abertos e contra outros congressistas, mas que não aparecem. Isso porque, em 2010, decisão do ex-presidente do STF, ministro Cezar Peluso, determinou que as investigações contra parlamentares fossem identificadas apenas pelas iniciais dos nomes. Contudo, pela regra, cada ministro relator deve analisar o processo e decidir se ele deve ou não correr em sigilo e, caso conclua que não deve ser amparado pela regra, o próprio ministro determina a identificação normal do processo.

¹⁷² MILITÃO, Eduardo; TORRES, Rodolfo; SARDINHA, Edson. Um congresso na mira do Supremo. Congresso em foco, p. 13.

¹⁷³ MILITÃO, Eduardo; TORRES, Rodolfo; SARDINHA, Edson. Um congresso na mira do Supremo. Congresso em foco, p. 17.

Tal imbróglgio gera uma incógnita sobre o real número de procedimentos em tramitação contra parlamentares.

Lastreados em tais dados empíricos, é possível concluir que uma considerável parcela dos parlamentares atuam de maneira temerária. Hannah Arendt pondera que a “falsidade deliberada e a mentira descarada, são usados como meios legítimos para alcançar fins políticos desde os primórdios da história documentada, (...) mentiras sempre foram encaradas como instrumentos justificáveis nestes assuntos”¹⁷⁴. Isso tudo gera uma crise de representatividade parlamentar que apenas tende a fortalecer a atuação judicial, somada à grande atenção que a mídia tem dado aos congressistas¹⁷⁵.

A ideia do sistema representativo é que haja congruência entre os *inputs* dos representados e os *outputs* dos representantes. No momento em que destoa a atuação destes em relação àqueles, há que se perquirir a posição que o parlamentar está querendo assumir. Será uma atuação estratégica? Será uma atuação para o próprio bem do mandatário? Nesse sentido, Celso Fernandes Capilongo explica o seguinte:

A complexidade das sociedades hodiernas faz com que as relações de representação sejam cada vez menos “congruentes”. É difícil obter identidade das posições dos representantes com as dos eleitores. A distância entre o eleitorado e seus representantes, a burocratização dos partidos políticos, a ausência de controle dos mandatários, o surgimento de problemas inéditos e conjunturais, sobre os quais não se conhece a opinião dos eleitores, limitações legais ao funcionamento de partidos e à realização de eleições, manifestações de democracia direta, manipulação de informações, enfim, inúmeros obstáculos apõem-se ao acordo entre representantes e representados¹⁷⁶.

Obstáculos que também podem ser impostos pela atuação das instituições representativas. Hanna Fenichel Piktin observa que existem “instituciones representativas reales y falsas”¹⁷⁷. Ao invés de servirem à democracia e à liberdade, é crível a probabilidade de algumas instituições representativas traírem esses princípios e excluïrem, ao invés de integrarem participativamente, a maioria da população do processo de decisão política.

¹⁷⁴ ARENDT, Hannah. Crises da república. Trad. José Volkmann. São Paulo: Perspectiva, 1999. p. 14-15.

¹⁷⁵ A título de exemplo é possível citar a repercussão midiática do julgamento e condenação de alguns parlamentares no STF do caso conhecido como “mensalão”, em que alguns congressistas e empresários recebiam quantia em dinheiro para apoiar a bancada governista.

¹⁷⁶ CAMPILONGO, Celso F. Representação política. São Paulo: Ática, 1988. p. 34.

¹⁷⁷ PIKTIN, Hanna F. El concepto de representacion. Trad. Ricardo Montoro Romero. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985. p. 2.

O fechamento dos canais participativos nas instituições representativas pode representar uma comoção interna capaz de desagregar a relação entre representantes e representados. A partir do momento em que as pessoas se sentem desconsideradas por aqueles em que depositam sua fé, elas recorrem a outras instituições, em que sentem ser possível compensar esse déficit, ou ações mais enérgicas. Dentre outras consequências, não é raro a população recorrer à desobediência civil para viabilizar maior participação no cenário político. Na lição de Hannah Arendt:

A desobediência civil aparece quando um número significativo de cidadãos se convence de que, ou os canais normais para mudanças já não funcionam, e que as queixas não serão ouvidas nem terão qualquer efeito, ou então, pelo contrário, o governo está em vias de efetuar mudanças e se envolve e persiste em modos de agir cuja legalidade e constitucionalidade estão expostas a graves dúvidas¹⁷⁸.

Diante desse cenário, Arendt identifica uma crise do sistema representativo. Cada vez mais o Estado tem tomado para si a responsabilidade de tomar decisões fundamentais sem consultar os maiores interessados. Com o passar do tempo, os mecanismos de participação social restam suprimidos ou enfraquecidos. Duas são as razões elencadas por Arendt para evidenciar a crise:

O próprio governo representativo está em crise hoje, em parte porque perdeu, com o decorrer do tempo, todas as praxes que permitam a real participação dos cidadãos, e em parte porque atualmente sofre gravemente da mesma doença que o sistema de partidos: burocratização e tendência do bipartidarismo em não representar ninguém exceto as máquinas dos partidos¹⁷⁹.

As pessoas têm recorrido, cada vez mais, ao Judiciário em busca de respostas. Grande parte da procura ocorre por conta de uma desconfiança generalizada dos rumos que a política tem seguido. Hannah Arendt bem observa que para Kant, “o momento de rebelar-se é aquele em que a liberdade de opinião é abolida”¹⁸⁰. O fato de não terem voz ativa nos setores de tomada de decisão tem causado alguma revolta nas pessoas¹⁸¹. No

¹⁷⁸ ARENDT, Hannah. Crises da república, p. 68.

¹⁷⁹ ARENDT, Hannah. Crises da república, p. 79.

¹⁸⁰ ARENDT, Hannah. Lições sobre a filosofia política de Kant. Trad. André Duarte de Macedo. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993. p. 65.

¹⁸¹ Exemplo disso é a alcunhada “marcha do vinagre”, ocorrida em junho de 2013. Manifestações iniciadas em São Paulo, por conta do aumento da tarifa nos transportes públicos, causaram movimentos semelhantes em todo o país que tomou grandes proporções. No início, se questionou o aumento das tarifas, mas, posteriormente, questões relacionadas a políticas, segurança, educação, saúde e Copa do Mundo viraram alvos da indignação popular. O cenário foi de desordem, saques, prejuízos e poucas vitórias no cenário político. Após os protestos, como consequência, o Congresso desengavetou um projeto que destina parte dos royalties, que serão gerados pela maior bacia de petróleo brasileira, o pré-sal, para a saúde e a educação, e outro de reforma política. Este último projeto é uma reivindicação antiga dos cidadãos, que veem com auspício o fim das reeleições infinitas como a possibilidade de renovação do

caso de o Judiciário também optar por não dar uma resposta à população, existe o risco de o país entrar em vias de anarquia. Em certa medida, recorrer a outras instituições é uma maneira de manter o sistema vigente funcionando de forma razoável.

Ao atacar o que chama de argumento essencial contra o *judicial review*, Waldron admite que sua argumentação se apoia em condições institucionais e políticas das democracias liberais modernas¹⁸². Na lição de Waldron, o argumento contra o *judicial review* é condicional, sendo que a não satisfação de qualquer uma das pressuposições, por sinal bastante exigentes, que ele apresenta derruba por terra toda sua construção sobre a desnecessidade do controle jurisdicional da legislação¹⁸³. Dentre as quatro pressuposições que o referido autor apresenta, a que mais interessa para o presente estudo é a primeira, a qual será objeto de análise, concernente à presença de instituições democráticas em condições de funcionamento razoavelmente boas, incluindo um legislativo representativo, eleito por sufrágio universal¹⁸⁴.

As condições de funcionamento razoavelmente boas citada por Waldron diz respeito à sua pressuposição de que parte da legislação promulgada é justa e parte dela injusta. Transpondo tal argumentação para as omissões, equivale a propor que parte das omissões do parlamento sejam justas e parte não seja. Entretanto, Waldron pondera que seu argumento principal não deve abordar situações nas quais mostrem que os sistemas legislativos e eleitorais são patológica ou incorrigivelmente disfuncionais¹⁸⁵.

Diante da situação factível desenhada linhas atrás, tendo o contexto brasileiro como recorte, é possível constatar que o Legislativo não se encontraria inserido nas condições de funcionamento razoavelmente boas. Nesse caso, Waldron constata que o “*judicial review* é, em parte, uma resposta às falhas notadas de instituições democráticas

campo político. De fato, na lição de Norberto Bobbio, “uma república é tanto mais perfeita, quanto mais os eleitos são trocados num breve período de tempo”. BOBBIO, Norberto. Direito e estado no pensamento de Emmanuel Kant. Trad. Alfredo Fait. 4ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. p. 33.

¹⁸² WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao Judicial Review, p. 98.

¹⁸³ Em suas palavras, “nos casos em que as pressuposições não se sustentam, a argumentação contra o *judicial review* apresentada neste ensaio não subsiste”. WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao Judicial Review, p. 153.

¹⁸⁴ As outras três pressuposições são: “2) um conjunto de instituições judiciais, também em boas condições de funcionamento, erigidas sobre um a base não representativa para conhecer de ações individuais, resolver controvérsias e defender o Estado de direito; 3) um comprometimento da parte da maioria dos membros da sociedade e da maioria de suas autoridades com a ideia de direitos individuais e de minorias e 4) discordâncias persistentes, substancial e de boa-fé quanto a direitos (isto é, quando ao que realmente significa o comprometimento com direitos e quais são suas implicações) entre os membros da sociedade que estão comprometidos com a ideia de direitos”. WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao Judicial Review, p. 106.

¹⁸⁵ WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao Judicial Review, p. 138.

ou ele é, em parte, uma resposta ao fato de que muitas pessoas não levam os direitos suficientemente a sério (então eles precisam de um tribunal que faça isso por eles)”. A tese central de Waldron é a de que nas sociedades democráticas, nas quais o Legislativo não seja “disfuncional”, as divergências acerca dos direitos devem ser resolvidas no âmbito do processo legislativo e não do processo judicial. Não que Waldron esteja errado em sua pressuposição, contudo, ao fitar a realidade brasileira, é possível observar que a quantidade de normas constitucionais não regulamentadas, bem como o longo silêncio que o legislativo relegou à maioria delas, aliada à fundamentalidade de algumas questões¹⁸⁶, conduz à conclusão de que há, em alguma medida, uma disfuncionalidade.

3.4 Crítica ao expansionismo judicial

Atualmente, a maioria dos Estados constitucionais têm se deparado com um fenômeno de expansão da atuação do Poder Judiciário. Essa preocupação tem se tornado um dos aspectos mais debatidos no cenário constitucional contemporâneo. Dentre outras preocupações, crescente setor doutrinário demonstra receio de que o Judiciário se torne uma “instância hegemônica”¹⁸⁷ de interpretação constitucional, acima de qualquer controle. Na lição de Ingeborg Mauss:

Quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social — controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática¹⁸⁸.

Qualquer poder que busque ressaír aos limites constitucionais, ao controle social, ao papel institucional que lhe cabe, apresenta um risco democrático. A história já testemunhou a primazia de cada um dos Poderes em épocas distintas. O Executivo já teve seu momento imperialista. O Legislativo já contou com seu momento despótico, conforme depoimento de Dieter Grimm, “a corte Constitucional alemã deve a sua existência e seus amplos poderes ao passado de abuso pelo Legislativo do seu poder de ser a última instância”¹⁸⁹. Na atual configuração da sociedade contemporânea, a

¹⁸⁶ Os três assuntos serão abordados nos tópicos seguintes.

¹⁸⁷ Expressão utilizada pelo Ministro Celso de Mello em voto proferido no MS 23.452/RJ, do qual foi relator, Dj. 12/05/2000.

¹⁸⁸ MAUSS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade “órfã”. In: *Novos Estudos*. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. São Paulo: CEBRAP, nº 58, nov. 2000. p. 183-202.

¹⁸⁹ GRIMM, Dieter. *Jurisdição constitucional e democracia*, p. 13.

pergunta é: “Não será a Justiça em sua atual conformação, além de substituta do imperador, o próprio monarca substituído?”¹⁹⁰

Nesse caso, tal questão implicaria a problemática considerada fundamental para Norberto Bobbio, de que “se o príncipe tem um poder absoluto, pode abusar dele. Como se pode impedir o abuso do poder? Não se pode impedir, senão de um modo: *limitando-o*”¹⁹¹. Tais indagações revelam uma importante preocupação do alcunhado constitucionalismo de vertente popular/democrática, que é dirigido, principalmente, contra a supremacia do controle de constitucionalidade e à posição elitista das Cortes Excelsas. O constitucionalismo democrático é a favor de uma direta e maior participação democrática da população. Referida corrente de pensamento é cética e hostil ao controle de constitucionalidade, por considerar que referido instrumento tem elevado o Judiciário em face dos demais Poderes, ao menos no que tange à determinação dos sentidos das Constituições. Os tribunais, nessa linha de raciocínio, desempenham um papel importante na vida democrática, mas não o papel principal.

Larry D. Kramer, um dos principais defensores da limitação do papel judicial na interpretação da Constituição, afirma que é imperativo uma correção quanto ao intérprete final do texto constitucional. Segundo o autor norte-americano, proceder a tal revisão é vital porque iria permitir que o público recuperasse o seu papel, diminuído, no processo constitucional¹⁹². Kramer defende a necessidade de um engajamento público constitucional cada vez maior da sociedade.

A democracia, nas observações de Larry Kramer, não é principalmente sobre pessoas que agem de forma justa, racional ou moral, mas sim sobre as pessoas agindo e fazendo as escolhas que querem fazer, que escolheram fazer. Referido autor insiste que o próprio povo deve, finalmente, determinar os significados das disposições constitucionais. Em suas palavras, a autoridade interpretativa final dos dispositivos constitucionais reside “with ‘the people themselves,’ and courts no less than elected representatives were subordinate to their judgments. It is the story of this practice of ‘popular constitutionalism’ that emerges through our study of judicial review”¹⁹³.

¹⁹⁰ MAUSS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade, p. 187.

¹⁹¹ Grifos do autor. BOBBIO, Norberto. Direito e estado no pensamento de Emmanuel Kant, p. 15.

¹⁹² Em sua visão, “[t]he Supreme Court is not the highest authority in the land on constitutional law. We are”. KRAMER, Larry D. The People Themselves, p. 248.

¹⁹³ KRAMER, Larry D. The People Themselves, p. 8.

As pessoas devem entrar no processo de diálogo político e público, fazendo com que os três ramos do governo saibam que elas querem todos envolvidos no processo de interpretação constitucional. Isso implica deixar o Judiciário ciente de que os cidadãos têm as próprias ideias sobre significados constitucionais e que os juízes devem prestar melhor atenção para as opiniões das pessoas, ainda que os demais poderes ignorem tal fato.

A grande crítica de Kramer é que o controle de constitucionalidade é um instituto não-participativo, indireto e elitista. Para ele, nenhuma quantidade de treinamento legal, experiência judicial, qualificações profissionais ou liberdade de influência política direta, dará aos juízes uma maior capacidade de discernir e aplicar a Constituição melhor do que as próprias pessoas¹⁹⁴. A partir dessa premissa, o presente trabalho busca mesclar a interpretação judicial com a interpretação popular, ao viabilizar a participação de outras pessoas no processo de decisão constitucional.

Na mesma linha de raciocínio apresentada por Kramer, há uma série de limitações que o Judiciário pode incorrer. Dentre outras relevantes, Cass R. Sustein e Adrian Vermeule procedem a estudos no sentido de evidenciar os limites institucionais que recaem sobre o Judiciário. Na visão de referidos autores:

In many domains, the question is posed whether one institution should review the acts of another, and if so, the intensity with which that review should occur. This question arises, for example, in the context of constitutional challenges; attacks on criminal convictions; review of punitive damage awards by juries; appellate review of trial court findings; and judicial review of agency decisions of law, fact, and policy. In all of these areas, it is important to pay close attention to institutional variables. The costs of error and the costs of decision are crucial. It is necessary to examine dynamic effects. There is no sensible acontextual position on the question whether review, of one institution or another, should be intense or deferential, or indeed available at all¹⁹⁵.

Duas ideias são desenvolvidas por estes autores na busca por clarificar a importância de pensar mecanismos de contenção do Judiciário: a capacidade institucional e os efeitos sistêmicos. Segundo Sustein e Vermeule, as modernas teorias

¹⁹⁴ Segundo Kramer, “[u]ltimately, we cannot avoid making our best guess about which of our institutions is likely to do the best job in light of what we know about their relative capacities to act responsibly when it comes to the Constitution. It is, however, only a guess”. KRAMER, Larry D. *The People Themselves*, p. 237.

¹⁹⁵ SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. University of Chicago Law & Economics. Olin Working Paper No. 156. University of Chicago Public Law Research Paper N°. 28. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=320245>> Acesso em 25 out. 2013. p. 38.

interpretativas negligenciaram as questões institucionais, o que eles alcunharam como “cegueira institucional generalizada”¹⁹⁶. Para combater referida cegueira, e trazer para o debate questões anteriormente desconsideradas, Sunstein e Vermeule desenvolvem uma análise sobre aspectos relacionados à capacidade e efeitos das decisões tomadas pelos organismos governamentais, sobretudo, os tribunais.

