

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Daniela Gonsalves da Silveira

A LEGITIMIDADE DO STF PARA TUTELAR DIREITOS FUNDAMENTAIS
DIANTE DA OMISSÃO LEGISLATIVA

Porto Alegre
2016

DANIELA GONSALVES DA SILVEIRA

A LEGITIMIDADE DO STF PARA TUTELAR DIREITOS FUNDAMENTAIS
DIANTE DA OMISSÃO LEGISLATIVA

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Mitidiero

Porto Alegre

2016

CIP - Catalogação na Publicação

Gonsalves da Silveira, Daniela
A Legitimidade do STF para Tutelar Direitos
Fundamentais diante da Omissão Legislativa / Daniela
Gonsalves da Silveira. -- 2016.
186 f.

Orientador: Daniel Mitidiero.

Dissertação (Mestrado) -- Universidade Federal do
Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de
Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, BR-RS, 2016.

1. Direitos Fundamentais. 2. Efetividade. 3.
Jurisdição Constitucional. 4. Omissão Legislativa. 5.
Legitimidade. I. Mitidiero, Daniel , orient. II.
Título.

Elaborada pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da UFRGS com os
dados fornecidos pelo(a) autor(a).

DANIELA GONSALVES DA SILVEIRA

***A legitimidade do STF para Tutelar Direitos Fundamentais
diante da Omissão Legislativa***

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Daniel Mitidiero (orientador)
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Professora Doutora Ana Paula Oliveira Ávila
Centro Universitário Ritter dos Reis – UniRitter

Professor Doutor Klaus Cohen Koplin
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Professor Doutor Artur Thompsen Carpes
Centro Universitário Ritter dos Reis – UniRitter

Porto Alegre, 01 de junho de 2016.

“O princípio democrático requer que cada cidadão tenha uma ‘voz’ no processo político e que seja possível à minoria de hoje tornar-se a maioria de amanhã. Se os direitos fundamentais, como as liberdades de expressão, de opinião e de associação, pudessem ser limitados pela maioria ocasional, sem o devido processo, o próprio princípio democrático estaria em perigo; e isso não é menos verdade para os ‘novos direitos’ de natureza econômica e social, porque sua rationale é a de tornar efetiva a mais básica de todas as titulações democráticas – o direito de acesso ao sistema legal e político. Dessa maneira, a Justiça constitucional, longe de ser inerentemente antidemocrática e antimajoritária, emerge como instrumento central para escudar os princípios democráticos e majoritários contra o risco de corrupção. Nosso ideal democrático – deixemos o ponto firmemente vincado -, por certo não é aquele em que a vontade majoritária esteja onipresente. Além do mais, nossa filosofia de vida não é a de que tudo possa ser objeto de barganha.”

(Mauro Cappelletti, Repudiando Montesquieu, 1985)

“É preciso substituir a convicção de que o dispositivo identifica-se com a norma, pela constatação de que o dispositivo é o ponto de partida da interpretação; é necessário ultrapassar a credence de que a função do intérprete é meramente descrever significados, em favor da compreensão que o intérprete reconstrói sentidos, quer o cientista, pela construção de conexões sintáticas e semânticas, quer o aplicador, que soma àquelas conexões as circunstâncias do caso a julgar; importa deixar de lado a opinião de que o Poder Judiciário só exerce a função de legislador negativo, para compreender que ele concretiza o ordenamento jurídico diante do caso concreto.”

(Humberto Ávila, Teoria dos Princípios, 2015)

RESUMO

Este trabalho tem por objeto a análise do papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal no controle da omissão legislativa inconstitucional. Como principal objetivo, tem-se a demonstração da necessidade de superação da fórmula do legislador negativo, assumindo o STF postura ativa a bem da eficácia e da efetividade dos direitos fundamentais, sem que isso implique ofensa ao desenho constitucional de repartição e compartilhamento funcionais do exercício do poder estatal. Busca-se demonstrar, assim, a superação do paradigma do Estado Liberal e formalista, bem como a necessidade de assunção, pelo STF, de postura condizente com a sua função de Corte Suprema em um Estado Constitucional, outorgando unidade ao Direito e concretizando a Constituição por meio de atividade interpretativa. Pretende-se, além disso, revisar os conceitos tradicionais de dever de legislar e da consequente omissão legislativa inconstitucional, ilustrando-se por meio de quais instrumentos e técnicas o STF colabora (ou deve colaborar) na produção normativa e na concretização dos direitos fundamentais. Defende-se, por fim, a legitimidade democrática e jurídica da postura ativista do STF, se presente amplo diálogo institucional e social e se possibilitado o controle do exercício desses pressupostos por meio de justificação racional das decisões, afastando-se a Corte do arbítrio.

Palavras-chave: Omissão legislativa inconstitucional. Direitos Fundamentais. STF. Interpretação. Efetividade.

ABSTRACT

This research concerns about the role of the Supremo Tribunal Federal (STF) – the Brazilian Supreme Federal Court – in regards to controlling the unconstitutional legislative omission. It aims to demonstrate the need to overcome the “negative legislator” tenet in order to the Court to admit an active perform, for the sake of efficiency and effectiveness of fundamental rights, without incurring offense to constitutional architecture of functional sharing and distribution of state power. We also intend to demonstrate the overcoming of the liberal state and its formal paradigm and the need of STF to assume consistent approach with his duty as a Supreme Court in the Rule of Law, granting unit to the Law and implementing the Constitution through interpretative activity. Moreover, we seek to review the traditional concepts of the duty to legislate and the consequent unconstitutional legislative omission, illustrating it through the demonstration of which legal instruments and techniques the Supreme Court can and must collaborate to improve the normative development and the fundamental rights concretion. Finally, we advocate the democratic and legal legitimacy of the judicial activism if involved in a wide-ranging institutional and social dialogue and if it allows the control of these assumptions through the rational justification of the judicial decisions, avoiding the Court’s arbitrariness.

Keywords: Unconstitutional legislative omission. Fundamental rights. STF. Interpretation. Effectiveness.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
<u>PARTE I – O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ENQUANTO CORTE SUPREMA</u>	5
1. O DIREITO COMO RESULTADO INTERPRETATIVO	5
1.1. A CONCEPÇÃO DE DIREITO NO ESTADO LIBERAL	5
1.1.1. <i>A ideologia liberal burguesa e a legalidade como Direito</i>	5
1.1.2. <i>A separação dos poderes e a submissão do Judiciário: a proibição de o juiz interpretar</i>	8
1.1.3. <i>A lei geral e abstrata e a completude do Direito</i>	9
1.1.4. <i>O positivismo jurídico e o Direito enquanto ciência cognitivista</i>	11
1.2. A SUPERAÇÃO DA SUPREMACIA DA LEGALIDADE. O DIREITO NO ESTADO CONSTITUCIONAL.	17
1.2.1. <i>Da norma como objeto à norma como resultado da interpretação</i>	18
1.2.1.1. O conceito de interpretação	26
1.2.1.2. As teorias da interpretação: cognitivista, cética e eclética	28
1.2.2. <i>Da legalidade formal pelas regras à legalidade substancial pelas normas</i>	34
1.2.2.1. <i>Da lei genérica e abstrata à participação social e à divergência. A pluralidade de fontes do direito.</i>	35
1.2.2.2. <i>Da forma à substância: a subordinação da lei à Constituição</i>	37
1.2.2.3. <i>A nova concepção de norma. O papel normativo dos princípios.</i>	40
1.2.3. <i>Da separação de poderes à separação de funções. Colaboração entre legislativo e judiciário na produção da norma.</i>	43
2. E O BRASIL, EM QUE SÉCULO ESTAMOS? A FUNÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: DO CONTROLE À INTERPRETAÇÃO. A EFICÁCIA DE SUAS DECISÕES: O PRECEDENTE NORMATIVO	46
2.1. O MODELO DE CORTES SUPERIORES.....	55
2.2. O MODELO DE CORTES SUPREMAS	57
2.3. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ENQUANTO CORTE SUPREMA: DO CONTROLE À INTERPRETAÇÃO.	61
2.4. A EFICÁCIA DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: OS PRECEDENTES NORMATIVOS.	64

CONCLUSÕES PARCIAIS	73
----------------------------------	----

<u>PARTE II – A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DIANTE DA OMISSÃO LEGISLATIVA</u>	77
-------------------------------------------------------------------------------------------------	----

1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: DA ABERTURA À EFICÁCIA	78
------------------------------------------------------------------------------------------	----

1.1. A FUNDAMENTALIDADE MATERIAL E A CLÁUSULA DE ABERTURA	82
-----------------------------------------------------------------	----

1.2. A PERSPECTIVA OBJETIVA	92
-----------------------------------	----

1.2.1. <i>Os Direitos Fundamentais enquanto ordem de valores</i>	93
------------------------------------------------------------------------	----

1.2.2. <i>Os efeitos autônomos dos direitos fundamentais</i>	97
--------------------------------------------------------------------	----

1.3. A EFICÁCIA IMEDIATA	101
--------------------------------	-----

2. O DEVER DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM DAR TUTELA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: DO ISOLAMENTO À COLABORAÇÃO	109
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

2.1. DA OMISSÃO LEGISLATIVA: A INEXISTÊNCIA E A INSUFICIÊNCIA DE LEI.	109
----------------------------------------------------------------------------	-----

2.1.1. <i>Dos casos paradigmáticos</i>	120
----------------------------------------------	-----

2.1.1.1. Da inexistência de lei: o direito à greve dos servidores públicos	120
----------------------------------------------------------------------------------	-----

2.1.1.2. De insuficiência de lei: Estado de Coisas Inconstitucional e os presídios brasileiros	123
------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

2.2. DAS FORMAS DE COLABORAÇÃO	127
--------------------------------------	-----

2.2.1. <i>Mediante quais instrumentos</i>	127
-------------------------------------------------	-----

2.2.1.1. Mandado de Injunção	127
------------------------------------	-----

2.2.1.2. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por omissão	132
-----------------------------------------------------------------------	-----

2.2.1.3. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental	137
-------------------------------------------------------------------	-----

2.2.1.4. Instrumento atípico – Recurso Extraordinário	140
-------------------------------------------------------------	-----

2.2.2. <i>Mediante quais técnicas de julgamento</i>	143
-----------------------------------------------------------	-----

2.2.2.1. A necessidade de adequação do procedimento	143
-----------------------------------------------------------	-----

2.2.2.2. Declaração de situação constitucional em trânsito para a inconstitucionalidade ...	145
---------------------------------------------------------------------------------------------	-----

2.2.2.3. Declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e a possibilidade de modulação de efeitos temporais	148
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

2.2.2.4. Decisões interpretativas aditivas	151
--------------------------------------------------	-----

3. O FIEL DE LEGITIMIDADE DA ATUAÇÃO: DO LEGISLADOR NEGATIVO À NECESSIDADE DE JUSTIFICAÇÃO	157
3.1. A NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DA FÓRMULA DO LEGISLADOR NEGATIVO.....	157
3.2. A LEGITIMIDADE POR MEIO DA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DO CONTRADITÓRIO	162
3.3. A NECESSIDADE DA JUSTIFICAÇÃO DAS DECISÕES.....	169
CONSIDERAÇÕES FINAIS	173
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	176

INTRODUÇÃO

A omissão legislativa inconstitucional é um tema desafiador, ainda sujeita a muitas perguntas e à espera de muitas respostas. Nesse trabalho, nos propomos a analisá-la a partir da problematização a respeito da compreensão do que é o direito, pois entendemos que este varia no tempo e em razão da cultura, influenciando no modo de ver a tutela dos direitos.

Nos propomos a refletir, assim, sobre o remanescente apego à concepção liberal de separação de poderes e de criação do direito desenvolvida no contexto da Revolução Francesa, à qual sugere a neutralidade do juiz frente à vontade do legislador. Tal neutralidade é defendida, muitas vezes, no sentido de ampla deferência do Poder Judiciário ao Poder Legislativo, o que, segundo nossa hipótese, é comportamento judicial incompatível com a omissão legislativa inconstitucional.

Nesse contexto, dividimos o presente trabalho em duas partes. A primeira intenta demonstrar a mudança de paradigma sobre a compreensão do direito que ocorreu no último século, especialmente em países da tradição de *civil law*. Acreditamos que o pensamento evoluiu no sentido de entender o direito como o resultado de um processo argumentativo travado em colaboração pelo legislador e pelo juiz, ambos atuando com o objetivo de concretizar a Constituição. Parte-se, assim, do entendimento de que texto e norma não coincidem, de forma que o legislador propõe textos, dotados de significados, os quais devem ser interpretados pelo juiz, em atividade que demanda valorações e escolhas, o que não prescinde de participação social. Assume-se, assim, perante todo esse desenvolvimento, que o novo paradigma compreende e exige o reconhecimento do STF enquanto Corte Suprema, responsável por outorgar unidade de sentido à Constituição e zelar pela sua guarda e efetividade.

O primeiro capítulo dessa primeira parte, assim, debruça-se sobre a referida mudança de paradigma. Parte-se da exposição da compreensão do direito pelo Estado Liberal, fundada sobre os dogmas da separação dos poderes e da supremacia do legislador enquanto garantia de atenção à “vontade do povo”, bem como da limitação da atuação judicial à declaração da vontade do legislador, proibindo-se o juiz de decidir por outras possibilidades interpretativas que a legislação poderia assumir.

Acreditava-se, assim, estar protegendo a segurança jurídica dos cidadãos contra o arbítrio dos juízes.

Demonstra-se, em seguida, a paulatina superação desse paradigma ao longo do século XX. Não só os episódios de totalitarismo, sustentados legalmente, demonstraram a necessidade de se positivar constitucionalmente alguns valores, como também advogou-se a força normativa da Constituição, substituindo-se a supremacia do legislador pela supremacia da Constituição. Passou-se do Estado Liberal, assim, para o Estado Constitucional, entendido como um Estado Democrático e Social de Direito. Além disso, os estudos acerca da teoria da norma e da teoria da interpretação permitiram compreender o direito como um resultado interpretativo, exigindo a conjugação dos Poderes estatais para a concretização da Constituição, por meio de criação e aplicação do direito infraconstitucional.

No segundo capítulo, indagamos acerca de como o Brasil tem compreendido essa mudança de paradigma. Analisamos, nesse sentido, a evolução da doutrina sobre a compreensão da função das normas e da interpretação, bem como sobre qual deve ser o papel do Supremo Tribunal nesse novo contexto. Expomos, por conseguinte, os modelos de Cortes Superiores e de Cortes Supremas, posicionando-nos pela compreensão do Supremo Tribunal enquanto Corte Suprema, devendo exercer todas as funções daí decorrentes. Em sede de conclusões parciais, estabelecemos premissas cuja atenção é exigida por esse novo paradigma, a fim de sustentar a análise desenvolvida na segunda parte acerca da omissão legislativa na concretização dos direitos fundamentais.

A segunda parte deste trabalho, então, adentra especificamente na análise do seu objeto, qual seja, o reconhecimento da omissão legislativa inconstitucional e do papel desempenhado pelo Supremo Tribunal na sua superação. A partir do entendimento, defendido na primeira parte, de que o STF é Corte Suprema, responsável por outorgar unidade à Constituição e zelar pela sua guarda e efetividade, defendemos que a Corte deve assumir postura ativa na concretização dos direitos fundamentais, superando, por meio da interpretação constitucional, a omissão do legislador, não deixando de sustentar, entretanto, postura dialógica perante o próprio legislador e a sociedade.

O primeiro capítulo dessa segunda parte, por conseguinte, explora o tratamento outorgado pela Constituição Federal de 1988 aos direitos fundamentais. Definimos, assim, quais são ou podem ser considerados os direitos fundamentais a partir da sua materialidade e da cláusula de abertura prevista na Constituição. Defendemos, ainda, que os direitos fundamentais conformam uma ordem de valores eleita pela Constituição, devendo reger a atuação estatal. Expomos, por fim, a opção do Constituinte por afirmar a aplicabilidade imediata desses direitos, exigindo que o Estado empenhe esforços para concretizá-los e garantir-lhes efetividade.

No segundo capítulo, procedemos à análise da omissão legislativa, entendida como inconstitucional na medida em que desrespeita um dever de legislar estabelecido na Constituição. Investigamos, assim, quais são os pressupostos desse dever de legislar, propondo releitura da visão tradicional de que o dever advém de ordem expressa enunciada na Constituição, concluindo pela derivação do dever de legislar a partir do dever de proteção estatal aos direitos fundamentais. Entendemos, por conseguinte, que tanto a atuação inexistente quanto a deficiente não cumprem a obrigação de promover a efetividade dos direitos.

A partir do entendimento de que legislativo e judiciário concorrem na produção normativa, defendemos a tese de que o judiciário, em específico o STF, não pode abster-se do seu dever de tutelar direitos fundamentais e promover sua efetividade. Apresentamos, assim, os instrumentos e as técnicas pelas quais o Supremo exerce e pode exercer seu dever de tutela, incluindo a possibilidade de o STF regulamentar provisoriamente o direito tutelado, a fim de suprir a omissão legislativa, por meio de interpretação aditiva.

Por fim, no terceiro e derradeiro capítulo, estabelecemos os pressupostos inafastáveis por meio dos quais o STF deve cumprir sua função. Defendemos, assim, a necessidade de que sua postura, apesar de ativa, não seja autoritária e não implique supremacia do Poder Judiciário sobre o Legislativo. Em casos extremos de omissão, inclusive mais ampla que a legislativa, que levem ao reconhecimento de um estado de coisas inconstitucional, o STF deve fixar parâmetros e até prazos para a superação da omissão, mas deve deixar as escolhas técnicas de meios para os outros poderes. Estabelecemos, pois, o dever de o Supremo promover amplo contraditório, exercendo diálogo com o órgão legislativo moroso (e, por vezes, com outros órgãos estatais) e com a sociedade. Por fim, frisamos que esse diálogo deve estar refletido na

justificação da decisão, requisito essencial para demonstrar a racionalidade e permitir o controle das decisões judiciais.