A questão da capacidade institucional envolve a seguinte pergunta: Como certas instituições deveriam, com suas respectivas habilidades e limitações, interpretar determinados textos?¹⁹⁷ Isso envolve determinar o poder que se encontra em melhores condições de produzir resultados superiores em determinado assunto. Temas que envolvam conhecimentos especializados; e aspectos técnicos, de grande complexidade podem não ter no solitário magistrado o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou de conhecimento específico.

Desse modo, o risco de efeitos sistêmicos faz referência à repercussão do exercício jurisdicional do poder nos âmbitos institucionais públicos e privados, em análise aos imprevisíveis e indesejáveis resultados que podem ser gerados a partir de um erro de julgamento ou interpretação. Uma possível negativa reação em cadeia pode recomendar uma posição de cautela e de respeito por parte do Judiciário à opção das demais instituições. O magistrado, normalmente estará preparado para realizar a microjustiça, justiça do caso concreto, mesmo os ministros das mais altas Cortes. As condições de avaliar o impacto de suas decisões sobre todo um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público, muitas vezes, está fora de suas capacidades.

Tais observações se revelam importantes para o presente trabalho na medida em que o modelo que se pretende delinear, atento à crítica, também busca representar uma limitação à atuação do Judiciário. Conforme ideia de Aron Raymond, “é preciso desconfiar dos homens, e como ninguém tem a virtude necessária para exercer o poder absoluto sem se corromper, e preciso não dar o poder absoluto a ninguém”¹⁹⁸. Sensível aos questionamentos e problemas que uma atuação exacerbada da Corte pode gerar em uma sociedade (que se pretende) democrática, ao mesmo tempo em que se defende a necessidade de atuação dos órgãos judiciais, é imperativo reconhecer a necessidade de alguma espécie de controle social sobre a atividade que se pretende ser realizada pelo

¹⁹⁶ SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*, p. 1.

¹⁹⁷ SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*, p. 2.

¹⁹⁸ ARON, Raymond. *As Etapas do Pensamento Sociológico*. Trad. Sergio Bath. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 205.

Judiciário. Chantal Mouffe observa que “[t]he democratic character of a society can only be given by the fact that no limited social actor can attribute to herself or himself the representation of the totality and claim to have the 'mastery' of the foundation”¹⁹⁹.

A tarefa de substituir, ainda que eventualmente, um poder constituído não implica restringir os debates e decidir em uma solidão racional. Ainda que o movimento de alargamento da atuação judicial seja questionável, seja pela questão institucional, seja pelos efeitos da decisão, é possível pensar em um novo desenho institucional capaz de angariar uma sociedade mais participativa. O atual desenvolvimento democrático clama por aberturas participativas em todas as partículas responsáveis por tomada de decisão política.

3.5 Controle democrático na regulamentação da omissão inconstitucional em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

A despeito da existência de compatibilidade dos institutos de participação popular da ADI com a ADO, para uma efetiva aplicação, ainda é preciso uma série de conformações e estudos. Os canais de participação no processo de elaboração de normas devem ser abertos. Entretanto, a participação de segmentos da sociedade no controle de constitucionalidade por ação já inspira alguns cuidados²⁰⁰, haja vista o exercício da atividade precipuamente contramajoritária da Corte Constitucional. Em se tratando de um campo ainda desconhecido, com mais razão tal participação deve ser cuidadosamente trabalhada na omissão inconstitucional.

Na realidade, controlar a omissão implica uma atividade totalmente diversa daquela que a Corte Maior está acostumada. Existem diversas formas de ponderar a aplicação da audiência pública e consulta pública na ADO. Talvez, pior do que a não utilização seja a simples transposição abrupta dos mecanismos citados, o que poderia ensejar um inadequado emprego prático. Todavia, é possível pensar em uma adaptação proveitosa dos institutos ao tratamento das lacunas inconstitucionais, ainda que com algumas alterações. O desafio é justamente retrabalhar os instrumentos, conforme as

¹⁹⁹ MOUFFE, Chantal. *The democratic paradox*, p. 100.

²⁰⁰ Por exemplo, existem questionamentos sobre a quantidade de *amicus curiae* a serem admitidos sobre cada lado da discussão. Estudos apontam para uma possível influência dos *amicus curiae* na decisão de uma causa. Cf. MEDINA, Damares. *Amicus curiae - amigo da corte ou amigo da parte?* São Paulo: Saraiva, 2010.

ponderações do paradigma procedimental da democracia de Habermas, para quem “[o]s direitos de participação política remetem à institucionalização jurídica de uma formação pública da opinião e da vontade, a qual culmina em resoluções sobre leis e políticas”²⁰¹.

Na busca da integralização da Constituição, a ADO se revela um instrumento com grandes possibilidades democráticas. Por sua natureza e pela própria índole, a ADO não é uma ação destinada à proteção de situações individuais ou de relações subjetivadas, o que também é objeto de críticas. Mencionada ação é vocacionada à defesa da ordem jurídica, completude do ordenamento constitucional, mais especificamente à supressão da omissão de medida necessária para tornar efetiva norma constitucional. Nesta perspectiva, tal ação constitui um instrumento conferido pelo constituinte ao STF para combater a omissão erosiva da eficácia constitucional.

Todos os institutos do controle de constitucionalidade foram gestados visando, de algum modo, proteger o texto constitucional. Entretanto, para alcançar o intento de proteger o texto constitucional é preciso chegar a um resultado satisfatório. Segundo Habermas, o “tribunal constitucional precisa utilizar os meios disponíveis no âmbito de sua competência para que o processo da normatização jurídica se realize sob condições de política deliberativa, que fundam legitimidade”²⁰². Cabe salientar que, para o referido autor, legitimidade está ligada aos processos comunicativos pretensiosos das arenas políticas, que não estão limitados à formação de vontade institucionalizada nos parlamentos²⁰³. A partir de tal lição, seria possível ponderar a instauração de um processo deliberativo legítimo de normatização jurídica inserido na discussão da ADO.

A soberania popular, princípio fundamental da autonomia pública, deve ser articulada como elemento de controle da atuação judicial na omissão inconstitucional. As pessoas devem ser consideradas soberanas em um Estado Democrático de Direito. Na doutrina de Immanuel Kant, “o povo unido não representa meramente o soberano: é o próprio soberano”²⁰⁴. Em se tratando de uma criação legislativa, ainda que construída em outra instituição, “somente a vontade concorrente e unida de todos, na medida em que cada um decide mesmo para todos e todos para cada um, e assim somente a vontade

²⁰¹ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Vol. I, p. 190.

²⁰² HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Vol. I, p. 340.

²⁰³ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Vol. I, p. 340..

²⁰⁴ KANT, Immanuel. A metafísica dos costumes. Trad. Edson Bini. 2ª Ed. São Paulo: Edipro, 2008. p. 184.

geral unida do povo pode legislar”²⁰⁵. Este é justamente o mérito que Hannah Arendt vislumbra em Kant, qual seja, reconhecer a necessidade de alargar o espectro do debate público como fundamento para o exercício das faculdades espirituais do homem²⁰⁶. Entretanto, Kant problematiza a soberania ao expor que dar ao povo o direito de julgar (resistir) as atitudes do soberano (legislador) é transformá-lo em juiz em causa própria. Assim, Kant vê a democracia como a forma de governo próxima ao despotismo²⁰⁷.

Instituir uma espécie de controle democrático, em uma instituição que está acostumada a decidir de forma isolada, significa partilhar o poder de decisão. A importância de reconhecer o poder que emana dos cidadãos implica também reconhecer que o Estado não pode ser considerado o único lugar onde o poder se apresenta, sob pena de gerar arbitrariedades que vulneram as liberdades. Para que o poder dos cidadãos tenha reflexo em suas atividades cotidianas, é imperativo priorizar o entendimento entre eles e as instituições, de maneira a constituir uma compreensão em relação às expectativas que um nutre sobre o outro. Na perspectiva de Joshua Cohen:

A ideia de assegurar que todos os cidadãos tenham direitos políticos efetivos serve como um lembrete de que os cidadãos têm de ser tratados como iguais na deliberação pública, e de que a redução das desigualdades de poder reduz os incentivos para deslocar-se de uma política deliberativa para uma política como barganha²⁰⁸.

Identificar e repartir o poder não são tarefas simples de serem viabilizadas. Para Hannah Arendt, “no governo representativo, o povo supostamente controla os que governam. Todas as instituições políticas são manifestações e materializações de poder; petrificam e decaem quando o poder vivo do povo cessa de lhes sustentar”²⁰⁹. Cada instituição estatal é detentora de parcela do poder conferida pela Constituição. Sendo assim, para Arendt a realidade do poder é o consenso obtido em uma comunicação sem constrangimentos entre as instituições políticas e as pessoas²¹⁰. O Judiciário, como

²⁰⁵ A partir de uma clara inspiração em Rousseau. KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*, p. 156.

²⁰⁶ Conforme explica Arendt, “Ele [Kant] acredita que a própria faculdade do pensamento depende de seu uso público; sem o ‘teste do exame livre e aberto’, nenhum pensamento, nenhuma formação de opinião são possíveis. A razão não foi feita para ‘isolar-se a si própria, mas para entrar em comunhão com os outros’”. ARENDT, Hannah. *Lições sobre a filosofia política de Kant*, p. 53.

²⁰⁷ Conforme Bobbio interpreta Kant, “se uma constituição admitisse o princípio da resistência, o legislador não seria mais soberano, e o princípio da soberania seria destruído. (...) Admitindo o direito de resistências acabaríamos admitindo que o povo tem o direito de julgar o soberano e que portanto este não o é mais, e o povo o é, ao mesmo tempo súdito e soberano, o que é contraditório”. BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emmanuel Kant*, p. 148; 141.

²⁰⁸ COHEN, Joshua. *Procedimento e substância na democracia deliberativa*, p. 134.

²⁰⁹ ARENDT, Hannah. *Crises da república*. Trad. José Volkmann. São Paulo: Perspectiva, 1999. p. 120.

²¹⁰ FERRY, Jean-Marc. *Habermas: crítico de Hannah Arendt*. Trad. Silvia Gombi Borges dos Santos. *Revista Educação e Filosofia*. v. 17, nº 33, jan/jun. 2003. p. 33.

instituição política que é – sobretudo quando utiliza o instrumento do controle da constitucionalidade –, deve fazer sua parte em constituir um espaço público na busca por consensos democráticos.

Ponderável é estabelecer a que título é possível articular traços democráticos na jurisdição constitucional. A essencialidade de tal questionamento pode ser traduzida na seguinte passagem de Hannah Arendt:

O compromisso moral do cidadão em obedecer às leis, tradicionalmente provém da suposição de que ele, ou deu seu consentimento a elas, ou foi o próprio legislador; sob o domínio da lei, o homem não está sujeito a uma vontade alheia, está obedecendo a si mesmo²¹¹.

Agregar participação popular à decisão judicial tem no potencial de racionalidade da teoria habermasiana, configurada uma forma discursiva, um instrumento de realização. O diálogo, como poder comunicativo, pode ser viabilizado como o veículo capaz de possibilitar que os indivíduos tomem parte nos processos de decisão. Para Habermas, o debate público aberto é o contexto em que as decisões políticas devem ser tomadas, desde que a abertura seja a todos os possíveis interessados.

A posição de Habermas contrapõe-se ao que é ensinado por Kant, para quem haveria distinção entre cidadãos ativos e passivos. Tal distinção é realizada levando em conta a dependência da preservação existencial de cada um. Para Kant, cidadão passivo é aquele cuja “preservação existencial (sustento e proteção) depende não da administração de seus próprios negócios, mas das providências de outrem (exceto do Estado)”²¹². Nesse sentido, Kant pondera que aos empregados, os menores, e as mulheres faltariam personalidade civil, sendo suas existências, tão-só, inerências²¹³.

O contexto deliberativo, na ordem kantiana, seria extremamente restrito a uma elite, também econômica, na medida em que apenas homens adultos e patrões seriam participantes. Na busca por ampliar o espectro, mas mantendo a ideia de uma elite, Hannah Arendt defende:

De modo algum todo residente de um país precisa ser membro de tais conselhos [de participação no curso político do país]. Nem todos querem ou têm que se interessar por assuntos públicos. Deste modo é possível um processo auto-seletivo que agruparia uma elite política

²¹¹ ARENDT, Hannah. Crises da república, p. 75.

²¹² KANT, Immanuel. A metafísica dos costumes, p. 157.

²¹³ KANT, Immanuel. A metafísica dos costumes, p. 157

verdadeira num país. Qualquer um que não esteja interessado em assuntos públicos terá simplesmente que se satisfazer com o fato de eles serem decididos sem ele. Mas deve ser dada a cada pessoa a oportunidade²¹⁴.

Habermas concorda com a necessidade de concepção legislativa através da deliberação democrática. Entretanto, crítica a posição de se estabelecer elites. Na visão habermasiana, em que pese Arendt se afastar um pouco da ideia kantiana, Hannah Arendt adere a uma espécie de conceito aristotélico de participação popular, em que apenas um grupo restrito (cidadãos) participavam da formação do consenso público²¹⁵. Habermas acredita que a teoria do discurso é capaz de “não tornar a efetivação de uma política deliberativa dependente de um conjunto de cidadãos coletivamente capazes de agir”²¹⁶. Com a exclusão de grande parte das pessoas, Habermas não coaduna com a possível ideia de Arendt estabelecer uma elite política. Para o referido autor, tal elite eliminaria a ação estratégica na competição pelo poder, que ele considera essencial e saudável à ação política²¹⁷.

A posição defendida por Arendt, mas criticada por Habermas, conduz a uma situação delicada. A observação de Arendt, de que nem todas as pessoas têm interesse em tomar parte nas discussões dos rumos políticos de sua pátria, é factível. Muitas pessoas não gostam de tratar de assuntos complexos, não têm conhecimento suficiente ou, simplesmente, não querem assumir a responsabilidade. Nesse sentido, uma forma de elite política formada a partir daquelas pessoas que se interessam por contribuir nas escolhas capitais para o futuro da sociedade foi a saída encontrada pela referida autora, não limitando a oportunidade da entrada de novos participantes. Arendt apresenta uma proposta que pode ser considerada de aplicação em curto prazo e, teoricamente, sem maiores dificuldades. Tanto que já é possível vislumbrar a formação de uma elite política no Brasil, por exemplo, com os partidos políticos povoados pelos mesmos candidatos por anos a fio, e a cúpula do Judiciário sendo formado a partir de indicações políticas do chefe do Executivo e permanecendo no cargo por décadas.

Por outro lado, Habermas observa que formar uma elite implica restrições de variadas proporções. Uma vez constituída a elite, existe o risco de um fechamento do grupo visando à concentração de poder, de forma que dificilmente outros terão acesso

²¹⁴ ARENDT, Hannah. Crises da república, p. 201.

²¹⁵ HABERMAS, Jürgen. O Conceito de Poder de Hannah Arendt. In FREITAG, Bárbara; ROUANET, Sérgio Paulo (orgs). Habermas – Sociologia. São Paulo: Ática, 1993. p. 109.

²¹⁶ HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro, p. 288.

²¹⁷ HABERMAS, Jürgen. O Conceito de Poder de Hannah Arendt, p. 112.

ao restrito grupo. Não haveria oxigenação das ideias, propostas e discussões. Sabendo a elite que sempre seria a mesma, não haveria preocupações sobre aquisição/perda do poder político. Na observação de Habermas, a formação da “opinião e da vontade na esfera pública e no parlamento é determinado através da concorrência de atores coletivos que agem, estrategicamente, a fim de obter ou manter posições de poder”²¹⁸. Em que pese ambos os autores concordarem que o poder só é legítimo quando resulta de um consenso, Habermas busca construir o consenso através de uma situação ideal de fala, com a participação de variados atores.

E é justamente na construção inclusiva, pela busca da vontade geral no consenso, que Habermas se torna aparentemente utópico. Chantal Mouffe critica a maneira como a vontade geral é construída na concepção deliberativa de Habermas, ponderando que não existiria um consenso universal e a situação ideal eliminaria o adversário. Mouffe crê que as relações políticas são dotadas de uma espécie de antagonismo insuperável, porém domável, entre as pessoas. Segundo o pluralismo agonístico gestado por Mouffe:

Envisaged from the point of view of 'agonistic pluralism', the aim of democratic politics is to construct the 'them' in such a way that it is no longer perceived as an enemy to be destroyed, but as an 'adversary', that is, somebody whose ideas we combat but whose right to defend those ideas we do not put into question. This is the real meaning of liberal-democratic tolerance, which does not entail condoning ideas that we oppose or being indifferent to standpoints that we disagree with, but treating those who defend them as legitimate opponents. This category of the 'adversary' does not eliminate antagonism, though, and it should be distinguished from the liberal notion of the competitor with which it is sometimes identified. An adversary is an enemy, but a legitimate enemy, one with whom we have some common ground because we have a shared adhesion to the ethico-political principles of liberal democracy: liberty and equality. But we disagree concerning the meaning and implementation of those principles, and such a disagreement is not one that could be resolved through deliberation and rational discussion²¹⁹.