PARTE I – O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ENQUANTO CORTE SUPREMA

A ideia sobre o que é o Direito sofreu profundas transformações ao longo dos séculos XIX e XX nos países cuja tradição é a de *civil law*, que levaram à ruptura do Estado Liberal de Direito e à paulatina construção do Estado Constitucional. O Brasil, na linha das transformações ocorridas na Europa continental, a partir da influência do *common law*, vem reconstruindo suas bases conceituais. Assim, para que possamos, em um segundo momento, reconhecer o direito brasileiro atual e a função que o Supremo Tribunal Federal desenvolve, propomo-nos a analisar, em um primeiro momento, tais transformações.

1. O DIREITO COMO RESULTADO INTERPRETATIVO

1.1. A Concepção de Direito no Estado Liberal

O Estado Liberal de Direito tem como fundamento o princípio da legalidade. Buscamos demonstrar a seguir a construção do conceito de Direito enquanto lei, o que perpassa pelo contexto histórico revolucionário francês e pela defesa de ideologias política e econômica liberais.

1.1.1. A ideologia liberal burguesa e a legalidade como Direito

Ao final do século XVIII, em luta contra um forte governo monárquico e absolutista e um corpo de juízes imoral e corrupto, a burguesia liberal buscava a proteção de sua liberdade e de seu patrimônio. Conforme Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, os revolucionários franceses não buscavam apenas modificar pontualmente o Antigo Regime, mas formar um novo Estado e uma nova sociedade, baseada no ideário iluminista da igualdade, da liberdade e da fraternidade. Por isso, o poder constituinte revolucionário exprimiria a soberania da Nação, fundando nova ordem jurídica, com novos órgãos e novos poderes a ele vinculados.¹ O Protagonista nesse processo constitucional foi o Poder Legislativo, encarregado

¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional – Teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013. p. 74.

teoricamente de expressar a *vontade geral* do povo, promovendo-se, assim, uma condução à democracia.

É nesse sentido que Norberto Bobbio afirma que a passagem da concepção absolutista de Direito para a liberal não rompeu com o dogma da onipotência do legislador, embora tenha havido uma importante ressignificação, fruto da investigação realizada pelo pensamento liberal sobre a separação dos poderes e a representatividade. Importou a separação dos poderes, porque o poder legislativo não mais foi atribuído ao poder executivo, vale dizer, ao monarca, mas a um colegiado que age junto a ele, com a consequência de o governo ficar subordinado à lei. A bandeira da representatividade, a seu turno, importou porque a expressão do poder por meio do Parlamento deixa de ser privilégio de uma restrita oligarquia, e torna-se possibilidade para todos os cidadãos². Sendo o poder exercido por todo o povo, por meio de seus representantes, é provável que seja exercido não arbitrariamente, mas

² Fundamental o destaque que a cidadania, nesse contexto, estava ligada à ideia de propriedade. Assim, quando se fala em representatividade popular e vontade do povo, não se refere a todas as pessoas, mas a todos os cidadãos, homens brancos não estrangeiros com propriedade. A escravidão, por exemplo, foi abolida em 1794 na França, mas restabelecida por Napoleão em 1802 e só novamente abolida em 1848. Também a cidadania só foi estendida a mulheres no século XX. Por esse motivo a revolução francesa não é popular, mas burguesa, e o Direito Liberal é um direito que atende às necessidades da burguesia. Nesse sentido, José Afonso da Silva afirma que, para a democracia liberal, “povo era equiparado a uma construção ideal, alheia a toda a realidade sociológica, não era o ser humano situado, mas um povo de *cidadãos*, isto é, indivíduos abstratos e idealizados, frutos do racionalismo e do mecanicismo, que, prescindindo de toda consideração histórica, informa o constitucionalismo do século XIX. A democracia liberal deforma o conceito de povo. Nela o povo real, concreto, com seus defeitos e qualidades, permanece alheio ao exercício do poder”. Vide SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 137. Na mesma linha, Georges Burdeau: “Quando, pela primeira vez nos tempos modernos, foram estabelecidas nos Estados Unidos e em França, nos fins do século XVIII, instituições políticas destinadas a assegurar o governo do povo, esse povo, que se afirmava soberano, de nenhum modo se identificava com a realidade sociológica que o somatório dos indivíduos que vivem no território do Estado constitui. Evidentemente, a soberania do povo fora proclamada – e, numa certa medida, realizada –, mas o povo ao qual eram atribuídas as prerrogativas dela derivadas era de tal modo definido que não corria o risco de as usar contrariamente aos seus fins”. Vide BURDEAU, Georges. *A Democracia – ensaio sintético*. Tradução de Paulo Antônio dos Anjos. 3ª ed. Publicações Europa-América, 1975. p. 15-23. Ainda, Friedrich Müller aponta o efeito da “iconização do povo” e sua pretensão de legitimação do Estado. Para o autor, “na tradição histórica e (jus-)política, do emprego do conceito, o termo ‘povo’ não se reveste de traços inocentes, neutros, objetivos, mas decididamente seletivos” (p. 79). Sobre o “povo” na Revolução Francesa, afirma: “também aqui se supõe, segundo a tradição antiga de um conceito seletivo de luta social, *quem* é o povo: o terceiro estado, a nova burguesia proprietária, quer dizer, nem a aristocracia eclesiástica e secular, nem o lumpemproletariado, ou seja, proletariado ‘maltrapilho’ de Babeuf” (p. 66-67). Vide MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A Questão Fundamental da Democracia*. Tradução de Peter Naumann, revisão da tradução de Paulo Bonavides. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. Publicação original: *Wer ist das Volk? Die Grundfrage der Demokratie: Elemente einer Verfassungstheorie VI*, de 1997.

para o bem de todos.³ Assim, para haver intromissão na liberdade dos indivíduos, seria necessária uma lei aprovada pela representação popular. Com efeito, a exigência pela participação popular foi tal que a representação passou a ser critério decisivo de conceituação da lei: o que não fosse expressão da vontade geral não poderia constituir direito.

Dessa forma, malgrado a burguesia tenha adotado, na idealização do Estado de Direito Liberal, um conceito de lei como “coisa geral-racional”⁴, a noção de lei assumida no processo histórico de afirmação da burguesia foi o seu oposto: aquela defendida pelos representantes do absolutismo de Estado, segundo a qual a lei não vale por qualidades morais e lógicas, mas pela sua autoridade.⁵

O princípio da legalidade acabou por constituir, portanto, um critério de identificação do direito: o direito estaria apenas legislação, cuja validade não dependeria de sua correspondência com a justiça, mas somente de ter sido produzida por uma autoridade estatal dotada de competência. A autoridade do Direito deixava de ser a ordem real para ser a lei do Parlamento, dos representantes do povo soberano, a ponto de se afirmar que na Europa continental o absolutismo do rei foi substituído pelo absolutismo da assembleia parlamentar⁶. O que não fosse expressão da vontade geral não poderia constituir direito, ou seja, nada poderia rivalizar com a lei.⁷

³ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: ícone, 2006. Tradução de Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. p. 39. Publicação original: *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto*, 1996.

⁴ “*un concepto de Ley que descansa en una vieja tradición europea y que pasó, desde la Filosofía griega, a la Edad Moderna, a través de la Escolástica: Ley no es la voluntad de uno o de muchos hombres, sino una cosa general-racional; no voluntas, sino ratio*”. SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución...* p. 150.

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de Processo Civil: teoria do processo civil, vol. 1*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 30.

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de Processo Civil, vol. 1...* p. 30.

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 25.

1.1.2. A separação dos poderes e a submissão do Judiciário: a proibição de o juiz interpretar

Nesse contexto, a doutrina de Montesquieu⁸ foi um dos instrumentos que permitiram não só o fim da concentração do poder nas mãos do monarca, mas também a transferência do poder à burguesia por meio do Parlamento. A partir do princípio da legalidade, tem-se a fórmula que garante a hegemonia do Parlamento sobre os demais poderes, assumindo esse claro papel de subordinação. O poder Executivo só poderia atuar sob autorização da lei e nos seus exatos limites, e ao poder Judiciário cabia somente aplicá-la, sem mesmo poder interpretá-la. Na teoria da separação dos poderes, a criação do Direito era tarefa única do Legislativo.⁹

Giovanni Tarello, em análise à obra de Montesquieu, afirma que o poder de julgar está individualizado a fim de identificar seu exercício como uma atividade puramente intelectual e não realmente produtiva de “direito novo”, que seria limitada não só pela legislação, mas também pela atividade executiva, pois essa teria o poder de executar materialmente as decisões que constituem o poder de julgar.¹⁰ Daí a conclusão de Montesquieu de que o poder de julgar era “um poder nulo”¹¹.

A partir da ideia de soberania da lei e da necessidade de garantir a impossibilidade de o Judiciário interferir no Poder Legislativo, deu-se a proibição de os juízes interpretarem a lei e foi instituído o Tribunal de Cassação. De acordo com o pensamento revolucionário burguês, a Corte de Cassação não foi pensada como órgão destinado a exercer função jurisdicional, mas a tutelar o princípio da separação de poderes: sua função era a de cassar qualquer pronúncia que não se limitasse a descrever o texto exato da lei.¹²

⁸ Conforme afirma Giovanni Tarello, a teoria da separação dos poderes “consiste nella tesi secundo cui, per evitare gli abusi e consentire libertà, occorre che la “constituzione” collochi i tre poteri presso organi “separati”. TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna (assolutismo e codificazione del diritto)*. Bologna: Il Mulino, 1976. p. 290.

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de Processo Civil, vol. 1...* p. 31.

¹⁰ TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna (assolutismo e codificazione del diritto)*. Bologna: Il Mulino, 1976. p. 288.

¹¹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de (1689-1755). *O Espírito das Leis*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Tradução de Cristina Murachco. p. 169.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes...* p. 31.

Note-se que a decisão cassacional possuía natureza negativa, porquanto se limitava a cassar a decisão judicial. A cassação não poderia resolver o caso conflitivo e, mais, não poderia definir a interpretação correta, uma vez que isso feriria a separação dos poderes. Para evitar-se o arbítrio da Cassação, suas decisões também não vinculavam o Judiciário. Com efeito, ao próprio poder legislativo foi dado o poder de proferir a interpretação autêntica da lei, que constituiria critério mediante o qual o tribunal ordinário deveria julgar.¹³

Atenta-se, ainda, que o ideal indispensável para os revolucionários, que culminou com o império da lei e a subordinação do Poder Judiciário, é o da certeza jurídica. Manter o juiz preso ao texto da lei, para que dela não pudesse destoar, seria sinônimo de segurança jurídica. Assim defendeu Montesquieu ao afirmar que “fossem [os julgamentos] uma opinião particular do juiz, viveríamos em sociedade sem saber precisamente os compromissos que ali assumimos”¹⁴. Para Giovanni Tarello, essa passagem evidencia uma ideologia que sugere que a liberdade política, entendida como segurança psicológica do indivíduo, realiza-se através da certeza do direito.¹⁵

Buscava-se, por conseguinte, uma situação de certeza de um significado prévio e determinado atribuído à norma. O instrumento ideal seria uma lei abstrata, que pudesse albergar quaisquer situações concretas futuras, aplicável mediante processo lógico e que eliminasse a possibilidade de o juiz levar em conta especificidades próprias de determinada situação.

1.1.3. A lei geral e abstrata e a completude do Direito

A concepção racionalista iluminista, conforme Norberto Bobbio, considerava a multiplicidade e a complicação do direito um fruto do arbítrio da história.¹⁶ Deveriam as velhas leis, por conseguinte, ser substituídas por um direito simples e unitário, que seria ditado pela “ciência da legislação”, essa nova ciência que, interrogando a natureza do homem, estabeleceria quais eram as leis universais e imutáveis que

13 Sobre a Corte de Cassação, ver MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes...* p. 25-74; CALAMANDREI, Piero. *La casación civil*. Buenos Aires: EBA, 1945. vol. 2.

14 MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis...* p. 170.

15 TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna (assolutismo e cofificazione del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1976. p. 294.

16 BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico...* p. 65.

deveriam regular a conduta do homem. Os iluministas estavam, de fato, convencidos que o direito histórico, constituído por uma selva de normas complicadas e arbitrárias, era apenas uma espécie de direito “fenomênico” e que, além dele, fundado nas coisas cognoscíveis pela razão humana, existia o verdadeiro direito. Dessa forma, a essência verdadeira da realidade é simples e suas leis são coerentes e unitariamente coligadas, e por isso o direito, o verdadeiro direito fundado na natureza, podia e devia ser simples e unitário.

Em uma concepção de regra jurídica como proposição que une sujeito jurídico a predicado jurídico, conforme evidencia Giovanni Tarello, o sistema de regras jurídicas globalmente mais simples é aquele em que o sujeito é único e os predicados jurídicos são poucos.¹⁷ Nenhum sistema jurídico pode ser estruturalmente simples se configura diferenças subjetivas devidas a classe social, religião, cidadania, raça, gênero. Nesse sentido, a ideologia igualitária revolucionária burguesa se manifestou essencialmente em uma forma particular de igualitarismo jurídico, meramente formal, que é “a igualdade perante a lei”. Essa igualdade não teve outro significado senão a unicidade do sujeito jurídico – um instrumento técnico de simplificação de sistemas jurídicos para promoção de uma ideologia política. A generalidade era pensada como garantia de imparcialidade do poder perante os cidadãos – que, por serem “iguais”, deveriam ser tratados sem discriminação – e a abstração como garantia da estabilidade – de longa vida – do ordenamento jurídico.¹⁸

¹⁷ TARELLO, Giovanni. *Cultura jurídica y política del derecho*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1995. p. 48. Tradução de Isidro Rosas Alvarado. Publicação original: *Cultura giuridica e politica del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1988. “En efecto, si el sujeto es único, el sistema global resulta constituído de manera exclusiva: 1) por las definiciones de los predicados; 2) por las reglas que atribuyen o revocan la atribución de cada predicado al sujeto único; y 3) por la posición de los principios que regulan la compatibilidad entre sí de los diferentes predicados. En cambio, si los sujetos jurídicos son muchos, el sistema se complica porque debe contener: 1) las definiciones de las diversas categorías de sujetos; 2) las reglas concernientes a los tránsitos de los sujetos de una a otra categoría; 3) las definiciones de los predicados; 4) las reglas relativas a la conveniencia de cada predicado a cada categoría de sujetos (esto es, un número de reglas igual al número de las reglas del sistema más simple, multiplicado por los tipos de sujeto); 5) las reglas relativas a la compatibilidad de los predicados, pero no en general, sino respecto de cada categoría de sujetos. En otras palabras, donde haya más categorías de sujetos, se necesitan dos tipos de reglas jurídicas más, y dentro de los otros tipos de reglas, el número de reglas base debe multiplicarse por el número de categorías de los sujetos”.

¹⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil – leys, derechos, justicia*. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta: 1997. p. 29. Publicação original: *Il diritto mitte*. Legge diritti giustizia. Torino: Giulio Einaudi editore, 1992.

A certeza do direito, nesse sentido, estava ligada à legislação, e, mais ainda, à codificação. O direito, ou melhor, as leis, deveriam ser simples, claras e poucas, breves, concisas, explica Tarello.

Las dos ideologías del derecho, aunque se originaron en el siglo XVII y circularon en el XVIII, se presentan em su falso ropaje de teorías, respondiendo a la pregunta: “¿cómo debe ser el derecho?”. Esta pregunta tuvo, de los sectores más distintos, una respuesta unívoca: el derecho, o mejor “las leyes”, deben ser simples, claras y pocas, breves, concisas. Por lo general la idea puesta a circular por quienes no tenían intereses privados para conservar las complicaciones existentes (como tenían los abogados, cancilleres y escribanos, mensajeros y oficiales vários) era la de que cada uno debía estar *cierto* de la propia posición frente al derecho, y que por esto el derecho mismo debía ser cierto. Para ser cierto, el derecho precisamente debía estar constituido por leyes pocas y simples.¹⁹ (grifo no original)

O ideal da supremacia do direito era de que a lei e os códigos deveriam ser tão claros e completos que apenas poderiam gerar uma única interpretação, inquestionavelmente correta.²⁰ Isso, não significa, entretanto, que deveriam ser longos: a multiplicidade das leis seria fruto da corrupção, da atenção do legislador às várias vontades dos senhores. As leis deveriam ser, portanto, poucas, simples e exatas.²¹ A lei era bastante e suficiente para que o juiz pudesse solucionar os conflitos sem que precisasse recorrer às normas constitucionais.²² Explica Zagrebelsky:

Sobre la base de esta premisa, la ciencia del derecho podía mantener que las concretas disposiciones legislativas no eran más que partículas constitutivas de un edificio jurídico coherente y que, por tanto, el intérprete podía recabar de ellas, inductivamente o mediante una operación intelectual, las estructuras que lo sustentaban, es decir, sus principios. Éste es el fundamento de la interpretación sistemática y de la analogía, dos métodos de interpretación que, en presencia de una laguna, es decir, de falta de una disposición expresa para resolver una controversia jurídica, permitan individualizar la norma precisa en coherencia con el <sistema>. La sistematicidad acompañaba, por tanto, a la plenitud del derecho.²³

1.1.4. O positivismo jurídico e o Direito enquanto ciência cognitivista

¹⁹ TARELLO, Giovanni. *Cultura jurídica y política del derecho...* p. 49.

²⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “justiça constitucional”*. In: Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, vol. 20. Porto Alegre: UFRGS, out. 2001. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. p. 271.

²¹ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico...* p. 66.

²² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de Processo Civil: teoria do processo civil*, vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 35.

²³ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil – leyes, derechos, justicia*. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta: 1997. p. 32. Publicação original:: Il diritto mitte. Legge diritti giustizia. Torino: Giulio Einaudi editore, 1992.

Acerca dessa concepção de direito, cujo resultado é um Estado que dá primazia ao Poder Legislativo e proíbe o Poder Judiciário de fazer parte da criação do Direito, pode-se afirmar que o positivismo jurídico esteve estreitamente imbricado. Parte-se da tese de Norberto Bobbio, que compreende o positivismo jurídico em três dimensões diferentes e interconectadas – ideologia, teoria e método.