O que Mouffe chama de agonismo é o reconhecimento da legitimidade que um adversário tem em relação ao seu oponente, de forma que o conflito seja conduzido através das instituições em uma luta hegemônica. Na doutrina de Mouffe, existe a necessidade de abrir as discussões para uma série de concepções sobre o que é benéfico para todos, o que seria o motivo do conflito. Contudo, tal conflito é visto como algo

²¹⁸ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Vol. I, p. 337.

²¹⁹ MOUFFE, Chantal. The democratic paradox. New York: Verso, 2000. p. 101-102.

legítimo e positivo, não passível de ser eliminado, sob pena de se estabelecer um autoritarismo. Na visão de Mouffe:

The specificity of liberal democracy as a new political form of society consists in the legitimation of conflict and the refusal to eliminate it through the imposition of an authoritarian order. A liberal democracy is above all a pluralist democracy. Its novelty resides in its envisaging the diversity of conceptions of the good, not as something negative that should be suppressed, but as something to be valued and celebrated. This requires the presence of institutions that establish a specific dynamic between consensus and dissent²²⁰.

A democracia deliberativa, para Mouffe, busca formar consensos a todo custo, ao passo que, na verdade, deveria reconhecer a diferença e o dissenso como pontos-chave. Há, no pensamento de Mouffe, posições irreconciliáveis entre as pessoas. É nesse contexto que Mouffe vê uma importante diferença entre a democracia deliberativa e o pluralismo agonístico, pois neste “the prime task of democratic politics is not to eliminate passions from the sphere of the public, in order to render a rational consensus possible, but to mobilize those passions towards democratic designs”²²¹.

É claro que Mouffe reconhece a necessidade do consenso entre as pessoas²²². Na verdade, ela critica o excesso de consenso, ou seja, em todas as horas e momentos. Nesse ponto Mouffe tem razão. O consenso não pode ser algo generalista, como uma carta em branco, mas sim algo temporário adquirido de tempos em tempos. Conforme ensina Mouffe, “[w]hen we accept that every consensus exists as a temporary result of provisional hegemony, as a stabilization of power, and that it always entails some form of exclusion, we can, begin to envisage democratic politics in a different way”²²³.

Como consequência negativa à exacerbação do consenso e limitação do dissenso, Mouffe aponta que a democracia deliberativa, por induzir a uma elevada ênfase no consenso e conseqüente recusa de confrontação, leva à apatia e ao desapareço pela participação política²²⁴. A deliberação sempre resultaria em uma decisão que exclui outras possibilidades de debates, com apelo a comandos gerais. A questão decisiva para Mouffe, relacionada à política democrática, não consiste em chegar a um consenso sem exclusão, mas no sentido de estabelecer uma discriminação nós/eles de tal forma que

²²⁰ MOUFFE, Chantal. Deconstruction, Pragmatism ant the Politics of Democracy. In: _____. (Ed.). Deconstruction and Pragmatism. New York: Routledge, 1996. p. 8.

²²¹ MOUFFE, Chantal. The democratic paradox, p. 103.

²²² MOUFFE, Chantal. Deconstruction, Pragmatism ant the Politics of Democracy, p. 8.

²²³ MOUFFE, Chantal. Deconstruction, Pragmatism ant the Politics of Democracy, p. 10.

²²⁴ MOUFFE, Chantal. The democratic paradox, p. 104.

não resulte incompatível com o pluralismo²²⁵. Assim, o modelo apresentado por Mouffe teria o condão de abarcar uma multiplicidade de vozes sem excluir a complexidade das discussões sobre a melhor decisão, já que o objetivo “de una política democrática, por tanto, no es erradicar el poder, sino multiplicar los espacios en los que las relaciones de poder estarán abiertas a la contestación democrática”²²⁶.

Diante de tais observações, resta a Habermas enxergar nas instituições político-jurídicas o local adequado para o devido processamento e confrontação de uma multiplicidade de interesses defendidos pelos mais diversos indivíduos/grupos. Na verdade, a visão de Habermas é a seguinte:

O conceito de uma política deliberativa só ganha referência empírica quando fazemos jus à diversidade das formas comunicativas na qual se constitui uma vontade comum, não apenas por um *auto-entendimento mútuo de caráter ético*, mas também pela busca de equilíbrio entre interesses divergentes e do estabelecimento de *acordos*. (...) Tudo depende, portanto, das condições de comunicação e procedimento que conferem força legitimadora à formação institucionalizada da opinião e vontade²²⁷.

Nessa perspectiva, assim como Habermas, Mouffe acredita que as instituições são o local de debate: “Se requiere crear instituciones que permitan transformar el antagonismo en agonismo”²²⁸. O presente trabalho visa fornecer uma visão institucional democrática do Judiciário, capaz de ser estabilizadora dos consensos e dissensos, ainda que em temporária substituição ao Legislativo. Habermas também reconhece a existência de conflitos, mas postula a existência de procedimentos de canalização do dissenso em uma estrutura institucional comum, capaz de reconduzi-lo produtivamente.

As críticas de Arendt e Mouffe conduzem a pensar uma espécie de inclusividade deliberativa a ser alcançada com a devida capacitação das pessoas para participarem do espaço público, ao invés de simplesmente possibilitar a atuação de alguns poucos e estabelecer unidades de consensos genéricos excludentes de complexidade. Por outro lado, é claro que a filosofia política kantiana não pode ser utilizada como justificativa para fornecer ao Judiciário uma função representativa que ele não tem. Entretanto, em Kant é possível evidenciar a importância da participação popular dentro do Judiciário,

²²⁵ MOUFFE, Chantal. El retorno de lo político: comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical. Trad. Marco Aurelio Galmarini. Barcelona: Paidós, 1999. p. 16.

²²⁶ MOUFFE, Chantal. El retorno de lo político, p. 24.

²²⁷ Grifos do autor. HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro: estudos de teoria política, p. 285-286.

²²⁸ MOUFFE, Chantal. El retorno de lo político, p. 13.

de modo a justificar a ampliação dos canais de deliberação democrática e no reconhecimento das pessoas como peça fundamental das decisões político-estatais.

A proposta de colmatação de lacunas de maneira democrática visa estabelecer discussões com diversos setores de forma ampla, tanto quanto possível, justamente lastreada na ideia propalada por Habermas. O dissenso pode e deve ser canalizado no seio das instituições, que devem desenvolver processos democráticos tanto quanto possível. Nesse sentido, a ADO será delineada como o mecanismo pelo qual o STF contaria para realizar o intento de, ao tempo que confere voz às pessoas, auferir efetividade aos preceitos constitucionais destituídos de eficácia integral.

3.6 Controle da omissão inconstitucional: contramajoritário ou majoritário?

Desde que o controle de constitucionalidade foi inaugurado, dúvidas surgiram quanto à natureza de tal atuação no sistema político. A justificação, posterior à criação do controle, partiu da necessidade de criar um mecanismo relevante de contenção das fulgurais paixões das maiorias, resguardando os direitos fundamentais das minorias. Nesse sentido, a atuação das instâncias judiciais, sobrepondo-se às decisões dos agentes políticos, gera o que foi denominado por Alexander Bickel de dificuldade contramajoritária. Na visão de Bickel, tal dificuldade poderia ser assim definida:

When the Supreme Court declares unconstitutional a legislative act or the action of an elected executive, it thwarts the will of representatives of the actual people of here and now; it exercises control, not in behalf of the prevailing majority, but against it²²⁹.

Todavia, o que se tratou como contramajoritariedade foi a atuação judicial anulando leis promulgadas por instituições representativas. O controle de constitucionalidade tinha suas atenções volvidas para o combate de normas inconstitucionais. Com o advento dos estudos das omissões, o controle de constitucionalidade tem que passar, ele mesmo, por uma revisão. Em se tratando de uma espécie de controle com resultado diverso, será que a atuação da Corte na omissão se manteria na via contramajoritária?

O Judiciário foi constituído como poder, dentre outras funções, para fazer o papel de proteção das minorias, o que não impossibilita a proteção das maiorias em

²²⁹ BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch*, p. 16-17.

outra via de atuação, na forma a ser discutida no presente estudo. Nesse sentido, Barry Friedman constata:

Although a great deal of work has been devoted in recent years to the notion that the legislative process is not as majoritarian as we idealize, little focus has been given to the other side of the equation. (...) Measured by a realistic baseline of majoritarianism, courts are relatively majoritarian. (...) After all, majoritarianism lies at the heart of the countermajoritarian difficulty²³⁰.

A questão é reforçada por Jeffrey Rosen, que bem externaliza a constatação do momento que se vive em muitos países: “[h]ow did we get to this odd moment in American history, when unelected Supreme Court justices are expressing the views of popular majorities more faithfully than the people's elected representatives?”²³¹

A atuação judicial na omissão é tão complexa que seria possível explicá-la em dois momentos: no primeiro momento é contramajoritária para, no segundo momento, ser majoritária. Em uma primeira fase, ao decidir contrariamente à “vontade omissiva” dos legisladores, considerada como uma opção constitucional até certo ponto, o controle da omissão pelo Judiciário seria contramajoritário, visto que contrária à opção dos representantes da sociedade. Após decidir pela existência e o necessário combate à omissão, o Judiciário decidiria a favor da maioria no momento de regulamentar.

É imperativo ponderar que as minorias também podem exercer grande influência no processo legislativo, o que pode implicar obstrução das discussões. Nesse contexto, contramajoritário, outra importante atribuição da Corte Excelsa no processo deliberativo é a desobstrução dos canais democráticos nos processos legislativos. Nas palavras de Jeffrey Rosen, “[d]uring periods when legislatures themselves are failing to represent the wishes of the majority, the Court may be able to remove an obstacle to democracy in the political process”²³². Levando em conta que o Parlamento é, ou deveria ser, a caixa de ressonância da população, a partir do momento em que determinados grupos de interesse sufocam a voz popular²³³, surge a necessidade de um órgão para restabelecer a

²³⁰ FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review. Michigan Law Review, v.91, 1993. p. 586-587.

²³¹ ROSEN, Jeffrey. The most democratic branch: how the courts serve America. New York: Oxford University Press, 2006. p. 4. Conrado Hübner Mendes explica que tal fator da seguinte forma: “[f]requentemente, [cortes] operam em sintonia com a opinião pública. Essa sintonia, porém, não é perfeita e está sujeita a ciclos de convergência e divergência que seguem um passo diferente das instituições eleitas”. MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação, p. 146.

²³² ROSEN, Jeffrey. The most democratic branch, p. 6.

²³³ Conforme preocupação de James Madison, no artigo 10, as facções legislativas podem representar um risco à sociedade, porquanto se constituem em “uma reunião de cidadãos, quer formem a maioria ou a

harmonia. É este tipo de obstrução que requer uma atuação determinante do Tribunal Constitucional, corrigindo a deficiência.

A falta de ressonância na política conduz a população a procurar outros caminhos para expressar seus alentos. Tendo em vista o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, não é difícil imaginar que o Judiciário acaba se tornando a válvula de escape. Diversas vezes o acesso ao sistema político se mostra prejudicado, seja como eleitor, seja como lobista. Nesse sentido, observa Waldron:

As pessoas tendem a depositar suas esperanças no judicial review quando querem maior peso para suas opiniões do que conseguiriam com a política eleitoral. Talvez seja possível fazer com que esse modo de acesso pareça respeitável quando outras vias da mudança política estejam bloqueadas²³⁴.

Segundo Jeffrey Rosen, grupos de interesse, muitas vezes, taxam de um ativismo tirânico a atuação do Judiciário, em que pese, em vários casos, a atuação judicial refletir muito mais as visões constitucionais das maiorias do que os próprios grupos de interesse²³⁵. Não obstante, não se deve olvidar a observação realizada por Habermas, “[s]e a *Supreme Court* tem como encargo vigiar a manutenção da constituição, ela deve, em primeira linha, prestar atenção aos procedimentos e normas organizacionais dos quais depende a eficácia de legitimação do processo democrático”²³⁶. Sendo assim, considerando que a Corte Constitucional deve velar pela permanente abertura dos canais de participação popular no processo deliberativo, com mais razão ela deve fazer quando o processo deliberativo ocorra em sua própria estrutura²³⁷.

3.7 O “silêncio” legislativo como opção

É certo que, como regra geral, as decisões políticas legislativas devem ser tomadas por representantes públicos eleitos por sufrágio universal. No exercício da função constitucional precipuamente conferida, devem os Poderes ser obsequiosos uns

minoria do todo, uma vez que sejam unidos e dirigidos pelo impulso de uma paixão ou interesse contrário aos direitos dos outros cidadãos, ou ao interesse constante e geral da sociedade”. HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. O federalista. p. 60.

²³⁴ WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao Judicial Review, p. 144.

²³⁵ ROSEN, Jeffrey. The most democratic branch, p. 4.

²³⁶ Grifos do autor. HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Vol. II, p. 327.

²³⁷ Conforme Ely, “o controle de constitucionalidade serve justamente para desobstruir os canais do processo democrático”. Tradução livre do original. ELY, J. H. Democracy and distrust. A theory of judicial review. Cambridge: Harvard University Press, 2002. p. 117.

com as escolhas dos outros. Dessa forma, é possível ponderar que a democracia não consegue operar continuamente se o Judiciário tentar interferir em todo o vasto campo de atividades governamentais diárias que ela representa²³⁸. Na visão de Dieter Grimm, “[d]entro da moldura constitucional, os órgãos políticos estão livres para fazer as escolhas que, de acordo com o seu ponto de vista, o bem comum requer”²³⁹.

Não se olvide que a política é uma ferramenta primordial para qualquer Estado, seja democrático ou não. Conforme observa Larry D. Kramer, “[e]ven those sympathetic to judicial review emphasized politics as the primary, essential, and indispensable safeguard”²⁴⁰, mesmo que o controle de constitucionalidade seja um meio eficaz de proteção das constituições. Nesse sentido, inclusive, o silêncio do Legislativo pode ser considerado como uma decisão fundamental e constitucional a ser respeitada, desde que observada algumas limitações quanto à sua utilização²⁴¹.

Robert A. Dahl, ao traçar sua teoria geral do processo democrático, explica que há pelo menos dois estágios distintos no processo de tomada de decisão: o estabelecimento de uma agenda e a decisão quanto a um resultado. No estabelecimento da agenda são escolhidos os temas sobre os quais as decisões são tomadas, o que incluiria uma decisão de não decidir sobre algum assunto²⁴². É crível que um tema possa figurar constantemente na agenda política enquanto outros tantos são reiteradamente postergados. A questão é que referidas matérias são postergadas por anos a fio sem perspectiva de mudança, impedindo a completa fruição dos dispositivos constitucionais.

Por vezes, mais do que uma opção, o silêncio legislativo pode significar um fechamento aos anseios sociais ou resultado do jogo político. Claro que não se está adotando um posicionamento radical de que a omissão “constitui, apenas, uma lamentável falha, e caracteriza a ausência de senso de responsabilidade e lealdade para com os cidadãos e os eleitores”²⁴³. Entretanto, o posicionamento pelo silêncio deve ser visto *cum grano salis*. Em se tratando de normas que influenciam direta e

²³⁸ BICKEL, Alexander. The least dangerous branch: The Supreme Court at the bar of politics, p. 17.

²³⁹ GRIMM, Dieter. Jurisdição constitucional e democracia, p. 18.

²⁴⁰ KRAMER, Larry D. The People Themselves, p. 82.

²⁴¹ Esta é, inclusive, a tese defendida por Cass Sustein. Segundo o referido autor, “o silêncio pode ser uma força construtiva”. Tradução livre do original. SUSTEIN, Cass R. Incompletely theorized agreements in constitutional law. In: Politics and Science: An Historical View. Vol. 73. nº 4. Winter, 2007. p. 2.

²⁴² DAHL, Robert A. A democracia e seus críticos. Trad. Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 168.

²⁴³ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Inconstitucionalidade por omissão, p. 52.

imediatamente na vida social, o *non facere* não pode ser outra coisa senão uma exceção ao comportamento legislativo.

Dieter Grimm pondera que a atitude deliberadamente omissiva do Parlamento pode representar um risco, ainda que supostamente calculado, e um custo, muitas vezes, mais alto do que se espera:

Vale mencionar que a supressão da fase política muitas vezes também é do interesse dos órgãos políticos. Ela permite que eles joguem a responsabilidade pelas medidas que são impopulares ou que são passíveis de provocar um debate acirrado. Tal manobra, entretanto, somente beneficia os atores políticos em curto prazo. A longo prazo, isso resulta num considerável enfraquecimento, uma vez que as questões submetidas à jurisdição constitucional não são facilmente superadas pela decisão política. A espiral parece como tal: quanto mais as decisões são relegadas às cortes, menos espaço é deixado para a decisão política, as eleições importarão menos e será mais difícil obter uma alteração ou inovação. Em outras palavras, haverá o risco de a jurisdição constitucional manter o *status quo*, desvalorizando instrumentos tradicionais da democracia e favorecendo a ossificação do processo político. Ao final, o resultado pode ser um bloqueio à política e uma perda de legitimidade para a política como um todo²⁴⁴.

Não é novidade que, desde algum tempo, o Legislativo vem perdendo considerável espaço para os outros poderes. Conforme observação anterior, a atuação estratégica dos parlamentares pode ter um custo considerável para o papel social que representa. Na medida em que um Poder se retrai, normalmente, outro entra em evidência. O vácuo, se existente, não remanesce por muito tempo quando se fala em atuação pública.

Ultimamente, a jurisdição constitucional vem ocupando mais o campo que normalmente cabe ao Legislativo. Entretanto, a razão apresentada por Grimm, o custo político, é apenas uma das várias possíveis pela qual os legisladores silenciam diante de algumas normas constitucionais. Claro que custo operacional, viabilidade orçamentária e técnica, amadurecimento cultural, interesses do setor privado, também podem ser elencados em um vasto rol.

Em que pese a possibilidade de assumir, ao menos em parte, a responsabilidade de conduzir o processo legislativo, o Judiciário não pode descuidar do espírito democrático. Habermas adverte que “a integração de uma sociedade altamente complexa não se efetua através de um sistema paternalista que ignora o poder

²⁴⁴ GRIMM, Dieter. Jurisdição constitucional e democracia, p. 20.

comunicativo do público de cidadãos”²⁴⁵. No momento em que foi creditado ao Estado a obrigação de implementar políticas públicas, os cidadãos passaram a ser considerados clientes de seus serviços. Tal política “clientelista” gerou o chamado paternalismo estatal, em que a participação social na vida pública foi substituída pela decisão técnica da burocracia estatal, tendo no voto o único momento do cidadão ter participação no espaço público.

A sociedade também deve fazer parte do processo legislativo, não apenas outorgando mandatos, mas também opinando sobre o que e como fazer. Os Poderes não devem ignorar a capacidade popular de influir na gestação normativa. Excluir a população do debate ocasiona um descrédito do próprio texto constitucional, alcunhado como erosão da consciência constitucional, tendo em vista que às pessoas pouco ou nada é permitido no que concerne à participação na vida constitucional. Conforme advertência de Karl Loewenstein:

Las decisiones políticas conformadoras son dominio de los políticos; para su ejecución están llamados tan sólo los técnicos constitucionalistas e especialistas. La masa de la población ha perdido su interés en la constitución, y está, por tanto, su valor afectivo para el pueblo. Esto es un hecho indiscutible y alarmante. Los documentos constitucionales bien pensados y articulados, fueron considerados en la época de su primera aparición como la llave mágica para la ordenación feliz de una sociedad estatal. Hoy, manipulada por los políticos profesionales, la constitución ha cesado de ser una realidad viva para la masa de los destinatarios del poder²⁴⁶.

Na busca por aproximar cada vez mais os cidadãos da Constituição, o STF poderia utilizar a ADO justamente para auscultar aquilo que possivelmente foi ignorado pelo poder representativo, enfrentando a manipulação alertada por Loewenstein no trecho anterior. A participação popular na omissão é capaz de resignificar o controle de constitucionalidade, alterando paradigmaticamente o papel da Corte Maior na estrutura social. Na omissão inconstitucional, a Corte Constitucional poderia atuar, como explicitado em tópico anterior, de maneira majoritária, no sentido de observar as aflições sociais visando confeccionar uma regulamentação sobre a norma constitucional que pondere, também, prós e contras.

O comportamento de cada um dos poderes deve ser pautado nos limites constitucionais. Ainda que a inação de qualquer um deles seja um comportamento

²⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Vol. II. Trad. Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 84.

²⁴⁶ LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la constitución, p. 227.

possível, deve haver um limite a ser respeitado. O Legislativo pode atuar contra o texto constitucional com a edição de uma norma. Igualmente, ele pode se exceder ao optar por quedar-se inerte por um longo lapso temporal.

Segundo raciocínio de Norberto Bobbio, “[a] força é necessária para a justiça, quando a sua tarefa é de repelir uma outra força que impede a atuação da justiça, ou seja, a força injusta”²⁴⁷. Diante de decisões que violem frontalmente a Constituição, cabe à Corte Maior, em sendo a guardiã, o dever de intervir e restabelecer o equilíbrio abalado. No caso da inconstitucionalidade por ação, ele deve retirar a norma em contradição e, no caso da omissão, ele deve apelar ao legislador e/ou confeccionar a norma faltante.

Não se quer dizer que o Legislador seja um vilão e que a sua omissão inconstitucional seja o produto de sua vilania. Tampouco se duvida de suas credenciais como fonte de direito, conforme ideia de Jeremy Waldron. É necessário respeitar que o *non facere* legislativo é sim uma opção plausível e constitucional. Demonizar o Parlamento por uma opção de não legislar um comando constitucional por algum tempo não é razoável. Entretanto, a questão toma novos ares a partir do momento em que a inação se torna contumaz e por um lapso visivelmente contra o preceito constitucional.

Nessa ordem de ideias, levando em conta que cabe ao Tribunal Constitucional garantir a atuação popular no processo legislativo que ocorre dentro do Parlamento, com mais razão deve ele conferir uma garantia semelhante de participação social ao exercer uma possível função legislativa por meio da ADO. Em uma leitura tão democrática quanto possível, o STF também deveria abrir esses canais em sua própria estrutura.

3.8 Proposta de regulamentação democrática e judicial das lacunas

O debate sobre o jogo de forças entre constitucionalismo e democracia, assim como a questão da legitimidade da jurisdição constitucional, é permanente. Esse debate se agrava na medida em que a utilização da forma abstrata de controle de constitucionalidade, por ser despida de fundo subjetivo, é utilizada para questões cruciais sobre a sociedade serem decididas por um conjunto de magistrados e não pelos cidadãos. Jürgen Habermas nota essa problemática ao ponderar que “[t]he competition

²⁴⁷ BOBBIO, Norberto. Direito e estado no pensamento de Emmanuel Kant, p. 78.

between the Constitutional Court and the democratically legitimated legislature becomes acute primarily in the sphere of abstract judicial review”²⁴⁸.

Na visão de Habermas, o controle em abstrato da norma deveria ser realizado pelo Legislativo em uma espécie de autocontrole, “it is worth considering whether the legislature could not also scrutinize its decisions, exercising a quasi-judicial review of its own”²⁴⁹. Entretanto, o próprio autor pondera a possibilidade de tal tarefa ser realizada por uma estrutura que envolvesse parlamentares e juristas:

This might be institutionalized, for example, in a parliamentary committee (also) staffed by legal experts. This method of internalizing self-reflection on its own decisions would have the advantage of inducing legislators to keep the normative content of constitutional principles in mind from the very start of their deliberations²⁵⁰.

Não é demais lembrar que Habermas está tratando do controle de normas por ação. Entretanto, atento às ressalvas à espécie de controle e a possibilidade ventilada, o objetivo de uma “nova” proposta para as omissões é permitir o aperfeiçoamento das instituições e dos procedimentos, observando que as práticas evoluem para acompanhar os fatores sociais. Lastreado na ideia democrática de Habermas, impõe-se um meio termo no debate do constitucionalismo democrático, em busca da prudência e da moderação²⁵¹.

Todavia, antes de adentrar propriamente na proposta, é imperativo observar quais são as dificuldades que justificam a proposta como será exposta. Partindo do suposto de que existe a possibilidade de o STF colmatar lacunas, ainda é preciso observar que a Corte Excelsa necessita respeitar algumas limitações. Nenhum dos Ministros foi investido em mandato popular. A Corte Maior não conta com experiência em confeccionar leis de variadas naturezas, em que pese ser responsável pelas leis orçamentárias e de interesse do Judiciário.

O STF conta com estrutura passível de conferir maior participação social na regulamentação das normas. Os instrumentos de participação social já contam com

²⁴⁸ HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Trad. William Rehg. Massachusetts: The MIT Press, Cambridge, 1998. p. 241.

²⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms*. p. 241.

²⁵⁰ HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms*. p. 241.

²⁵¹ Na ponderação de Aristóteles: “Em primeiro lugar, temos que observar que as qualidades morais são de tal modo constituídas que são destruídas pelo excesso e pela deficiência. (...) [O] excesso e a deficiência são uma marca do vício e da observância da mediania uma marca da virtude”. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2007. p. 70 e 77.

alguma experiência de uso pela Corte²⁵². Entretanto, o STF não deveria acionar a população apenas para ser um mero auxiliar em seu julgamento. Na verdade, deveria ele assumir um papel coadjuvante na função regulamentar. A população deveria ser convidada a deliberar pela melhor forma de conferir eficácia às normas constitucionais. Conforme pondera Dieter Grimm, “as condições elementares para a legitimidade da regulação jurídica consistem em uma igualdade de chances e direitos de acesso na produção do direito, por parte de todos os cidadãos”²⁵³.

Os ministros devem levar em conta as expectativas da sociedade em relação à Justiça. Nas palavras do Min. Carlos Ayres Britto, é necessário “tirar o povo da plateia para colocá-lo no palco das decisões que lhe digam respeito”²⁵⁴. No atual estágio de desenvolvimento social, com pessoas manifestando seus desejos e descontentamentos nas ruas, não há mais espaço para o juiz “isolado”. Uma democracia pressupõe um debate sobre argumentos no contexto de uma esfera pública inclusiva e aberta a todos tanto quanto possível. As leis que contam com capacidade de vincular coercitivamente as pessoas devem ser resultado da autonomia pública dos cidadãos, ou seja, na medida do possível, uma escolha livre da comunidade. A participação popular na tomada de decisões políticas se tornou uma realidade desejada pelos cidadãos. Conforme pondera Barroso:

Em suma: no constitucionalismo democrático, o exercício do poder envolve a interação entre as cortes judiciais e o sentimento social, manifestado por via da opinião pública ou das instâncias representativas. A participação e o engajamento popular influenciam e legitimam as decisões judiciais²⁵⁵.

Todavia, previamente ao desenvolvimento dessas ideias, é importante atentar para as características que as deliberações democráticas devem possuir no STF para serem consideradas adequadamente realizadas, na perspectiva de Cohen: a) as deliberações devem ser realizadas de forma argumentativa, sendo que os participantes

²⁵² Desde 2007, com o julgamento da ação sobre pesquisas com células-tronco embrionárias, o STF já realizou quatorze audiências públicas, o que demonstra um aumento na disposição dos ministros para ouvir a sociedade. Sendo três em sede de recurso extraordinário, uma em suspensão de segurança e dez em controle concentrado de constitucionalidade (seja ADI ou ADPF). Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada>>. Acesso em 18 jan. 2014.

²⁵³ Tradução livre de GRIMM, Dieter. Bedingungen der demokratischen Rechtsetzung. In: GÜNTHER, Klaus & WINGERT, Lutz. Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit: Festschrift für Jürgen Habermas. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2001. p. 489.

²⁵⁴ Trecho extraído do relatório, página 46, da ADPF nº 130, julgada em 30 de abril de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adpf130.pdf>>. Acesso em 08 jan. 2014.

²⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 279.

devem analisar e criticar as propostas; b) as deliberações devem ser inclusivas e públicas, de forma que, em princípio, ninguém deve ser excluído, pois todos os possíveis interessados nas decisões têm iguais chances de acesso e participação; c) as deliberações devem ser livres de coerções externas, sendo os participantes soberanos na medida em que estejam submetidos apenas aos pressupostos da comunicação e às regras do procedimento argumentativo; d) as deliberações também devem ser livres de coerções internas que possam colocar em risco a situação de igualdade dos participantes, de forma que cada um tenha as mesmas chances de ser ouvido, de apresentar propostas, de dar contribuições, e de criticar²⁵⁶²⁵⁷.

A suposição da presença dessas condições ideais em um discurso constitui uma necessidade estrutural do arranjo comunicativo habermasiano, relacionado com a ideia de uma comunidade de comunicação ideal²⁵⁸. O protótipo de democracia habermasiana toma por base uma sociedade em que os atores efetivamente participam do processo de tomada de decisões políticas. Habermas demonstra que o consenso em torno de normas e critérios que pode ser alcançado no âmbito da referida comunidade é um pressuposto da validade da comunicação²⁵⁹.

A observância de tais condições constitui uma ferramenta metodológica, responsável por garantir ao discurso o seu papel legitimador. Habermas explica:

Uma interpretação apoiada numa teoria do discurso insiste em afirmar que a formação democrática da vontade não tira sua força legitimadora da convergência preliminar de convicções éticas consuetudinárias, e sim de pressupostos comunicativos e procedimentos, os quais permitem que, durante o processo deliberativo, venham à tona os melhores argumentos²⁶⁰.

²⁵⁶ COHEN, J. apud HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Vol. II, p. 29.

²⁵⁷ Na mesma linha, Habermas defende como pressupostos idealizantes necessários à comunicação: (a) publicidade e total inclusão de todos os envolvidos; (b) distribuição equitativa dos direitos de comunicação; (c) caráter não-violento de uma situação que admite apenas a força não coercitiva do melhor argumento; e (d) a probidade dos proferimentos de todos os participantes. HABERMAS, Jürgen. Verdade e justificação: ensaios filosóficos. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004. p. 46.

²⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. Teoria de la acción comunicativa, tomo II. Trad. Manuel Jimenez Redondo. 4 ed. Madrid: Taurus, 2003. p. 136.

²⁵⁹ Na relação entre a comunidade de comunicação no seu aspecto ideal e a validade de uma interação linguística, Miroslav Milovic explica que “ao invés da relação sujeito-objeto, tem-se agora a relação sujeito/co-sujeito. O que está claramente pressuposto em qualquer argumento que faça sentido é a ideia da comunidade de comunicação, ao passo que o que está indiretamente pressuposto é a ideia da comunidade de comunicação ideal”. MILOVIC, Miroslav. Filosofia da comunicação; para uma crítica da Modernidade. Trad. Verrah Chamma. Brasília: Plano Editora, 2002. p. 206-207.

²⁶⁰ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Vol. I, p. 345.

A legitimidade do direito produzido de maneira deliberativa depende de que o processo discursivo que precede à decisão tenha efeitos sobre o seu resultado, o que não significa atender a todas as posições manifestadas, mas respeitá-las. Assim, importante registrar que o consenso vislumbrado por Habermas não significa a unanimidade, mas sim um processo de ajuste entre interesses contrapostos e discrepantes²⁶¹.

Segundo o princípio discursivo explicitado por Habermas, “são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar seu assentimento como participantes de discursos racionais”²⁶². Referido princípio pressupõe e exige relações simétricas de reconhecimento entre os participantes em determinada deliberação, como forma de fundamentar e validar imparcialmente as normas intersubjetivas de ação. Levando em conta que o poder supremo numa democracia pertence ao povo, conforme a própria etimologia da palavra, é preciso encontrar um meio de operacionalizar o seu conceito de forma a evitar usurpações da soberania popular.

É claro que conformar uma proposta de participação popular na jurisdição constitucional seria uma manifestação importante do constitucionalismo democrático. Além de garantir a participação popular na atividade legislativa, a proposta de colmatação popular de lacunas constitui mais um possível instrumento limitador da atuação judicial, que tem cada vez mais ocupado espaço (a exemplo do que vem sendo realizado com a judicialização da política e o ativismo judicial).

A democratização do STF depende que a soberania popular exista em uma esfera pública capaz de ampliar o processo decisório. Tal processo não deve se limitar somente aos parlamentos, executivo ou tribunais, mas se tornar transparente e aberto à discussão. A opinião pública espera por maiores condições de influenciar nos rumos que o país segue. Uma das grandes questões atuais é viabilizar esse processo democrático.

Há três aspectos importantes a serem discutidos para a presente proposta: 1) as normas passíveis de discussão; 2) os atores envolvidos na discussão da lacuna constitucional; 3) a metodologia de colmatação.

²⁶¹ HABERMAS, Jürgen. Pensamento pós-metafísico: Estudos Filosóficos. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002. p. 177.

²⁶² HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia entre facticidade e validade. Vol. I, p. 142.

3.8.1 Normas passíveis de discussão na colmatação de lacunas

As normas passíveis de debate, segundo a metodologia de participação social na regulamentação de dispositivos em sede de ADO, devem ser aquelas dotadas de apelo social. Por apelo social podem ser consideradas aquelas normas que têm a capacidade de influenciar imediatamente nos direitos da população. Nesse sentido, não apenas as normas constantes do rol de direitos fundamentais deveriam ser consideradas, mas também as normas espalhadas pela Constituição, inclusive aquelas constantes em dispositivos de emendas constitucionais, que afetem direitos da sociedade²⁶³.

Atualmente, a Constituição Federal de 1988 conta com a seguinte configuração das omissões inconstitucionais:

NORMAS CONSTITUCIONAIS		QUANTIDADE
Regulamentadas		257
Ainda não regulamentadas	Com proposição	74
	Sem proposição	36
Total Sujeitas à Regulamentação		367

Tabela 1. Levantamento extraído do portal da Câmara dos Deputados até outubro de 2013²⁶⁴.