Como Teoria, o positivismo jurídico representaria a atitude cognoscitiva direcionada à determinada parcela da realidade, isto é, direcionada a conhecer o fenômeno jurídico por meio da análise da sua estrutura normativa. Para tanto, o teórico do direito deveria saber isolar o conjunto de juízos de fatos, dos dados normativos que estariam em vigor e que estariam recebendo aplicação (mesmo que forçada) em determinado contexto jurídico. O estudo do direito pressuporia, dessa forma, compreender um tipo de ordem normativa que impõe comandos acompanhados de coerção, o que permitiria diferenciar o direito de outras ordens normativas, já que este não qualquer pretensão de analisar o seu conteúdo por meio de juízos de valor. Com isso, o fenômeno jurídico poderia ser definido como um fato avalorativo, uma verdadeira ciência, que apenas conhece e descreve seu objeto de estudo. . . , de modo que, compreender o direito, pressuporia uma identificação neutra de determinados fatos, não influenciada por qualquer avaliação substancial por parte daquele que promover essa análise descritiva. Somente assim, seria possível transformar a experiência jurídica em uma verdadeira ciência, especialmente considerando o fato de o modelo científico tradicional não assumir a tarefa de valorar o seu objeto de estudo, mas apenas o de conhecê-lo e descrevê-lo de modo objetivo, sendo impertinente qualquer juízo subjetivo ou pessoal sobre o que seria o direito ideal ou mesmo o melhor ordenamento jurídico para determinada sociedade concreta.

Como Ideologia, por outro lado, o positivismo jurídico assume pretensões avaliativas acerca do comportamento humano, mesmo que tal postura seja assumida pelo teórico positivista de modo inconsciente ou velado.²⁴ Para Bobbio, a ideia de que o direito é apenas um sistema de normas válidas que devem ser obedecidas por aqueles que estão a elas submetidas é ideológica, na medida em que pretende influenciar a realidade em que vivemos e a forma como a compreendemos. Essa visão

²⁴ FERREIRA NETO, Arthur Maria. *O cognitivismo e não cognitivismo moral e sua influência na formação do pensamento jurídico*. 2013. 301 f. Tese – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2013. p. 176.

ideológica em relação à obediência do direito positivo é definida por Bobbio como sendo o positivismo ético, ou seja, aquele que reconhece que há, ao menos, um dever moral que fundamenta o direito, qual seja, o que determina a obediência irrestrita do direito enquanto direito (e não em razão do seu conteúdo correto, adequado ou justo).

Por fim, como Método, a ciência do direito assume a pretensão de apenas promover uma análise neutra de um sistema normativo, com o objetivo de garantir uma metodologia impessoal para a aplicação do direito. O positivismo jurídico prega, portanto, que, quando se promove qualquer valoração da realidade, não se está fazendo ciência, mas algo que deveria ser chamado (pelo positivista) de filosofia ou de ideologia do direito.

Nota-se, portanto, que o positivismo limita a atividade do jurista à descrição da lei e à busca da vontade do legislador. Além disso, essa perspectiva do direito não via lacuna no direito, afirmando, como visto, sua plenitude. Até então, tinha-se o direito natural como instrumento para colmatar as lacunas do direito positivo, porém a expansão da teoria positivista impõe o declínio do direito natural²⁵, e encontra no Código de Napoleão sua mais rigorosa manifestação²⁶.

Diversos foram os projetos ao Código de Napoleão, que compreenderam, de início, ideias do jusnaturalismo racionalista que representavam o auge da Revolução Francesa, da tábula rasa, e culminaram em um Código que deu origem ao mais rigoroso positivismo jurídico. Porém, se sua promulgação é considerada o início absoluto de uma nova tradição jurídica, isso foi devido aos primeiros intérpretes, e não aos próprios redatores do Código.²⁷ Diversas foram as interpretações ao art. 4º do

²⁵ Mesmo no período das codificações se tem a utilização do direito natural [aquele que se conhece por meio da razão, e não por meio da promulgação] como instrumento para colmatar lacunas. O Código Austríaco de 1811 estabelecia que sempre que um caso não puder ser decidido com base numa disposição precisa de lei, nem recorrendo à aplicação analógica, “dever-se-á decidir segundo os princípios do direito natural”. BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico...* p. 44.

²⁶ Importante ressaltar que o positivismo jurídico não é sinônimo de codificação. Delineamos nesse capítulo o positivismo jurídico em seu aspecto mais rigoroso, visto na França napoleônica, em que houve a codificação como resultado da hegemonia do Poder Legislativo sobre o Poder Judiciário, porém sem haver propriamente uma teoria da codificação. Outras foram, entretanto, as manifestações do positivismo. Na Alemanha, não houve codificação até o ano de 1900, iter que foi marcado por grande influência da Escola Histórica e do direito científico. De outro lado, na Inglaterra, onde também não houve codificação nesse período, houve uma ampla teoria da codificação pelas mãos de Jeremy Bentham e John Austin. Para um apanhado do positivismo jurídico na França, na Inglaterra e na Alemanha no final do século XIX e início do século XIX, ver BOBBIO, *O positivismo jurídico...* p. 45-128.

²⁷ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico...* p. 73.

Código de Napoleão, que dispõe que “o juiz que se recusar a julgar sob o pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpável de justiça denegada”.

Tal artigo indica três situações em que o juiz não poderia se escusar de julgar: a obscuridade, a insuficiência e o silêncio da lei. A solução adotada pelo positivismo jurídico foi a de onipotência do legislador, igualando texto à norma e optando, portanto, pelo cognitivismo, de forma que as respostas a todos os problemas jurídicos deveriam ser deduzidas do próprio código, dotado de completude. Ocorre que a solução idealizada pelos redatores do Código, segundo Bobbio, era diversa: “a de deixar aberta a possibilidade da livre criação do direito por parte do juiz”. Para chegar a essa conclusão, Bobbio analisa discurso feito por Portalis, o principal redator do Código, ao apresentar seu projeto diante do Conselho do Estado, quando afirmou que “as leis positivas não poderão nunca substituir inteiramente o uso da razão natural nos negócios da vida” e que “uma grande quantidade de coisas são, portanto, abandonadas ao império do uso, à discussão dos homens cultos, ao arbítrio dos juízes”. Caberia, assim, ao juiz, “penetrado pelo espírito geral das leis” decidir quanto a detalhes, aplicando os critérios estabelecidos pelas próprias leis. Na falta de um texto preciso sobre cada matéria, “um uso antigo, constante e bem estabelecido, uma série não interrompida de decisões similares, uma opinião ou uma máxima adotada” funcionam como lei. Quando se trata de “um fato absolutamente novo, remonta-se aos princípios do direito natural”. Nesse sentido, enquanto critério para o julgamento no caso de silêncio da lei, os redatores haviam discriminado, no art. 9º do Livro Preliminar do Projeto do Código, a equidade, porém esse artigo foi eliminado no texto definitivo pelo Conselho do Estado.²⁸

O objetivo de proibir o juiz de deixar de julgar era de evitar uma prática judiciária instaurada durante a Revolução, pela qual os juízes, quando não dispunham de norma legislativa precisa, proibidos de interpretar, deveriam recusar decidir a causa e devolver os atos ao poder legislativo para obter disposições a propósito (*référé* facultativo²⁹). Porém, eliminado o art. 9º, a interpretação isolada do art. 4º levou os

²⁸ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico...* p. 75-77.

²⁹ O *référé* obrigatório dava ao legislador a possibilidade de elaborar uma lei nova, ao invés de fazer uma interpretação autêntica da lei obscura, quando havia impasse entre o Judiciário e o Tribunal de Cassação. Já o *référé* facultativo tinha caráter preventivo, que permitia a consulta ao legislativo antes

primeiros intérpretes à conclusão de que se deveria sempre deduzir da própria lei a norma para resolver quaisquer controvérsias. Por meio dessa interpretação se fundou a Escola da Exegese, ápice do positivismo jurídico. Segundo Tarello, a ideologia jurídica da escola baseava-se nos seguintes princípios: 1) o direito é todo criado pelo legislador, havendo uma equação entre este e “a vontade geral”, legitimada pelo direito natural; 2) o direito positivo é completo, e o Código disciplina satisfatoriamente toda e qualquer controvérsia jurídica; 3) a adesão à doutrina da divisão dos poderes segundo a qual o juiz não adiciona nada à vontade do legislador; 4) o entendimento de que no direito não há um processo evolutivo, pois o conceito de lei é dado como expressão da vontade do legislador histórico, sendo a explicação da lei feita somente por meio de paráfrase da própria lei.³⁰

Malgrado a codificação tenha se dado na França, foi na Inglaterra, país de tradição de *common law*, onde se deu uma verdadeira teoria da codificação, por meio das críticas de Jeremy Bentham e de John Austin ao *common law*. Bentham considerava que o direito inglês era “véu de mistério” que protegia os interesses privados, contrários à utilidade geral. Criticava, portanto, o “mito do *common law*”, pelo qual o direito teria origem consuetudinária, anterior ao tempo da memória, cujo verdadeiro conteúdo deveria ser meramente descoberto e declarado pelos juízes. Oponha, nesse sentido, a tese da artificialidade e da arbitrariedade do direito, que denominou *judge-made-law*.³¹ Cinco são os defeitos que Bentham identifica em sua crítica ao *common law*: 1) a incerteza do direito, pois não é possível identificar a fonte do direito judiciário, tratando-se de mera vontade do juiz; 2) a retroatividade do direito, pois, quando criado um novo precedente, há nova norma para fatos que lhe são anteriores; 3) o fato de o *common law* não ser fundado no princípio da utilidade, pois baseia-se em um caso concreto, e não em um sistema completo de normas jurídicas fundadas racionalmente; 4) o fato de o juiz ter de resolver qualquer controvérsia apresentada, mesmo que lhe falte competência específica em todos os campos regulados pelo direito; 5) o povo não poder controlar a produção do direito por parte dos juízes, de forma que o direito não seria expressão da vontade do povo.³² Por isso,

de o juiz decidir, quando havia dúvida sobre como aplicar a lei. Sobre o *référé*, ver CALAMANDREI, Piero. *La Casación civil...*

³⁰ TARELLO, Giovanni. *Cultura Jurídica y política del derecho...* p. 75-77.