Existe um universo relativamente grande de dispositivos pendentes de regulamentação, cerca de 30% das normas regulamentáveis. Todavia, ainda que se considere haver um decréscimo de tal número é preciso levar em conta a possibilidade de um aumento também. Isso porque as constantes alterações que os dispositivos constitucionais vêm sofrendo podem demandar a regulamentação posterior por normas²⁶⁵. Dessa forma, a omissão inconstitucional não parece ser um problema com prazo certo para acabar.

²⁶³ Importante mencionar que alguns direitos foram garantidos à população em normas transitórias que por anos não foram tratadas, ainda que transitórias. Nesse sentido, ação direta de inconstitucionalidade por omissão foi ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil, em 20/06/2013, visando à elaboração da Lei de Defesa do Usuário de Serviços Públicos, nos termos do art. 27 da Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, que tem por nomenclatura ADO 24, relator Min. Dias Toffoli. Referido dispositivo previa o prazo de 120 dias para a elaboração da referida lei, mas já faz 15 anos sem a norma requerida.

²⁶⁴ Conferir site da Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/regulamentacao/dispositivos>. Acesso em 29 de out. 2013.

²⁶⁵ A título de exemplo é possível citar a alteração do art. 192, da Constituição Federal, que trata do sistema financeiro nacional. Antes da Emenda Constitucional nº40/2003, o dispositivo previa a limitação

Nesse diapasão, por exemplo, o art. 18, § 4º, da CF/88, que trata da lei responsável por possibilitar a criação de municípios, poderia ser uma das normas a serem discutidas a partir da nova proposta, já que conta com mais de 10 anos sem regulamentação e afeta direta e difusamente as pessoas que residem em localidades candidatas a ser transformadas em municípios. No citado caso, as pessoas têm uma série de direitos prejudicados, na medida em que a criação de um município implica alterações de direitos relacionados à cidadania, questões de investimentos em variadas áreas de interesse local, desenvolvimento urbano, entre outros. É imperativo observar que tal dispositivo conta com a incrível marca de 27 projetos de lei apresentados para regulamentar a matéria, mas ainda há dissenso quanto à regra de limitação relacionada. Dentre outros fatores, a falta de acordo está vinculada aos critérios de viabilidade econômica do município a ser criado, além de arranjos de cada bancada partidária²⁶⁶.

A questão econômica está relacionada ao fato de que muitos municípios não conseguem desenvolver riquezas o suficiente para manter as atividades estatais sem o auxílio de outros entes²⁶⁷. Dados reunidos em setembro de 2013 pelo Tesouro Nacional mostram que, de um total de 4.581 municípios com dados disponíveis, 2.546 (56%) geraram menos de 10% de suas receitas em 2012. Nesse sentido, as discussões buscam viabilizar o fim da multiplicação de municípios que “sobrevivem” apenas com repasse de verbas dos governos estaduais e federais, o que, conseqüentemente, pode diminuir a fatia de outros municípios.

A outra parte dos debates em muito está relacionada aos partidos que estão no governo do município a ser desmembrado. Isso porque, tecnicamente, o eleitorado será dividido, o que poderia gerar maior poder de determinado partido com a eleição de mais um de seus afiliados. Tal situação aumentaria o espectro do poder de um partido sobre o outro, o que geraria o interesse de aprovar um projeto como esse (de desmembramento) em determinado momento eleitoral de dominação de dado partido político. Não há qualquer perspectiva de uma solução isenta para a discussão que parece infundável no

da taxa de juros reais a 12%. Após a emenda todo o sistema ficou subordinado à edição de leis complementares.

²⁶⁶ Informação extraída do site da Câmara dos Deputados. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/regulamentacao/dispositivos>. Acesso em 28 out. 2013.

²⁶⁷ Os 4.180 municípios existentes quando a Constituição foi promulgada, em 1988, multiplicaram-se para 5.570 municípios em 2013. Disponível em: <<http://dinheiropublico.blogfolha.uol.com.br/2013/10/17/em-mais-da-metade-dos-municipios-receitas-proprias-nao-chegam-a-10-do-orcamento/>>. Acesso em 30 jan. 2014.

Parlamento. Enquanto isso, as pessoas esperam por uma solução que está muito mais relacionada a interesses políticos do que ao bem da população.

Após 25 anos de promulgação da Constituição brasileira, 110 dispositivos constitucionais ainda não contam com qualquer tipo de regulamentação. É claro que no referido universo de normas ainda não regulamentadas existem, além de dispositivos oriundos da promulgação, lacunas normativas mais recentes oriundas das alterações posteriores do texto constitucional. Topograficamente, as normas constitucionais pendentes de regulamentação estão dispostas da seguinte forma na Constituição:

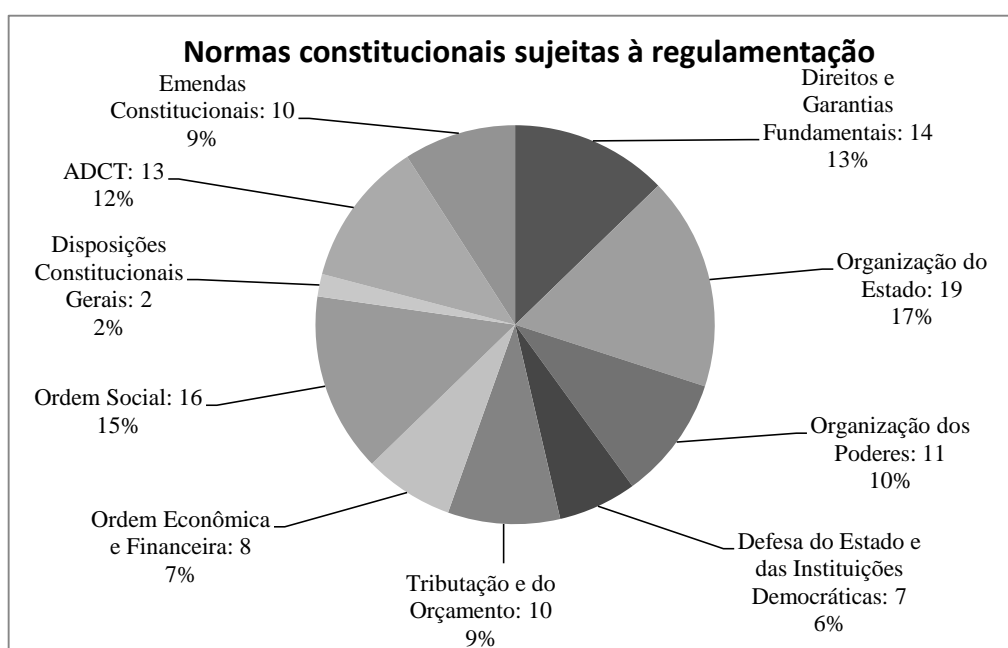


Gráfico 2. Levantamento realizado por localização da norma, quantidade de lacunas e porcentagem sobre o total de dispositivos ainda não regulamentados²⁶⁸.

Importante observar que o critério utilizado para classificar as normas como regulamentadas ou não foi a edição de um instrumento normativo após a Constituição de 1988. Há normas constitucionais de eficácia limitada, que já contavam com alguma espécie de regulamentação editada nos períodos das ditaduras e recepcionada pelo ordenamento atual. Contudo, é de se observar a anacronia e, em alguns casos, os lapsos de tais normas ante os novos anseios constitucionais e o contexto social atual.

Desse modo, mesmo cogitando que o texto constitucional foi de alguma forma previamente regulamentado, tais normas devem ser consideradas no mínimo uma

²⁶⁸ Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/regulamentacao/dispositivos>. Acesso em 29 de out. 2013.

omissão parcial, diante da profunda alteração das bases sociais. Em sintonia com o que se está propondo, pode ser citado o caso discutido recentemente no STF sobre o Fundo de Participação dos Estados (FPE). Tratava-se de um conjunto de três ações diretas de inconstitucionalidade²⁶⁹ (ADI) e uma ADO, propostas pelos estados do Mato Grosso, Goiás, Rio Grande do Sul, Paraná, Santa Catarina e Mato Grosso do Sul, que veicularam a inconstitucionalidade da Lei Complementar n° 62/1989 e mora do Legislativo, a qual estabelece normas sobre o cálculo, a entrega e o controle das liberações dos recursos dos Fundos de Participação.

Segundo o argumento ventilado, haveria descumprimento do mandamento constitucional constante do art. 161, II, da Constituição de 1988, segundo o qual lei complementar deve estabelecer os critérios de rateio do FPE, com a finalidade de promover o equilíbrio socioeconômico entre os entes federativos. Os estados sustentavam que os critérios estabelecidos pela lei, editada em 1989, já não correspondiam à realidade. O fundamento base do questionamento é que a partilha dos recursos deveriam ser feitas com base em estudos objetivos realizados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), e não com base em acordos políticos realizados à época. Dessa forma, uma das ações postulava a declaração de omissão inconstitucional de caráter parcial, ao passo que as outras pugnavam pela declaração de inconstitucionalidade de dispositivos da mencionada lei.

Tendo em vista as hipóteses arguidas nas ações, em decisão proferida em 2010, o STF assentou a fungibilidade entre os pedidos de omissão parcial e inconstitucionalidade por ação. Na oportunidade, foi declarada a inconstitucionalidade de dispositivos da lei vergastada sem a pronúncia da nulidade, mantendo-se a norma em vigor até o fim do exercício fiscal de 2012, que ocorreu no dia 31 de dezembro do citado ano.

Em janeiro de 2013, já expirado o prazo estipulado pelo STF sem que o Congresso Nacional tenha suprido a lacuna legal criada pela declaração de inconstitucionalidade, os estados da Bahia, Maranhão, Minas Gerais e Pernambuco ajuizaram a ADO n° 23, onde alegaram a necessidade de fixação de um novo prazo para a atuação dos órgãos legislativos competentes, prorrogando-se, durante esse período, a vigência das normas declaradas inconstitucionais. Isso porque o prazo de

²⁶⁹ STF. ADIs 875/DF, 1987/DF, 2727/DF e 3243/DF, Pleno, rel. Gilmar Mendes, Dj. 30/04/2010.

inconstitucionalidade progressiva do FPE havia atingido seu termo, o que causou certa insegurança jurídica sobre os critérios a serem aplicados. Por ocasião de decisão monocrática liminar, o presidente do STF determinou que as regras de distribuição do FPE, previamente declaradas inconstitucionais, continuassem em vigor por mais 150 dias, nos termos do cálculo das quotas efetuado pelo Tribunal de Contas da União (TCU) em caráter emergencial.

Outra possibilidade, dentre tantas, está na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), editada durante a Era Vargas em 1943, responsável por regulamentar uma série de direitos trabalhistas previstos na Constituição Federal de 1988. Hoje esta regulamentação pode/deve ser considerada deficiente. Em nenhum de seus dispositivos a CLT regulamenta o direito ao adicional por penosidade, previsto na Constituição Federal de 1988 em seu art. 7, XXIII, ao lado das atividades insalubres e perigosas. Em que pese a CLT prever o adicional por atividades insalubres e perigosas, as atividades penosas estão pendentes de integração. Por ocasião da edição da CLT, e mesmo com sua atualização nessa parte em 1977, não houve regulamentação dessas atividades. Os tempos mudaram e a norma já não é mais suficiente para regulamentar o dispositivo constitucional, de forma que tal situação, hoje em dia, é remediada por instrumentos normativos privados e decisões judiciais.

3.8.2 Os atores envolvidos na discussão da lacuna constitucional

As manifestações de entidades representativas da sociedade, outros Poderes ou órgãos são elementos relevantes do contexto institucional em que são confeccionadas as decisões no STF. Uma complicação que se apresenta na instituição de uma deliberação com participação popular no STF são as dificuldades de ordem prática. Como seria possível, concomitantemente, garantir a participação popular, alcançar alguma celeridade e ter qualidade nas discussões?

Em um processo democrático sempre existem questionamentos quanto às pessoas habilitadas a participar da deliberação. A questão se mostra nevrálgica e há uma série de proposições sobre quem seriam os legitimados a participarem do processo democrático. Robert A. Dahl dedicou um capítulo inteiro de uma de suas principais obras sobre a democracia para entabular uma solução capaz de equacionar o problema

da inclusão²⁷⁰. Em tal obra, Dahl concluiu que “o demos [povo] deve incluir todos os membros adultos da associação [Estado], exceto das pessoas em trânsito e as pessoas com deficiências mentais comprovadas”²⁷¹. Todavia, mesmo após realizar tal construto, Dahl chega à conclusão de que sua proposta padece de ambiguidades.

A “vontade do povo” a ser perquirida não pode ser reconduzida a uma totalidade dos indivíduos, deve ser fruto de procedimentos institucionalizados que canalizam o dissenso para uma resposta política (uma decisão judicial, uma lei, uma política pública, etc.). Como observa Jeremy Waldron, “no mundo real, a concretização da igualdade política através das eleições, da representação e do processo legislativo é imperfeita”²⁷². Hoje as condições de igualdade de chances e direitos de acesso na produção do direito por parte de todos os cidadãos são largamente enfraquecidas seja pelo número elevado de implicados, seja pela quantidade de decisões necessárias, o que torna a decisão democrático-popular sobre a legislação uma exceção²⁷³. A democracia direta do tipo rousseauiana é impraticável em Estados de grandes dimensões territoriais. Esta premissa demonstra o quão hercúleo consiste o trabalho de um órgão que não tem como função precípua legislar, mas que deve fazê-lo apenas em situações pontuais de necessidade.

É possível perceber a existência de limitações de ordem constitucional²⁷⁴ e fática²⁷⁵ para permitir a participação maciça da população pela via de plebiscito e referendo. Ademais, o STF deve reconhecer que o papel de legislador, conferido aos representantes populares, quando não exercido adequadamente deve ser, na medida do possível, devolvido aos mandantes. Não só por uma questão de legitimidade democrática, mas para garantir que o resultado seja a soma dos anseios populares²⁷⁶.

A concepção procedimental de democracia pressupõe uma exigência de incremento da participação dos cidadãos no processo deliberativo de tomada de decisão,

²⁷⁰ DAHL, Robert A. A democracia e seus críticos, p.188-208.

²⁷¹ DAHL, Robert A. A democracia e seus críticos, p. 205.

²⁷² WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao Judicial Review, p. 137.

²⁷³ GRIMM, Dieter. Bedingungen der demokratischen Rechtsetzung, p. 490.

²⁷⁴ A Constituição Federal de 1988 prevê em seu artigo 49, XV, competência exclusiva do Congresso Nacional para autorizar referendo e convocar plebiscito, não cabendo tal função ao STF.

²⁷⁵ Seria inviável, tanto economicamente quanto temporalmente, realizar referendo e plebiscito em todas as ADOs julgadas procedentes. Nem o Legislativo utiliza com tanta proficuidade ditas ferramentas pelo custo operacional que requerem. Com mais razão isso seria complicado para o STF.

²⁷⁶ Habermas pondera que “os cidadãos, como membros do Estado, podem controlar se o poder estatal está sendo exercido em favor do interesse dos cidadãos na própria sociedade”. HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro, p. 279.

visando ao desenvolvimento de uma cultura política que seja democrática. Considerando que em uma democracia representativa os autores e destinatários das leis se separam, em alguma medida, a ideia de democracia como autonomia dos cidadãos exige, conceitualmente, que os destinatários das leis possam ser ao mesmo tempo entendidos como seus autores²⁷⁷. Os cidadãos devem ter a oportunidade de desempenhar um papel relevante no processo de tomada de decisão política na comunidade, inclusive, com vistas a confirmar sua qualidade de membro da sociedade.

A partir do momento que as pessoas se veem como participantes dos processos públicos, têm em si renovadas a confiança de que fazem parte das decisões fundamentais do aparato estatal. É nesse plano que se viabiliza o processo de deliberação democrático no qual todos os membros da comunidade participam, e de forma efetiva, da construção da ordem jurídica de regência. Habermas sustenta a profusão da formação democrática da opinião e da vontade na formação das decisões estatais, visando, inclusive, ao fomento de uma cultura político-democrática. Ainda que a função legislativa seja temporariamente transportada ao Judiciário, é possível ponderar que a participação popular deve ser garantida, na medida em que é uma atribuição majoritária.

No que tange ao poder comunicativo decorrente do processo de formação da vontade e opinião públicas, Habermas afirma:

A justificação existencial do Estado não reside primeiramente na defesa dos mesmos direitos subjetivos, mas sim na garantia de um processo inclusivo de formação da opinião e vontade, em que cidadãos livres e iguais chegam ao acordo mútuo quanto a quais devem ser os objetivos e normas que correspondem ao interesse comum. Com isso, exige-se do cidadão republicano mais que a orientação segundo seus respectivos interesses próprios²⁷⁸.