³¹ CHIASSONI, Pierluigi. *L'indirizzo analítico nella filosofia del diritto: da Bentham a Kelsen*. Torino: Giappichelli, 2009. p. 7 e ss.

³² BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico...* p. 97 e ss.

Bentham propõe uma reforma sistemática do direito inglês, mediante codificação completa – o único instrumento possível, segundo ele, para proporcionar certeza ao direito inglês – cujo caráter seria universal, servindo a todo o mundo civilizado. O código ideal, portanto, deveria ser dotado de utilidade – a maior felicidade para o maior número de pessoas –, completude – pois as lacunas abririam portas para o *judge-made-law* –, cognoscibilidade – ter termos claros e precisos, para ser conhecido por todos os cidadãos –, e justificabilidade – motivação que indique a finalidade da lei, pois só assim ela seria compreensível.³³

John Austin alinhou-se à Bentham, distinguindo a jurisprudência, enquanto direito vigente tal como efetivamente era à época, da legislação, o estudo do direito como este deveria ser.³⁴ Dedicou-se, porém, ao estudo da jurisprudência *geral*, a qual estudaria os princípios e os conceitos que são comuns a todos os ordenamentos jurídicos, vale dizer, a todo direito positivo das sociedades civilizadas. Nesse sentido, para definir direito positivo, Austin preconiza lei como um comando geral e abstrato passível de sanção quando não realizado.³⁵ As leis poderiam ser divinas ou humanas, e, em sendo humanas, poderiam ser direito positivo ou moralidade positiva – diferenciando-se esses conceitos de acordo com a soberania detida pelo sujeito do qual provém o comando, outorgando, assim, uma concepção estatal ao direito.

Para o autor, tanto direito legislativo quanto direito judiciário seriam direito estatal, de forma que a diferença entre esses não residiria nas fontes que produzem direitos, mas sim no modo pelo qual são produzidos: direito legislativo é constituído por normas gerais e abstratas, prospectivas, enquanto o direito judiciário é constituído por normas particulares, emitidas com a finalidade de regular um caso concreto específico. Austin reconhecia a não completude de um código, porém afirmava que o direito judiciário possui ainda mais lacunas. De outro lado, afirmava que a codificação elimina equívocos e ambiguidades, tornando impossível as controvérsias fundadas em meras imprecisões interpretativas³⁶, e afastando, com isso, tudo o que não fosse

³³ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico...* p. 100 e ss.

³⁴ No mesmo sentido dos conceitos de jurisprudência expositiva e jurisprudência censória de Bentham. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico...* p. 102.

³⁵ CHIASSONI, Pierluigi. *L'indirizzo analítico nella filosofia del diritto...* p. 166.

³⁶ Para Austin, a verdadeira interpretação de um documento legislativo seria uma atividade cognitiva, cujo objetivo consiste na descoberta de um significado que o legislador intentou atribuir originariamente ao texto legal. Assim, repudia o que chamou de interpretação corretiva, que o juiz faria sob o pretexto de interpretar a lei, descobrindo qual expressão o legislador queria ter usado no lugar da que usou, atribuindo um significado arbitrário diferente do unívoco significado originário, pois colocaria, assim,

racional do direito, promovendo uma melhora do nível ético na profissão legal – seguindo a crítica de Bentham aos rábulas.³⁷

Percebe-se, pois, que, tanto na intenção francesa, por meio da aplicação da codificação, quanto na teorização da codificação feita por Bentham e Austin, tem-se a supremacia da legislação enquanto garantidora da certeza do direito. Em ambos os casos, a produção do direito é – enquanto vontade ou teoria – atividade exclusiva do legislador, sendo vedada ao juiz participação. Ocorre, entretanto, que a completude da legislação também é um mito, assim como a ideia de que a lei tem apenas um significado, sendo necessária, portanto, a interpretação por parte do juiz, contribuindo este para a reconstrução do direito.

Nesse sentido, é interessante notar que o Código Napoleônico, ao proibir o juiz de recusar solução aos casos, conferiu-lhe, em verdade, o dever de interpretar a lei.³⁸ A proibição de o juiz interpretar a lei está pautada em uma confusão entre interpretação da lei e criação do direito e entre as funções dos poderes legislativo e judiciário. Por isso, demonstrar a superação do conceito de Direito enquanto mera legalidade e delinear os papéis do legislativo e do judiciário na construção do direito é tarefa que assumimos a seguir.

1.2. A superação da supremacia da legalidade. O Direito no Estado Constitucional.

O conceito de direito baseado na estrita legalidade foi delineado, como vimos, na cultura jurídica do século XIX, estando presente, no Brasil, ainda no final do século XX. Esse quadro teórico, denominado por Chiassoni como *positivismo statualístico legislativo* ou *teoria statual-legalística del diritto positivo*, pode ser representado por dez premissas centrais: 1) concepção imperativista do direito, segundo a qual o direito é um conjunto de comandos e vedações; 2) visão do direito enquanto sistema, um todo ordenado, dotado de coerência e plenitude; 3) concepção cognitivista ou formalista da interpretação jurídica, segundo a qual os operadores do direito

toda a legislação à mercê da arbitrariedade do tribunal. CHIASSONI, Pierluigi. *L'indirizzo analítico nella filosofia del diritto...* p. 170.

³⁷ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico...* p. 109-116.

³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes...* p. 44.

exercerem uma atividade de puro conhecimento de sentidos preconizados pelo legislador, sendo o direito puramente técnico, científico, não criativo e com discurso avalorativo; 4) concepção mecanicista, logicista e silogística da aplicação judicial do direito; 5) a ideia de cientificidade da aplicação do direito, pelo uso rigoroso de técnicas lógico-dedutivas; 6) a tese da artificialidade do direito, sendo esse produto da convivência social, de um tempo e de um espaço; 7) a coercitividade do direito, segundo a qual o direito é um conjunto de normas cuja eficácia depende do uso da força; 8) do estatalismo jurídico, já que o direito depende do monopólio sancionatório do Estado; 9) o legalismo, sendo a lei fonte exclusiva, ou pelo menos prioritária, do direito; 10) a tese da moralidade contingente do direito, não sendo a assunção de determinada moralidade condição de validade do direito, separando-se, assim, direito e moral.³⁹

A superação desse quadro, a partir de uma releitura do princípio da legalidade, dá-se ao longo do século XX, compreendendo um desenvolvimento da teoria do direito, que envolve novas concepções sobre o que são as normas, o que significa interpretação e como deve se dar a relação entre os poderes executivo, legislativo e judiciário.

1.2.1. Da norma como objeto à norma como resultado da interpretação

Superar a supremacia da legalidade significa dizer que o trabalho do legislador, em si, não é suficiente enquanto direito, portanto não lhe cabe mais supremacia. Com a codificação napoleônica e as demais codificações modernas, à interpretação não era reconhecido valor de fonte de direito, mas sim o de atribuição de significado ao documento legislativo, devendo a interpretação ser somente declarativa, adaptando-se à vontade do legislador histórico como expressa na letra da lei.⁴⁰ Essa classificação, com efeito, sugere que o discurso legislativo constitui a norma, possuindo um significado próprio e principal, que pode ser objeto de interpretação. Tal discurso, próprio do direito liberal, oculta o fato que a norma é, na verdade, resultado da interpretação. Para perceber essa mudança de paradigma, identificamos três

³⁹ CHIASSONI, Pierluigi. *L'indirizzo analítico nella filosofia del diritto...* p. 116-117.

⁴⁰ TARELLO, Giovanni. *L'interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980. p. 33-37.

marcos teóricos, quais sejam Hans Kelsen (1934) e a norma enquanto moldura; Herbert Hart (1961) e a textura aberta do direito; e Giovanni Tarello (1980) e a norma como resultado da interpretação.

Kelsen desenvolveu sua teoria pura do direito com base na concepção de que o discurso científico deveria ser meramente descritivo, devendo ser eliminadas quaisquer considerações de ordem valorativa, ideológica ou sociológica.⁴¹ Assim, por opção metodológica, excluiu da ciência do direito tudo que não fosse o estudo da norma jurídica. Em sua teoria, o sistema jurídico é conhecido pela sua forma, e não pelo seu conteúdo, e compõe uma unidade que é constituída em razão de todas as suas partes integrantes estarem vinculadas e receberem o mesmo fundamento de validade, qual seja a possibilidade de serem reconduzidas a uma norma fundamental, pressuposta, que pode ser captada intelectualmente por quem realiza um esforço especulativo de compreensão do sistema jurídico.⁴²

Nesse sistema hierárquico, de acordo com a norma fundamental, o grau superior do direito positivo é a constituição, cuja função é a de designar os órgãos encarregados da criação de normas gerais e determinar o procedimento que devem seguir. Essas normas gerais formam o que chamamos de legislação e só adquirem verdadeiro sentido depois de individualizadas, tarefa que Kelsen atribui à jurisdição.⁴³ Assim, a sentença cria a norma individual para o caso concreto:

Para individualizarla y concretarla es preciso un acto jurisdiccional que establezca una norma jurídica individual y constituya una nueva etapa en el proceso de creación del derecho. Estas conclusiones se imponen no bien se admite que el derecho no está compuesto únicamente por normas generales y no se confunde con la ley.⁴⁴

⁴¹ Kelsen parte de um contexto doutrinário e cultural em que a sociologia era vista como a autêntica ciência do direito. Assim, sua obra constitui uma tentativa de fundamentação da ciência do direito enquanto ciência (no seu conceito positivista), percebendo nela uma autonomia metodológica. Vide LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 41-96.

⁴² Para um estudo crítico da obra de Kelsen e uma análise filosófica do seu positivismo, FERREIRA NETO, Arthur Maria. *O cognitivismo e não cognitivismo moral e sua influência na formação do pensamento jurídico*. Tese de doutorado. 2013. Programa de Pós-Graduação em Filosofia da PUCRS. Disponível em <<http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/2914/1/446750.pdf>>. Acesso em 30 de janeiro de 2016.

⁴³ KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Tradução de Moisés Nilve. Buenos Aires: Editorial Universitaria, 1960. p. 147-151.

⁴⁴ KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho...* p. 152.

No capítulo VIII da Teoria Pura do Direito, Kelsen discorre sobre o problema da interpretação. Para o autor, toda *norma* deve ser *interpretada* para sua *aplicação*. Existe a interpretação da Constituição, quando se trata de aplicá-la com a finalidade de sancionar leis ordinárias e outras normas diretamente reguladas por ela; existe a interpretação da norma geral, quando se trata de aplicá-la para gerar a norma individual; e existe, por último, a interpretação das normas individuais: sentenças, ordens administrativas, etc. Uma norma superior sempre regula o ato pelo qual a norma inferior será criada. A norma superior pode também determinar o conteúdo de uma norma inferior, mas nunca de forma completa, deixando sempre uma margem – maior ou menor – de livre apreciação, cujo conteúdo cabe a seu aplicador decidir. Assim, ou o autor da norma superior se abstém voluntariamente de determinar certas questões, ou a indeterminação se dá como consequência involuntária do texto da norma, sendo duas as hipóteses: ou as palavras ou as frases por meio das quais a norma se expressa são equívocas, tendo vários significados possíveis, ou há uma discrepância entre o sentido gramatical e a vontade de seu autor.

Em todos os casos de indeterminação, seja voluntária ou involuntária, a norma oferece vários significados possíveis: é uma *moldura*, que limita os significados possíveis, mas não define o correto. A interpretação de uma norma não conduz a uma única solução exclusivamente justa, mas a várias de igual valor jurídico, todas de acordo com a norma por interpretar. O órgão encarregado de aplicar a norma, por outro lado, pode atribuir diferentes valores a essas soluções de acordo com um ponto de vista político ou moral, tendo competência para escolher a que lhe pareça mais apropriada, de tal modo que, entre as diversas interpretações possíveis, somente uma se converterá em direito positivo para o caso concreto. Para o autor, ainda, um critério científico limita-se a indicar as interpretações possíveis de uma norma, sendo a decisão de qual é correta ou justa um ato de *vontade* que incumbe exclusivamente ao órgão competente *para aplicar a norma* superior criando uma norma inferior.⁴⁵

Para Kelsen, ainda, não há lacunas lógicas no direito. Nesse sentido, cada pessoa é livre para agir quando sua conduta não está determinada pelo direito, podendo fazer ou não aquilo que não está obrigada. Assim, o direito seria sempre aplicável e capaz de resolver qualquer litígio. O autor aduz, ainda, que também as

⁴⁵ Tudo em KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho...* p. 163-172.

lacunas técnicas – aquelas em que o legislador teria se omitido ao ditar uma norma indispensável para a aplicação técnica da lei - não existem, sendo, em verdade, tanto as ditas lacunas técnicas quanto as ditas lacunas lógicas situações em que existe diferença entre o direito legislado e o direito desejado, não havendo, entretanto, relevância prática sobre esse tema, uma vez que a Constituição ordena que se aplique o direito legislativo ainda que, em termos de concepção política ou moral, mal concebido.

A premissa de que a solução para o caso concreto não seja prevista pelo legislador, podendo o juiz sub-rogar-se na sua posição, também não caberia, pois, para ele, “toda aplicação de direito se produz inferindo do geral para o particular”⁴⁶. Assim, não seria dado à interpretação colmatar a lacuna, pois a interpretação só pode *extrair* o sentido que já está na norma contida. Para o autor, enfim, a teoria das lacunas tem caráter altamente ideológico (em sentido pejorativo), uma vez que tenta dar as vezes de impossibilidade lógica para uma situação em que se considera a aplicação de uma lei inoportuna por motivos políticos.

Nota-se, pois, que Kelsen afirma que a norma individual tem natureza constitutiva, uma vez que individualiza a norma superior para as partes. A partir da norma geral o juiz *criaria* a norma individual. Contudo, ao individualizar a norma superior, o juiz está, em verdade, a interpretando e recriando. Não obstante, importante foi a contribuição de Kelsen no sentido de compreender a norma geral como uma moldura, que contém diversos significados possíveis, devendo o juiz decidir por um e declará-lo como direito positivo. Embora o autor ainda se paute por uma teoria cognitivista, em que a norma está contida no texto, devendo o juiz aplicá-la, se avança no sentido de reconhecer que não há na lei uma única resposta correta, mas sim vários significados possíveis.

Herbert Hart também contribui para o estudo da interpretação, com a publicação, em 1961, da sua obra *The Concept of Law*. Para Hart, o direito é um sistema formado pela união de regras primárias (regras de comportamento) e regras secundárias (regras que conferem poderes, ou regras que se referem a outras regras)

⁴⁶ KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho...* p. 177.

identificadas como válidas por meio do recurso à regra de reconhecimento - são jurídicas as regras produzidas pelo Estado, produção essa regulada pelo direito.⁴⁷

A contribuição de Hart para a questão aqui tratada reside na introdução da ideia de *textura aberta* do direito, pela qual é identificado um limite para a orientação que a linguagem pode oferecer. Para o autor, a linguagem pode ser mais ou menos clara, havendo, assim, casos em que é fácil identificar a norma e outros em que é difícil, sendo necessária, nestes casos, a interpretação. Nesse sentido, os casos simples são aqueles em que o *reconhecimento* dos termos gerais é automático ou não problemático, pois são familiares, “reaparecem continuamente em contextos semelhantes, a respeito dos quais existe um juízo consensual quanto a sua aplicabilidade”.⁴⁸ Os casos difíceis, por outro lado, são aqueles em que norma é indeterminada, não sendo claro quais são as controvérsias em que elas se aplicam, tendo-se que a escolha de um significado depende da avaliação dos fatos a partir de objetivos sociais:

Quando o caso imprevisto vier efetivamente a ocorrer, confrontaremos o problema em pauta e então poderemos resolvê-lo escolhendo entre os interesses conflitantes da forma que melhor nos satisfizer. Ao fazê-lo, teremos tornado nosso objetivo inicial mais preciso; e teremos, incidentalmente, solucionado uma questão relativa ao sentido de um termo genérico para os efeitos dessa norma.⁴⁹

A solução de casos difíceis, portanto, prevê o exercício da discricionariedade da autoridade encarregada de estabelecer a norma⁵⁰, contendo um ato de *vontade* – e não o conhecimento de uma resposta correta, como se dá nos casos fáceis. Essa discricionariedade, apesar da *textura aberta*, é limitada, pois não é permitido ao julgador desviar-se de um núcleo de sentido estabelecido pela linguagem da norma.⁵¹ Em resposta às críticas de Dworkin e de outros autores à sua obra, Hart elaborou anotações, que foram publicadas como pós-escrito na segunda edição de sua obra, em 1994, após sua morte. Nele, Hart responde especialmente à crítica que Dworkin

⁴⁷ BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 106.

⁴⁸ HART, H. L. A. *The Concept of Law*. 2ª edição. Nova York: Oxford University Press: 1994. p. 126. Publicação original: de 1961.

⁴⁹ HART, H. L. A. *The Concept of Law...* p. 129.

⁵⁰ Essa problemática está presente, para Hart, tanto na lei quanto nos precedentes. Assim, a atividade criadora dos tribunais é análoga a dos funcionários da administração na sua competência de editar atos administrativos para dar concreção a uma determinada lei.