Surge então a questão de saber como o Judiciário teria condições de devolver à população, com todas as limitações apresentadas, uma prerrogativa que ela havia conferido anteriormente a seus representantes eleitos²⁷⁹. Diante desse impasse, a possível solução para o embaraço existente poderia ser a substituição dos representantes do Parlamento por outros representantes populares eleitos. Além de manter as bases

²⁷⁷ É o que Habermas denomina como “autodeterminação democrática”. HABERMAS, Jürgen. Sobre a constituição da Europa: Um ensaio. Trad. Denilson Lius Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: Ed. Unesp, 2012. p. 51.

²⁷⁸ HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro, 280-281.

²⁷⁹ Não se deve olvidar que tal prerrogativa não foi totalmente transferida, pois é exercitável, concomitantemente, dentre outros meios, pela possibilidade de iniciativa legislativa popular.

democráticas, referida possibilidade expandiria o espectro de atuação social na atividade legislativa.

Qualquer proposição sobre quais devem ser os participantes não está imune a críticas, mas uma solução inicial pode ser apresentada visando viabilizar o modelo. No atual estágio de déficit representativo que a população brasileira vem passando, a atuação de órgãos da sociedade civil, fiscalizando e cobrando o cumprimento da Constituição, tornou-se um importante componente da via participativa de controle da efetividade das normas constitucionais.

Na verdade, tal reconhecimento é realizado pela própria Constituição Federal de 1988, na medida em que ampliou o rol de legitimados à propositura das ações de controle da constitucionalidade, para constar a participação social via confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, art. 103, inciso IX. A ampliação do rol já reflete uma nova perspectiva constitucional a respeito da sociedade. Com base em tais fatores, a proposta de participação da sociedade poderia ser viabilizada por meio da discussão de propostas no STF com instituições civis representativas de caráter nacional e/ou regional, a depender do assunto. Conforme raciocínio de Habermas:

Uma soberania popular, mesmo que se tenha tornado anônima, só se abriga no processo democrático e na implementação jurídica de seus pressupostos comunicacionais, bastante exigentes por sinal, caso tenha por finalidade conferir validação a si mesma como poder gerado via comunicativa. Sendo mais exato, essa validação provém das interações entre a formação da vontade institucionalizada de maneira jurídico-estatal e as opiniões públicas culturalmente mobilizadas, que de sua parte encontram uma base nas associações de uma sociedade civil igualmente distante do Estado e da economia²⁸⁰.

Todas as instituições civis inseridas nas delimitações regionais, sejam de qual caráter for, poderiam fazer parte do debate visando à produção de um instrumento de caráter legislativo capaz de regulamentar o dispositivo constitucional em aberto. Não haveria limitação de ordem temática. Talvez apenas alguma restrição relacionada à quantidade, a depender do assunto tratado, visando possibilitar amplo debate. A adequação deve ser alcançada diante de como a realidade se apresentará por ocasião da aplicação da metodologia.

Diante da obstrução dos canais institucionais de participação política, as entidades de organização social cresceram e se fortaleceram de forma vertiginosa nos

²⁸⁰ HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro, p. 291-292.

últimos anos no Brasil²⁸¹. Atualmente elas assumiram um papel representativo muito importante, qual seja, verdadeiro canal da cidadania participativa. Tais entidades acabaram por constituir um dos maiores mecanismos de fiscalização do aparato estatal por parte da sociedade. Diante de tantas insatisfações por problemas de representatividade, com partidos e parlamentares, as entidades de representação da sociedade civil almejam cada vez mais espaço no cenário político. Nas palavras de Hannah Arendt:

Os conselhos [de vizinhança, profissionais, trabalhadores, dos mais variados tipos] dizem: Queremos participar, queremos debater, queremos que nossas vozes sejam ouvidas em público, e queremos ter uma possibilidade de determinar o curso político de nosso país. Já que o país é grande demais para que todos nós nos unamos para determinar nosso destino, precisamos de um certo número de espaços públicos dentro dele. As cabines em que depositamos as cédulas são, sem sombra de dúvida, muito pequenas, pois só têm lugar para um. Os partidos são completamente impróprios; lá somos, quase todos nós, nada mais que o eleitorado manipulado²⁸².

Assim, respeitando o espírito democrático das deliberações legislativas, as instituições civis fariam as vezes de representantes da população, responsáveis por evidenciar os desejos dos cidadãos. É preciso reconhecer que não há um único porta-voz da sociedade, mas sim, vários. A mobilização da sociedade civil em torno da reivindicação de seus direitos fez nascer um país que, hoje, tem vida própria fora do oficialismo, da estatalidade que tantas vezes é opressiva e surda às manifestações sociais. Nesse sentido é a posição de Campilongo:

Na medida em que o Estado e a sociedade não são mais vistos como tão antitéticos separados, é possível, por exemplo, perceber que a política e o direito não se reduzem à política e ao direito estatais. Isso implica no reconhecimento de que a representação política estatal não tem nem o monopólio da representação social, nem a exclusividade da produção normativa. Dito de outro modo: existe uma pluralidade de pólos de produção do direito e, ipso facto, de lugares de exercício das atividades representativas²⁸³.

²⁸¹ Pesquisa do IBGE, em parceria com a ABONG (Associação Brasileira de Organizações Não Governamentais), aponta que em 2010, havia 290,7 mil Fundações Privadas e Associações sem Fins Lucrativos no Brasil (FASFIL), voltadas, predominantemente, à religião (28,5%), associações patronais e profissionais (15,5%) e ao desenvolvimento e defesa de direitos (14,6%). As áreas de saúde, educação, pesquisa e assistência social (políticas governamentais) totalizavam 54,1 mil entidades (18,6%). Entre 2006 e 2010, observou-se um crescimento de 8,8% das fundações privadas e associações sem fins lucrativos no Brasil. Disponível em: <<http://abong.org.br/ongs.php>>. Acesso em 28 set. 2013.

²⁸² ARENDT, Hannah. Crises da república. p. 200.

²⁸³ CAMPILONGO, Celso F. Representação política. p. 48-49.

Ao invés de alienar as pessoas, a proposta visa integrá-las aos mecanismos de tomada de decisão pública na busca pela superação dos padrões de entrincheiramento atual das entidades estatais. Considerando uma série de fatores, por exemplo, relacionados à viabilidade e orçamento, é próprio que setores civis e estatais tenham a possibilidade de participar e contribuir nas discussões. Setores do executivo poderiam tomar assento à mesa visando contribuir com dados relativos à exequibilidade da proposta. A visão do governo, nesse sentido, contribuiria para encetar uma proposta que tivesse condições de sair efetivamente do papel e realizasse o preceito constitucional.

3.8.3 Metodologia da regulamentação democrática da omissão inconstitucional em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

A metodologia de regulamentação da norma constitucional no STF seria por intermédio da utilização de ferramentas como as audiências públicas e as consultas públicas. Seguindo o trâmite da ADO, inclusive com a participação de *amicus curiae* e culminando com a declaração de inconstitucionalidade por omissão, o procedimento seguinte seria a abertura das discussões sobre possíveis propostas. Nessa etapa seriam convocadas audiências públicas e/ou consultas públicas para apresentação e debate de propostas. Os ministros estariam incumbidos de analisar as propostas em conjunto com as entidades e condensá-las em um documento que seria posto em votação entre os participantes. No papel de intermediador, o STF seria o responsável por proferir uma espécie de acórdão regulamentador, condensando a matéria.

É claro que há limitações e críticas que podem ser consideradas sobre a possibilidade de tal responsabilidade ser momentaneamente transferida para referidas entidades. Por ocasião da proposição dos projetos, algumas entidades poderiam tentar beneficiar sua causa em detrimento das demais. É justamente nessa hipótese que entraria o papel do STF como uma espécie de mediador das propostas. A Corte seria responsável por conduzir as discussões, em um processo de escuta participativa, até alcançar um projeto que desfrute do consenso das entidades participantes e dos ministros em deliberação majoritária.

Cada entidade poderia contribuir com um projeto de regulamentação ou, alternativamente, poderia efetuar ponderações sobre o projeto apresentado por outra instituição. Claro que segmentos do executivo poderiam participar das discussões

propondo as consequências econômicas de implementação da norma constitucional. Não se deve olvidar que estaria garantido o direito das minorias se manifestarem com suas entidades representativas, desde que se habilitem. Não haveria efetiva democracia sem ouvir e respeitar as minorias. Na mesma medida, os ministros do STF poderiam propor projetos, porém, todos seriam apreciados como iguais.

Segundo a metodologia proposta, seria totalmente possível ao Legislativo editar outra norma que viesse a revogar o produto gerado ao final das discussões no STF. Com o *status* de norma ordinária, assim como qualquer outra norma, a regulamentação efetuada no Judiciário poderia ser derogada ou ab-rogada pelo legítimo exercício da função legislativa do Parlamento. Sendo assim, a norma deveria passar pelo crivo da sanção presidencial para entrar em vigor, de maneira que os vetos seriam apreciados pelos mesmos participantes da votação.

É possível ponderar a existência de argumento no sentido de que haveria uma tendência de definitividade da decisão judicial (com tons normativos) que regulamenta a lacuna constitucional. Senão irreversível, seria de difícil reversibilidade, porque isso criaria um patamar/piso mínimo que, em tese, vincularia uma possível revisão pelo Parlamento²⁸⁴. Caso uma lei posterior regulamentasse a norma constitucional abaixo do que foi garantido pelo STF, seria inconstitucional. Seria, por exemplo, o caso de um direito social garantido em um nível pelo STF e, em legislação posterior, revisado para baixo pelo Legislativo.

Em que pese essa possibilidade, a sentença normativa gozaria dos mesmos atributos que a legislação ordinária. O Legislativo, no exercício de sua função precípua, funciona em regime de tentativa e erro. Ao legislar, teoricamente, poderia editar nova norma substituindo a anterior sem muitos traumas. No caso de o STF confeccionar uma espécie de sentença normativa, o Legislativo poderia se valer dela para observar o comportamento das situações reguladas e confeccionar uma legislação prevendo um patamar menor, justificando o decréscimo abaixo do definido pelo STF a partir de observação empírica.

²⁸⁴ No esteio da doutrina do efeito *cliquet* dos direitos fundamentais, também conhecido como princípio da proibição do retrocesso. Conforme Canotilho, a proibição do retrocesso implica inconstitucionalidade de qualquer medida tendente a revogar ou minorar os direitos sociais já regulamentados, sem a criação de outros meios alternativos capazes de compensar a anulação desses benefícios. CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 336.

Nesse diapasão, permaneceria o regime de tentativa e erro próprio do Legislativo. Contudo, agora seria necessário realizar uma espécie de motivação, caso contrário a possibilidade de gerar inconstitucionalidade seria uma constante. O simples fato de o Legislativo fazer uma norma que não observe o piso mínimo estabelecido pelo STF não gera a presunção de inconstitucionalidade dela, mas aí o questionamento e a discussão devem ser realizados pela via da ADI.

3.9 A questão econômica

Em expressiva medida, as normas programáticas (eficácia limitada) esboçam apenas situações idealizadas a serem alcançadas, progressivamente, mediante atuação dos poderes estatais. A regulamentação de tais normas constitucionais, tendo em vistas as alterações que produz no plano fático, tem como consequência custos sociais, políticos e econômicos. Para a consecução do presente estudo, interessante abordar a linha de raciocínio defendida pelos autores Cass R. Sustein e Stephen Holmes, para os quais todos os direitos, sejam positivos ou negativos²⁸⁵, demandam algum custo operacional e escolhas trágicas²⁸⁶. O reconhecimento de que todos os direitos possuem algum custo conscientiza os debatedores sobre a responsabilidade das discussões²⁸⁷. Nesse sentido, bem observa Flavio Galdino que “omitir-se, para o Estado, também custa dinheiro”²⁸⁸. Desta feita, a deliberação legislativa realizada no Poder Judiciário há que se preocupar com a questão de equilibrar os gastos dos insuficientes recursos públicos.

A aplicação de recursos orçamentários, a parte administrativa estatal, cabe precipuamente aos gestores que compõem o Poder Executivo. Em que pese o Legislativo aprovar o orçamento, em regra, é o Executivo que propõe a peça orçamentária, municiando os parlamentares com informações sobre a alocação de recursos. Sendo assim, para viabilizar a função legislativa sancionadora do Judiciário é importante manter contato com o Executivo, de modo a possibilitar a efetivação da norma regulamentada em sede judicial.

²⁸⁵ Considerando que direitos positivos são aqueles que demandam atuação do Estado para sua implementação (por exemplo, prestações sociais), ao passo que direitos negativos decorreriam de abstenções estatais (por exemplo, direito à liberdade).

²⁸⁶ SUSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen. *The cost of rights*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

²⁸⁷ Conforme a seguinte passagem: “The simple fact that rights have costs, therefore, already demonstrate why rights entail responsibilities”. SUSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen. *The cost of rights*, p. 146.

²⁸⁸ GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 277.

Tal contato pode ocorrer pela abertura de participação dos referidos setores governamentais no momento de debate e conclusão da sentença normativa. O Executivo, por função precípua, conta com meios e profissionais especializados apenas em angariar as informações necessárias a subsidiar a melhor tomada de decisão nas políticas públicas. O papel de legislar confere ao Judiciário a difícil missão de administrar recursos escassos, tarefa que o Executivo se vê obrigado diuturnamente. Nesse sentido, os debates de colmatação de lacunas em sede judicial há que se eleger prioridades, e é neste ponto que as formas legítimas de pressão da sociedade civil, via audiências e consultas públicas, tornam-se decisivas.

Não raras vezes será necessário lançar um olhar para a máquina administrativa quando implementar direitos. Se os custos são muito grandes, então um direito deve dar lugar a algum direito reformulado, ou em alguns casos, o direito a todos. Tais fatos deverão ser objeto de atenção por parte dos debatedores das propostas de regulamentação apresentadas.

3.10 Não transposição da proposta para a regulamentação efetuada no Mandado de Injunção

O controle concreto pela via do MI foi idealizado para a construção de norma particularizada, conforme as circunstâncias do caso. A jurisdição deveria ponderar minuciosamente as singularidades do caso em apreciação e, a partir de tal exame, decidir a melhor solução para a lacuna em discussão. Ainda que a decisão do STF tenha alterado a amplitude de seus efeitos, o instrumento da injunção foi concebido para ser pontual, mesmo que possa ser um problema a decisão legislativa para cada caso.

A atribuição de efeito *erga omnes* a um instrumento de cunho individual advém de um movimento, ainda não pacificado na jurisprudência que propõe a hibridização/objetivação do controle de constitucionalidade. Em apertada síntese, o que se busca em tal construção é encontrar uma forma de permitir que o STF possa, de maneira mais célere, e em análise *incidenter tantum*, tornar vinculante suas decisões em controle de concreto constitucionalidade aos demais aplicadores da Constituição.

A objetivação do controle de constitucionalidade traz consigo uma série de dificuldades. A primeira crítica à proposição faz referência a uma possível violação do

devido processo legal constitucional determinado para o controle de constitucionalidade. Segundo a referida tese, o procedimento estabelecido para o controle concreto, desenvolvido ao longo do tempo pela dogmática jurídica, sofre vulneração ao haver mescla entre as características dos dois modelos (concreto/difuso e abstrato/concentrado). Tal prática estaria em afronta ao que versa o art. 102, § 2º, da Constituição, que prevê eficácia contra todos e efeitos vinculantes somente nas ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade.

Em outra via, a crítica do argumento identitário histórico milita no sentido de que um sistema tão complexo quanto completo como o brasileiro corre o risco de ter ceifado sua prática mais antiga. O controle de constitucionalidade concreto, em que pese a importação do sistema norte americano, além de ter suas matizes entrincheiradas no sistema brasileiro ao longo de mais de cem anos, sofreu adaptações para conviver harmoniosamente com o sistema kelseniano. Segundo Menelick de Carvalho Netto, a tradição do controle abstrato é muito mais antiga e melhor em termos de vivência constitucional em relação ao modelo austríaco, inserido na segunda quadra do século XX²⁸⁹. Em termos de experiência e experimentação, parece inquestionável que o controle abstrato goza de maior substrato fático a justificar de sua existência independente e conservada.

Somada aos questionamentos no que tange aos efeitos propalados no controle concreto da omissão, outra dificuldade de propor um modelo democrático de colmatação de lacunas no MI, utilizando da argumentação positivista, é que nenhum dos institutos de participação popular foi previsto em seu procedimento ou no mandado de segurança, do qual se extrai as regras de tramitação. Os três mecanismos (audiência pública, consulta pública e *amicus curiae*) foram criados para figurar em demandas em que não há partes, mas existem vozes veladas esperando para manifestar um juízo. Em controle abstrato não existe pretensão resistida, mas tão somente uma análise objetiva da norma ou comportamento em relação ao ordenamento constitucional. Por mais que se considere o MI tendente a uma objetivação, tendo em vista que seu objetivo é regulamentar uma norma constitucional para todos, ele ainda tem como escopo ser uma ação individual que trata de direitos fundamentais.

²⁸⁹ CARVALHO NETTO, Menelick de. A Hermenêutica Constitucional e os Desafios postos aos Direitos Fundamentais. Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais. Coordenação José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 163.

Em que pese a não previsão de *amicus curiae* em MI, recentemente houve tentativas no sentido de prosperar tal tese. Com efeito, em janeiro de 2010, por ocasião do julgamento de pedido de intervenção como *amicus curiae* da Associação dos Praças da Polícia Militar do Estado do Rio Grande do Norte (ASPRA - PM/RN), no MI 1.767/09, o Ministro Relator Marco Aurélio indeferiu a participação sob a alegação de que se presta a interesse subjetivo, sendo um instrumental voltado ao exercício de um direito constitucional assegurado ao cidadão.

Todavia, esse assunto foi discutido em momento anterior, com outros ares, no STF. A Corte Maior já admitiu, com fulcro no art. 14, § 7º, da Lei 10.259/01,²⁹⁰ intervenção do *amicus curiae* em recurso extraordinário²⁹¹. No julgado, ficou estabelecido que havia previsão expressa na norma para a presença de tal instituto, quando se trata de recurso extraordinário proveniente da turma nacional de uniformização dos juizados especiais federais. Contudo, já havia uma série de pedidos de intervenção por *amicus curiae* em mandados de segurança indeferidos pela Corte Excelsa²⁹².

Porém, em 2011, no bojo de um recurso ordinário em mandado de segurança impetrado contra acórdão do Tribunal Superior do Trabalho, que tratava de algumas questões referentes aos antigos Juízes classistas²⁹³, o Ministro Gilmar Mendes, entendendo que eram compatíveis os institutos, deferiu a participação de Associação dos Juízes Classistas Aposentados de Primeira Instância na condição de *amicus curiae*, fundamentando, em síntese, que os interesses nos autos superavam o individualismo das partes, bem como que Tribunal deveria se afastar de uma perspectiva estritamente subjetiva.

Além de não existir previsão de aplicação da audiência pública e consulta pública, ainda não é assunto pacificado a possibilidade de aceitação de *amicus curiae* em sede de MI. Ao menos no que tange aos julgados do STF, até o presente momento, a tese da possibilidade é capitaneada pelo Ministro Gilmar Mendes, mas ainda não há

²⁹⁰ Brasil. Lei Nº 10.259, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Art. 14. “§ 7º Se necessário, o relator pedirá informações ao Presidente da Turma Recursal ou Coordenador da Turma de Uniformização e ouvirá o Ministério Público, no prazo de cinco dias. Eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão se manifestar, no prazo de trinta dias.”

²⁹¹ STF, RE 415.454/SC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. 08.02.2007, DJe 26.10.07.

²⁹² STF, MS 26.150, rel. Min. Eros grau, DJ 6.3.2007; MS-AGR-ED-ED 25.879, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 3.5.2007; e MS-AGR 26.552, rel. Celso de Mello, DJ 23.5.2007.

²⁹³ STF, RMS 25841/DF, Pleno, julg. 20/03/2013, DJe 20/05/2013.

reverberação entre os demais ministros da Corte. Nos indeferimentos de tal pedido, os ministros reconhecem dois motivos principais que impediriam o uso do mecanismo em mandado de segurança: a) o caráter eminentemente sumário conferido ao procedimento do mandado de segurança, tornando incompatível com o seu rito a intervenção de terceiros; e, b) a inexistência de fundamento legal para a intervenção, não sendo possível aplicar a legislação específica destinada ao controle abstrato. Por aplicação analógica da norma do mandado de segurança ao MI, há transposição parcial dos argumentos contrários à admissibilidade.

Não há previsão de *amicus curiae* também para o MI. Porém, de plano, não há incompatibilidade do procedimento com referida ferramenta. Entrementes, diante das fortes divergências, o objetivo do trabalho não é justificar a utilização das ferramentas de participação social na colmatação de lacunas, que no controle abstrato é pacificado, bem como a extensão dos efeitos da decisão, mas tão somente viabilizar um modo de utilizá-lo de maneira democrática.

Um último argumento de a construção teórica ser lastreada na ADO e não no MI é o objeto. A ADO não tutela somente omissões relativas a direito subjetivo fundamental. O objetivo da ADO é a completude da Constituição, de maneira que seu espectro é sensivelmente elástico, abarcando normas de eficácia limitada que não implicam imediatamente direitos fundamentais, mas que por via reflexa atinge as pessoas. Sendo assim, a ADO é o instrumento que conta com as maiores possibilidades de adaptação à proposta apresentada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

*Viver é encontrar-se sempre, efetivamente ou potencialmente, numa encruzilhada, tendo de escolher um dos caminhos*²⁹⁴.

Diante da atual realidade transnacional de diversas questões constitucionais²⁹⁵, o tema da omissão inconstitucional não poderia deixar de fazer parte dos debates. As necessidades geradas pelo movimento da globalização e integração dos Estados acabaram por gerar identidade em variados pontos nevrálgicos do presente, sobretudo, nas Constituições do pós-guerra. Em um período marcado pela reconstrução dos Estados dilacerados, tanto por conflitos externos quanto internos, a resposta aos anseios populacionais da época foi a adoção das Constituições chamadas de matiz dirigente dentro de um estado prestacional chamado Estado Social.

A conjugação desses dois fatores produziram obrigações prestacionais positivas dos Estados em relação às pessoas. Para viabilizar tais prestações, a engenharia constitucional criou e passou a adotar em diversos ordenamentos e em larga escala, as provisões de cunho programático e eficácia postergada. Nesse contexto, em que o constituinte deixou boa parte dos direitos fundamentais pendentes de exercício pela posterior regulamentação do legislador ordinário, a consequência da inatividade do legislador foi a omissão inconstitucional.

O constituinte provavelmente não contava com a tamanha inércia que se instaurou no âmbito dos legisladores infraconstitucionais, ao deixar nas mãos deles a viabilização dos preceitos tão caros ao sistema. Talvez por isso, os instrumentos criados para combater a referida inação, em sua maioria, surgiram a partir da prática forçada pela tensão popular de exequibilidade dos direitos garantidos aos cidadãos. Esta prática ganhou terreno fértil no âmbito do Judiciário, porquanto a muito se defende a ideia kelseniana de que é ele o grande guardião da Constituição. Contudo, mesmo diante do

²⁹⁴ SICHES, Luis Recaséns. Tratado general de filosofia del derecho. México: Porruá, 1965. p. 86.

²⁹⁵ Cf. NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. São Paulo: Wmf martins fontes, 2009.

problema crônico gerado pelos representantes populares, aliado à pressão que o povo exerce sobre o Judiciário, críticas severas de ordem democrática questionaram a legitimidade de atuação do Judiciário em exercer o papel que preponderantemente pertencia ao Legislativo.

Na busca por fórmulas com as quais se pudesse dar uma resposta jurídica para fazer frente a um dos maiores problemas de transcendência constitucional, a lesão de direitos fundamentais resultantes das omissões legislativas, o presente estudo intentou identificar mecanismos de combate desenvolvidos em ordenamentos diversos. Dentre as ferramentas que bem podem servir ao intento de trabalhar as lacunas erosivas, a sentença aditiva e o diálogo institucional se destacaram como importantes inovações em uso na atualidade. Os dois instrumentos foram forjados na prática internacional em períodos e locais distantes. Um deles foi concebido exatamente para combater lacunas, o outro, inicialmente, não contou com essa previsão, o que não anula sua possibilidade de contribuir para o desenvolvimento do assunto. De fato, são instrumentos com características peculiares e grandes possibilidades.

A sentença aditiva, com origem na Itália, utiliza-se da função criativa da Corte Constitucional como a temática de sua sistematização. O que impressiona na sentença aditiva não é só a possibilidade de suprimir lacunas constitucionais, mas a maleabilidade que a Corte tem de tratar o assunto. Ao utilizar o instrumento, o Tribunal parte de uma base legislativa inicial, que foi objeto de questionamento, e está autorizado a melhorá-la ou excluí-la e fazer outra. Nesse sentido, por mais que a norma problema não possa ser “salva”, a lacuna não vai persistir. Em síntese, a sentença aditiva visa normatizar o dispositivo constitucional que está pendente de regulação ou foi mal regulamentado. É um mecanismo que, não só tem a possibilidade de aplicação na ordem jurídica constitucional brasileira, como já apresenta seus contornos no Brasil, o que representa mais um significativo avanço da matéria no STF.

A concepção da teoria do diálogo institucional ocorreu no ordenamento jurídico canadense como uma perspectiva de freios e contrapesos na jurisdição constitucional. Basicamente, tal teoria consiste na possibilidade de o Legislativo intervir na decisão judicial que nulifica leis inconstitucionais. Contudo, é possível vislumbrar uma aplicação alternativa dessa teoria para as omissões inconstitucionais. O diálogo institucional pode ser visto como uma forma de interação continuada entre o Legislativo e o Judiciário para excluir do sistema as omissões que ainda houver na Constituição.

Claro que o Judiciário só estará apto a intervir nas situações em que ele foi instado a tanto e, na medida do possível, ponderar entre o lapso de tempo e o direito posto em voga. Nessa ordem de ideias, as duas instituições envolvidas podem estabelecer um diálogo como deliberação, formando uma espécie de grupo de trabalhos, ou como conversa, em que cada uma contribuiria para a solução do problema com suas posições individuais.

Os mecanismos apresentados estão longe de constituírem resposta última para o problema apresentado. Na verdade, eles representam o começo da possível evolução sobre a doutrina da omissão inconstitucional e tendem a influenciar a forma como outros ordenamentos devem trabalhar sobre a questão. Como a problemática é recorrente em diversos ordenamentos alienígenas, a evolução dos mecanismos ocorre em diversas partes do mundo e merecem conhecimento para o progresso paulatino das ferramentas existentes no Brasil. Somente um estudo coordenado e voltado para o desenvolvimento de novas habilidades será capaz de conduzir as aspirações da Constituição e do povo, que é a de ver todas as normas constitucionais, principalmente sobre direitos fundamentais, gozando de eficácia plena.

Na busca por contribuir ao debate sobre a omissão inconstitucional, melhorar o que vem sendo realizado, o presente ensaio apresentou uma proposta diversa de colmatar lacunas. Frente aos desejos sociais, os princípios e valores constitucionais não podem ser interpretados como permanentemente estáticos, mas de maneira evolutiva e flexível. De acordo com esse espírito e considerando o paradoxo existente na tentativa de inserir uma espécie de princípio democrático (participativo) na jurisdição constitucional, o estudo levado a termo propôs uma interpretação que possibilita a abertura democrática do controle de constitucionalidade da omissão inconstitucional. Conforme discutido no trabalho, o *judicial review* pode se tornar um valoroso canal de participação política, especialmente para as pessoas excluídas pelo processo político ordinário.

Não obstante reconhecer o problema ocasionado pela letargia do Parlamento em dar plena efetividade às normas constitucionais, a construção de um novo modelo observou que a simples prolação de uma sentença normativa por parte do STF não é a resposta mais adequada. É preciso sempre ter em mente:

Não é a revisão judicial que conseguirá travar uma ampla e consistente mobilização majoritária, caso se esteja preocupado com

isso. A revisão judicial contribui, porém, para combater a inércia, a omissão e a indiferença legislativa, a reduzir o afastamento e a dissonância entre representante e representado²⁹⁶.

A substituição do silêncio legislativo pela atuação de um guardião entrincheirado, que se impõe em uma atitude heroica e rejeita a cooperação, apenas altera o problema de uma instituição para outra. A solução alvitrada na presente pesquisa foi conferir ares democráticos à decisão judicial. Entretanto, o presente panorama acusa a existência de questões que permeiam a tensão entre constitucionalismo e democracia.

Nos casos em que o Judiciário impõe uma decisão contrária ao posicionamento do Parlamento, considerando o silêncio legislativo como opção legítima, também remete à tensão existente entre o constitucionalismo e a democracia. Dessa forma, não é impossível questionar até que ponto, ao proteger os princípios constitucionais, poderia as decisões judiciais, com espírito político, destoar das decisões políticas.

A resposta a tal questionamento tem guarida, em parte, em outro paradoxo presente no interior da própria democracia. Conforme as ponderações de Conrado Hübner Mendes, “[h]averia um paradoxo entre dois objetivos que demandamos da democracia: que os poderes reflitam o sentimento popular, mas que também o liderem na persecução de alternativas e caminhos inovadores”²⁹⁷.

Constitucionalismo e democracia vivem uma simbiose ambígua. Ao mesmo tempo em que um necessita do outro para existir, eles se repelem. Encontrar um meio termo em que haja um equilíbrio entre as duas categorias é uma tarefa árdua. Sendo assim, a junção de um instrumento constitucional com mecanismos de participação popular é um assunto intrincado e evidente manifestação o constitucionalismo democrático.

A omissão inconstitucional retrata esse cenário de dúvidas de maneira inefável. O Judiciário deve fornecer uma resposta a um problema gerado por outro poder. A população espera alguma providência para fazer valer seus direitos. Críticos permanecem receosos sobre uma atividade legislativa (pro)ativa no Judiciário, temendo que se instaure uma “ditadura” da máquina judicial.

²⁹⁶ MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação, p. 148.

²⁹⁷ MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação, p. 143.

Os órgãos públicos devem, a cada dia mais, se abrirem aos anseios sociais. A população espera angariar maior espaço nos debates sobre as decisões fundamentais que lhe influenciam a vida. Entretanto, é notório que “seus direitos de participação política aparecem preponderantemente só no papel, assim como também o acesso aos tribunais e à proteção jurídica”²⁹⁸.

Nessa linha de raciocínio, o presente trabalho procurou uma forma de adequação das duas facetas da tensão. A Constituição forneceu a ADO como mecanismo capaz de expurgar lacunas constitucionais. O ordenamento infraconstitucional criou meios de participação democrática na jurisdição constitucional. Resta a missão de unir as duas perspectivas para a criação de um modelo limítrofe às duas categorias, com capacidade de fornecer uma resposta adequada à omissão erosiva do texto constitucional. As imperfeições constitucionais devem ser corrigidas pelos órgãos nomeados pela Constituição, ainda que não representem diretamente as pessoas, mas desde que tenha mecanismos de abertura popular.

A política democrática é um assunto delicado e muito caro à sociedade. O Judiciário se imiscuir nessa seara é um tanto temerário, se não for compreendido o sentido da partilha de poder e responsabilidades. Hoje é indiscutível que em vários ordenamentos, inclusive no brasileiro, ao Judiciário cabe a salvaguarda da Constituição. Entretanto, isso não significa que ele não possa partilhar o fardo. Habermas pondera em suas lições:

As condições para uma formação política racional da vontade não devem ser procuradas apenas no nível individual das motivações e decisões de atores isolados, mas também no nível social dos processos institucionalizados de formação de opinião e de deliberação²⁹⁹.

Segundo Habermas, é necessário se espaiarem as condições para que os destinatários das normas também sejam seus idealizadores. O STF é um órgão de inegável missão constitucional, o que não impede que ele se abra aos anseios democráticos. As mudanças institucionais são inevitáveis ante a alteração dos parâmetros sociais. A evolução da sociedade clama por mudanças no modo como as instituições funcionam. É evidente a necessidade de gerar procedimentos institucionalizados que canalizem, conforme a doutrina habermasiana, os dissensos e as

²⁹⁸ Conforme crítica de MÜLLER, Friederich. Quem é o povo? p. 95.

²⁹⁹ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Vol. II, p. 72.

opiniões dos cidadãos para as instituições que são responsáveis por guiar os rumos a serem seguidos pelo país.

Com tal perspectiva, o trabalho realizou uma interlocução entre os pensadores que contribuem, de alguma forma, no caminhar da proposta final. Para tanto, alguns pensamentos de Arendt, Mouffe e Kant foram tratados sob uma análise crítico-racional de participação social no espaço público de tomada de decisões. Na busca por formatar e engajar a democracia procedimental habermasiana, o pensamento de referidos doutrinadores foi crucial para não perder de vista o aspecto macro de uma democracia realmente participativa. O diálogo entre grandes pensadores da democracia auxiliou na construção de um produto com capacidade de observar os princípios mais caros à sociedade.

Não obstante tal observação, é imperativo reconhecer que as tradicionais categorias jurídicas hoje vivem uma relação de permeabilidade que não pode ser ignorada. O Judiciário deve se abrir aos anseios sociais e novas possibilidades. Assumir, ainda que provisória e parcialmente, a atividade legislativa implica a missão de ouvir e ser atento às manifestações populares. É claro que não se deve esperar uma corte “servil à opinião pública. Contudo, tampouco absolutamente resistente”³⁰⁰.

Novas atividades implicam novas experiências e tentativas. Algumas questões devem ser desenvolvidas na prática, outras apenas com o tempo. Uma delas, por exemplo, é o caso das contenções econômicas inerentes ao gerenciamento de recursos escassos para demandas infundáveis. Sendo assim, uma análise econômica sobre a regulamentação que a Corte estiver disposta a levar a efeito é indispensável.

Tanto na inconstitucionalidade por ação como na por omissão, haverá casos em que é inevitável uma expansão do Judiciário em relação ao Legislativo. Essa atuação revela uma flexibilização da separação dos poderes em uma manifestação do sistema de *checks and balances*. Contudo, trata-se de uma incursão pontual. A regra é que o Judiciário atue na omissão excepcionalmente, e não como substituto do Legislativo.

Certamente, a norma oriunda da decisão judicial não estaria usurpando as funções legislativas do Parlamento. É claro que outras normas poderão ser editadas em substituição ao que foi produzido no debate diante do Judiciário. Em determinados

³⁰⁰ MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação, p. 144.

casos, a resposta do STF seria um paliativo e um estímulo, até o Legislativo retomar para si a função que negligenciara por um lapso considerável. Isso não significa que o Judiciário deve substituir o Legislativo sob o pálio de ser um agente melhor preparado. Nas palavras de Habermas:

Ele [tribunal constitucional] não pode assumir o papel de um regente que entra no lugar de um sucessor menor de idade. Sob os olhares críticos de uma esfera pública politizada – da cidadania que se transformou na ‘comunidade dos intérpretes da constituição’ –, o tribunal constitucional pode assumir, no melhor dos casos, o papel de um tutor³⁰¹.

O estudo partilha dessas preocupações, sobretudo, a necessidade de conferir a cidadãos livres e autônomos a participação dos processos de formação política da opinião e da vontade. Nesse sentido, o déficit democrático da Corte seria suprido por intermédio da participação dos entes representativos da sociedade civil em audiências e consultas públicas, logo após o reconhecimento da omissão inconstitucional em sede de ADO. O STF seria um intermediador, de maneira que não tomaria para si a responsabilidade de único e isolado produtor da norma, atuando como um dos participantes.

Com tais observações, o intento do presente estudo foi oxigenar as discussões sobre a omissão inconstitucional. A questão é lançar ideias, ainda que embrionárias, que possam inspirar e subsidiar pesquisas posteriores. A possibilidade que se propõe no presente estudo não é perfeita, mas representa uma nova forma de pensar a problemática. É claro que ainda é necessário intensificar e aprofundar as pesquisas sobre as omissões para lograr um modelo de aplicabilidade plena. Assim, ponderável é o seguinte raciocínio de Habermas, em sua conhecida discussão com Georg Gadamer, com o qual o trabalho se encerra:

Eu sou da opinião de que nós não deveríamos obscurecer da tradição humanista exatamente o Iluminismo (Aufklärung), o século XVIII universalista. Mas com este acréscimo eu não quero ficar com a última palavra. Gadamer é o primeiro a acentuar o caráter aberto (Offenheit) do diálogo. Dele todos nós podemos aprender **a sabedoria fundamental hermenêutica, de que uma ilusão achar que alguém possa ficar com a última palavra**³⁰².

³⁰¹ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Vol. I, p. 347.

³⁰² Destaque acrescido. HABERMAS, Jürgen. Hans Georg Gadamer: Urbanização da província heideggeriana. In: Dialética e hermenêutica. Trad. Álvaro Valls. São Paulo: L&PM, 1987. p. 85.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDT, Hannah. **Crises da república**. Trad. José Volkman. São Paulo: Perspectiva, 1999.

_____. **Lições sobre a filosofia política de Kant**. Trad. André Duarte de Macedo. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2007.

ARON, Raymond. **As etapas do pensamento sociológico**. Trad. Sergio Bath. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BENHABIB, Seyla. **Toward a deliberative model of democratic legitimacy**. In: _____. (Ed.). **Democracy and Difference: contesting the boundaries of the political**. New Jersey: Princeton University Press, 1996.

BENVINDO, Juliano Zaiden. **Mandado de Injunção em perigo: os riscos da abstração de seus efeitos no contexto do ativismo judicial brasileiro**. Observatório da Jurisdição Constitucional, Ano 5, 2011/2012.

BELLOCCI, M.; GIOVANNETTI, T. **Il quadro delle tipologie decisorie nelle pronunce della Corte costituzionale: quaderno predisposto in occasione dell'incontro di studio con la corte costituzionale di ungheria**. Palazzo della Consulta, 11 giugno 2010. Disponível em: <<http://www.cortecostituzionale.it/studiRicerche.do>> Acesso em: 14 ago. 2012.

BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch: The Supreme Court at the bar od politics**. 2ª ed. New haven: Yale University Press, 1986.

BIN, Roberto; PITRUZZELA, Giovanni. **Diritto costituzionale**. 3 ed. Turim: G. Giappichelli Editore, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Direito e estado no pensamento de Emmanuel Kant**. Trad. Alfredo Fait. 4ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BUENO, Silveira. **Minidicionário da língua portuguesa**. FTD: São Paulo, 2000.

BUSHELL, Allison A; HOGG, Peter W. **The charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the charter of rights isn't such a bad thing after all)**. Osgoode Hall Law Journal. n. 35. Toronto: York University, 1997. p. 75.

CABRAL, Maria Clara; SELIGMAN, Felipe. **Câmara e STF negociaram aviso prévio**. Folha de São Paulo, São Paulo, 23 set. 2011. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mercado/me2309201103.htm>>. Acesso em: 09 ago. 2012.

CAMPILONGO, Celso F. **Representação política**. São Paulo: Ática, 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1993.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COHEN, Joshua. **Procedimento e substância na democracia deliberativa**. In: WERLE, Denilson Luis; MELO, Rúrion Soares (org. e trad.). *Democracia deliberativa*. São Paulo: Esfera Pública, 2007.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle da constitucionalidade: teoria e prática**. 3 ed. Bahia: JusPodvm, 2008.

DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. Trad. Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

DELFINO, Felice. **Omissioni legislative e Corte costituzionale (delle sentenze costituzionali c.d. creative)**. In: Studi in onore di Giuseppe Chiarelli. Tomo II. Milano: Giuffrè, 1974.

ELIA, Leopoldo. **Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale**. In: Scritti su la giustizia Costituzionale: In onore di Vezio Crisafulli. Pádua: CEDAM, 1985.

ELY, J. H. **Democracy and distrust. A theory of judicial review**. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

FARRELLY, Colin. **Civic liberalism and the 'dialogical model' of judicial review**. Law and Philosophy, 2006. Disponível em < <http://ssrn.com/abstract=875320>> Acesso em 04 ago. 2012.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Inconstitucionalidade por omissão: uma proposta para o constituinte**. Revista de Informação Legislativa, nº 89, jan./mar., 49-62. 1986.

FERRY, Jean-Marc. **Habermas: crítico de Hannah Arendt**. Trad. Silvia Gombi Borges dos Santos. Revista Educação e Filosofia. v. 17, nº 33, jan/jun. 2003.

FRIEDMAN, Barry. **Dialogue and judicial review**. Michigan Law Review, v. 91, 1993.

_____. **When rights encounter reality: enforcing federal remedies**. Southern California Law Review, v. 65, 1992.

_____. **The Politics of Judicial Review**. Texas Law Review, v. 84, n. 2, 2005.

GALDINO, Flávio. **O custo dos direitos**. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). Legitimação dos Direitos Humanos. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

GRIMM, Dieter. **Bedingungen der demokratischen Rechtsetzung**. In: GÜNTHER, Klaus & WINGERT, Lutz (orgs). Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit: Festschrift für Jürgen Habermas. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2001.

_____. **Jurisdição constitucional e democracia**. Trad. Bianca Stamato Fernandes. Revista de direito do estado. n° 4, out/dez. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

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: Sergio Antonio Fabris, 1997.

_____. **Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenken**. In: Die Verfassung des Pluralismus. Königstein/TS: Athenaum, 1980.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Tradução: George Sperber, Paulo Astor Soethe, Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2007.

_____. **Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy**. Trad. William Rehg. Massachusetts: The MIT Press, Cambridge, 1998.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. I. Trad. Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. II. Trad. Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **Hans Georg Gadamer: urbanização da província heideggeriana**. In: Dialética e hermenêutica. Trad. Álvaro Valls. São Paulo: L&PM, 1987.

_____. **O Conceito de poder de Hannah Arendt**. In: FREITAG, Bárbara; ROUANET, Sérgio Paulo (orgs). Habermas – Sociologia. São Paulo: Ática, 1993.

_____. **Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

_____. **Sobre a constituição da Europa: um ensaio**. Trad. Denílson Luis Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: Ed. Unesp, 2012.

_____. **Teoría de la acción comunicativa.** tomo II. Trad. Manuel Jimenez Redondo. 4ª ed. Madrid: Taurus, 2003.

_____. **Verdade e justificação: ensaios filosóficos.** Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary C. R.. **The three versions of neo-institutionalism.** Lua Nova, São Paulo, n. 58, 2003. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010264452003000100010&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 27 jul. 2012.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista.** Trad. Hiltomar Martins Oliveria. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.

HAREL, Alon. **Rights-Based judicial review: a democratic justification.** Law and Philosophy, Forthcoming. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=364120>> Acesso em 04 ago. 2012.

IANNUCCILLI, Loris. **Profili storici e teorici. In: Corte Costituzionale italiana. Problemi Dell'omissione legislativa nella giurisprudenza costituzionale: Quaderno predisposto in occasione della Conferenza della Corti Costituzionali europee.** Vilnius 2. 7 giugno, 2008. Disponível em: <<http://www.cortecostituzionale.it/studiRicerche.do>> Acesso em: 13 ago. 2012.

LA VEGA, Augusto Martín de. **La sentencia constitucional en Italia.** Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2003.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos.** São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes.** Trad. Edson Bini. 2ª Ed. São Paulo: Edipro, 2008.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Teoria geral do direito e do estado.** Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

KRAMER, Larry D. **The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review.** New York: Oxford University Press, 2004.

MEDINA, Damares. **Amicus Curiae - Amigo da corte ou amigo da parte?** São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.** São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade.** São Paulo: Celso Bastos, 1999.

_____. **Jurisdição constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional.** p. 19. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=90357&sigServico=noticiaArtigoDiscurso&caixaBusca=N>>. Acesso em 19 ago. 2012.

_____. **O apelo ao legislador – apellentscheidung – na práxis da Corte Constitucional Federal Alemã.** Revista de informação legislativa, v.29, nº 114, p. 473-502, abr./jun. de 1992.

MILITÃO, Eduardo; TORRES, Rodolfo; SARDINHA, Edson. **Um congresso na mira do Supremo.** Congresso em foco, Brasília, p. 8-27, ano 2, n. 7, ago/set. 2013.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** t. II. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 1996.

MIRANDA, Tiago. **PEC submete decisões do STF à aprovação do Congresso.** Agência Câmara de Notícias, Brasília. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/199034-PEC-SUBMETE-DECIISOES-DO-STF-A-APROVACAO-DO-CONGRESSO.html>>. Acesso em: 10 ago. 2012.

MILOVIC, Miroslav. **Filosofia da comunicação; para uma crítica da Modernidade.** Tradução do manuscrito em inglês de Verrah Chamma. Brasília: Plano Editora, 2002.

MORTATI, Costantino. **Appunti per uno studio sui remedi giurisdizionali contra comportamenti omissivi del legislatore.** In: Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana. Milano: Giuffrè Editore, 1972.

MOUFFE, Chantal. **El retorno de lo político: comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical**. Trad. Marco Aurelio Galmarini. Barcelona: Paidós, 1999.

_____. **Deconstruction, Pragmatism ant the Politics of Democracy**. In: _____. (Ed.). *Desconstrution and Pragmatism*. New York: Routledge, 1996.

_____. **The democratic paradox**. New York: Verso, 2000.

MÜLLER, Friederich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. Trad. Peter Naumann. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Wmf martins fontes, 2009.

PIOVESAN, Flavia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandato de injunção**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PIKTIN, Hanna F. **El concepto de representacion**. Trad. Ricardo Montoro Romero. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

POSNER, Richard A. **Pragmatic adjudication**. In: DICKSTEIN, Morris (ed.). *The Revival of Pragmatism: new essays on social thought, law and culture*. London: Duke University Press, 1988.

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

ROACH, Kent. Dialogue or defiance: **Legislative reversals of Supreme Court decisions in Canada and the United States**. *International Journal of Constitutional Law*. v. 4. n. 2. New York: Oxford University Press, 2006.

ROSEN, Jeffrey. **The most democratic branch: how the courts serve America**. New York: Oxford University Press, 2006.

RUIZ, María Ángeles Ahumada. **El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas**. In: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Nº. 8, 1991.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCHMITT, Carl. **A crise da democracia parlamentar**. Trad. Inês Lobbauer. São Paulo: Scritta, 1996.

_____. **O guardião da Constituição**. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SEGADO, Francisco Fernández, **La justicia constitucional: una visión de derecho comparado**. Tomo I. Madrid: Dykinson, 2008.

SICHES, Luis Recaséns. **Experiência jurídica, natureza de la cosa e lógica razonable**. México: Unam, 1971.

_____. **Tratado general de filosofía del derecho**. México: Porrúa, 1965.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008.

SUSTEIN, Cass R. **Incompletely theorized agreements in constitutional Law**. In: *Politics and Science: An Historical View*. Vol. 73. nº 4. Winter, 2007.

_____. **Interest groups in american public law**. *Stanford Law Review*. Vol. 38, No. 1 (Nov., 1985).

_____; VERMEULE, Adrian. **Interpretation and Institutions**. *University of Chicago Law & Economics*. Olin Working Paper No. 156. University of Chicago Public Law Research Paper No. 28. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=320245>> Acesso em 25 out. 2013.

_____; HOLMES, Stephen. **The cost of rights**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

THERET, Bruno. **Institutions: between structures and actions**. *Lua Nova*, São Paulo, n. 58, 2003. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-z4452003000100011&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 28 jul. 2012.

TREMBLAY, Luc B. **The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures**. *International Journal of Constitutional Law*. v. 3. n. 4. New York: Oxford University Press, 2005.

TUSHNET, Mark. **The Rise of Weak Form Judicial Review**. In: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (org). *Comparative Constitutional: Research Handbooks in Comparative Law*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2011.

_____. **Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law**. New Jersey: Princeton University Press, 2008.

_____. **Weak-Form Judicial Review and "Core" Civil Liberties**. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*. Vol. 41. No. 1, 2006. p. 3. Disponível em: <http://www.law.harvard.edu/students/orgs/crcl/vol41_1/index.html>. Acesso em 27 set. 2013.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **A essência da oposição ao Judicial Review**. Trad. Adauto Vilela. In: BIGONHA, Antonio Carlos A.; MOREIRA, Luiz (org.). *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Some Models of Dialogue Between Courts and Legislatures**. In: BRODIE, Ian Ross; HUSCROFT, Grant (orgs). *Constitutionalism in the Charter era*. Ontario: LexisNexis, 2004.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht - BVerfGE (Tribunal Constitucional) 1, 97 – Hinterbliebenenrente I (pensão de sobrevivência I).

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht - BVerfGE (Tribunal Constitucional) 8, 1 – Teuerungszulage (custo do salário de subsistência).

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht - BVerfGE (Tribunal Constitucional) 25, 167 – Nichtehelichkeit (Ilegitimidade).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 19. Brasília/DF. Rel. Min. Aldir Passarinho. DJ 14/04/1989.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 130. Brasília/DF. Rel. Min. Ayres Britto. DJ. 30/04/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 283. Brasília/DF. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJ. 19/04/1991

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 670. Brasília/DF. Rel. para acórdão Min. Gilmar Mendes. DJ. 31/10/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 708. Brasília/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ. 30/10/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI nº 712. Brasília/DF. Rel. Min. Eros Grau. DJ. 31/10/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 875, 1.987, 2.727 e 3.243. Brasília/DF. Rel. Gilmar Mendes. DJ. 30/04/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 1.458. Brasília/DF. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJ. 20/09/1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2.495. Brasília/DF. Rel. Min. Ilmar Galvão. DJ. 02/08/2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 3.682. Brasília/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ. 06/09/2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RMS nº 25.841. Brasília/DF. Rel. para acórdão Min. Marco Aurélio. DJ. 20/05/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS-AGR-ED-ED nº 25.879. Brasília/DF. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJ. 3/5/2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS nº 26.150. Brasília/DF. Rel. Min. Eros Grau, DJ. 6/3/2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS-AGR nº 26.552. Brasília/DF. Rel. Min. Celso de Mello. DJ. 23/5/2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 415.454. Brasília/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ. 26/10/07.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE-QO nº 416.827. Brasília/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ. 21/09/2005.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta nº 1.398 – Classe 5ª. Brasília/DF. Rel. Min. Cesar Asfor Rocha. DJ. 8/5/2007.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of United States of America (Suprema Corte dos Estados Unidos da América). Nº 5 U.S. 137, (1 Cranch) 137, 2 L. Ed. 60 (1803).

ÍNDIA. Supreme Court of India (Suprema Corte da Índia). Vishaka and others v. State of Rajasthan, julgado 13/08/1997.

ITÁLIA. Corte Costituzionale della Repubblica italiana (Corte Constitucional da República italiana). Sentenza nº 76, de 1970.

ITÁLIA. Corte Costituzionale della Repubblica italiana (Corte Constitucional da República italiana). Sentenza nº 53, de 1968.