⁵¹ HART, H. L. A. *The Concept of Law...* p. 144.

faz à ideia de que o direito seja algo indeterminado ou incompleto, cujas lacunas seriam preenchidas pelos juízes por meio de sua discricionariedade:

“sempre haverá, em qualquer sistema jurídico, casos não regulamentados juridicamente sobre os quais, em certos momentos, o direito não pode fundamentar uma decisão em nenhum sentido, mostrando-se o direito, portanto, parcialmente indeterminado ou incompleto. Para que possa proferir uma decisão em tais casos, o juiz não deverá declarar-se incompetente nem remeter os pontos não regulamentados ao poder legislativo para que este decida, como outrora defendia Bentham, mas terá de exercer sua *discricionariedade* e *criar* o direito referente àquele caso, em vez de simplesmente aplicar o direito estabelecido já existente. Assim, nesses casos não regulamentados juridicamente, o juiz ao mesmo tempo cria direito novo e aplica o direito estabelecido, o qual simultaneamente lhe outorga o poder de legislar e restringe esse poder.⁵²

É importante observar que o poder de criar o direito que atribuo aos juízes, para habilitá-los a regulamentar os casos que o direito deixa parcialmente não regulamentados, é diferente daquele de um poder legislativo: não só os poderes do juiz estão sujeitos a muitas limitações *que restringem sua escolha*, limitações das quais o poder legislativo pode ser totalmente isento, mas também, como são exercidos apenas para decidir casos específicos, o juiz não pode utilizá-los para introduzir reformas amplas ou novos códigos legais. Assim, seus poderes são *intersticiais*, além de sujeitos a muitas restrições substantivas. Não obstante, haverá aspectos sobre os quais o direito existente não aponta nenhuma decisão como correta; e, para julgar essas causas, o juiz tem de exercer seu poder de criar o direito. Mas não deve fazê-lo arbitrariamente: isso é, deve ser sempre capaz de justificar sua decisão mediante razões gerais, e deve atuar como faria um legislador consciencioso, decidindo de acordo com suas próprias convicções e valores. Mas, desde que satisfaça essas condições, o juiz tem o direito de seguir padrões ou razões que não lhe são impostos pela lei e podem diferir dos utilizados por outros juízes diante de casos difíceis semelhantes.⁵³

Uma ponderação essencial contribui para explicar a resistência à ideia de que os juízes às vezes tanto criam quanto aplicam o direito, e esclarece também as principais características que distinguem a criação judicial do direito, por um lado, da atividade legislativa, por outro. Trata-se da importância que os tribunais caracteristicamente atribuem ao procedimento por analogia ao decidirem casos não regulamentados, visando garantir que o direito que criam, embora *novo*, se harmonize com os princípios ou razões subjacentes reconhecidamente já estabelecidos no direito existente. É verdade que, quando leis ou precedentes específicos se mostram imprecisos, ou quando o direito explícito silencia a respeito, os juízes não deixam de lado seus livros de direito e simplesmente começam a legislar, sem nenhuma orientação ulterior dada pelo direito. Ao decidirem tais casos, citam frequentemente algum princípio geral, ou algum objetivo ou propósito abrangente, que se possa considerar exemplificado ou suprido por uma área conexa do direito existente e que remeta a uma resposta definitiva para o problema em questão.⁵⁴

Hart, portanto, distingue casos fáceis e difíceis a partir da capacidade de determinação da norma quanto ao seu âmbito de aplicação. Apesar de propor que,

⁵² Grifos no original. HART, H. L. A. *The Concept of Law...* p. 272.

⁵³ Grifos no original. HART, H. L. A. *The Concept of Law...* p. 273.

⁵⁴ Grifos no original. HART, H. L. A. *The Concept of Law...* p. 274.

em alguns casos, a norma é clara o suficiente para que a atividade do juiz ao aplicá-la seja somente de conhecimento, entendendo, assim, a norma como algo pronto, sujeita à aplicação pelo juiz por mero silogismo, o autor contribui para o desenvolvimento do tema ao estabelecer a ideia de que o direito tem uma textura aberta, indeterminada, sendo composto por normas cuja vagueza exige que sejam interpretadas, em um ato de decisão, para serem aplicadas.

Giovanni Tarello, por sua vez, apresentou relevante contribuição ao tema em 1980, com a obra *L'interpretazione della Legge*. O autor critica o positivismo jurídico, afirmando que tal ideologia funcionou e funciona como guia de ação, no sentido de tornar cada vez mais restrito o recurso a fontes extralegislativas de direito, sem, no entanto, conseguir ocultar o fato que nem toda vivência social pode ser disciplinada por um conjunto de leis.⁵⁵

Para o autor, a norma não está pronta, dada pelo legislador, contida no texto legal, sendo objeto da interpretação para sua aplicação. A norma é, em verdade, *resultado* da interpretação. O autor afirma, nesse sentido, que a expressão interpretação é utilizada como *atribuição* de significado a um enunciado, que pode ser escrito ou não, sendo a norma jurídica exatamente o significado que, mediante

⁵⁵ O autor enumera razões para tanto. A primeira é a de que nem todos os vocábulos contidos na lei são ou podem ser definidos pela própria lei, sendo a atribuição de significado uma escolha do intérprete e do aplicador baseada em outros elementos extralegislativos, constituindo essa a atividade específica do aplicador do direito. A segunda razão é a de que a elaboração da lei se dá de forma que, ou a lei se refere a fatos concretos, caso em que não dá conta de prever todos os que podem surgir, ou a lei se refere em geral a uma classe de relações, hipótese em que somente por meio da concretização e da interpretação o aplicador poderá decidir se o caso concreto está abarcado por aquela norma ou não. Assim, encarar o direito como um sistema completo ou incompleto é uma escolha ideológica do operador, tomada de forma consciente ou inconsciente, aderindo, por conseguinte, a determinadas técnicas (como o recurso à analogia e aos princípios gerais do ordenamento jurídico ou o recurso à produção extralegislativa do direito). As fontes de direito, em sentido lato, portanto, são não só a ideologia sobre a completude ou a incompletude do ordenamento, mas também as técnicas de extensão e integração da lei. A terceira razão pela qual as leis não disciplinam a totalidade das relações sociais é a possibilidade de conflito entre leis. Para solução de tal situação, foram criados três critérios, quais sejam a hierarquia (norma hierarquicamente superior prevalece sobre inferior), a posterioridade (norma posterior prevalece sobre norma anterior) e a especialidade (norma especial prevalece sobre norma geral). Essa codificação de critérios para resolver o conflito entre leis, contudo, é incompleta e indeterminada, de forma que elementos extralegislativos concorrem para a solução do conflito – sendo também elemento extralegislativo a própria ideologia de que o ordenamento é coerente. A quarta razão é a de que, para qualificar um ato ou um fato, o intérprete utiliza, frequentemente, a combinação de vários segmentos de uma ou de várias leis, de forma que o significado atribuído a esse conjunto é a norma, e a operação completa de segmentar e recompor a lei para chegar a um enunciado e lhe atribuir um significado é chamada de “individualização da norma” aplicável ao caso. Para o autor, pois, também são fontes de direito – lato sensu – as ideologias sobre a completude ou incompletude do ordenamento e as técnicas de extensão ou de integração da lei. Vide TARELLO, Giovanni. *L'interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980. p. 24-32.

interpretação, é atribuído a esse enunciado. Esse significado será descrito também por meio de um enunciado, que será, por sua vez, objeto de interpretação, sendo possível, portanto, interpretação da lei, da decisão judicial, da prática administrativa, entre outras.⁵⁶

Distingue o autor, portanto, a interpretação-atividade da interpretação-produto. A atividade se refere ao fenômeno mental de atribuir um significado a um enunciado. O produto se refere ao resultado de ter havido interpretação, vale dizer, a norma.⁵⁷ Distingue, ainda, a interpretação da aplicação da lei. Quem interpreta não necessariamente aplica a lei; quem aplica a lei necessariamente a interpreta: a interpretação é atividade contida na aplicação. Nesse ponto difere-se de Kelsen e Hart. Kelsen qualifica a aplicação do direito pelos órgãos judiciários como criação do direito e qualifica o produto da aplicação como norma (individual). Assim, a norma é tanto objeto quanto resultado da interpretação-aplicação. Tem-se, portanto, a configuração de um complexo ordenamento jurídico em que a norma é objeto de uma produção contínua e fruto de uma produção sempre criativa, cuja coerência interna é assegurada por uma relação de hierarquia entre as normas, uma vez que a norma hierarquicamente superior delega o poder de criar a norma inferior e outorga validade a esta.

Hart, a seu turno, recorre à teoria de Austin sobre a função operativa da linguagem, segundo a qual um enunciado, mais do que dizer alguma coisa, faz alguma coisa: adscreeve um direito, uma obrigação, um poder, uma permissão. A atividade de interpretação, portanto, diz que determinado direito, obrigação, poder ou permissão é atribuído pela lei a um sujeito; a atividade de aplicação serve a fazer com que um direito seja efetivamente atribuído: o produto da aplicação é o fato de que um direito é atribuído a um sujeito.

Ambas as teorizações põem acento no fato que a atividade do órgão encarregado da aplicação do direito é uma atividade criativa de direito novo e, enquanto atividade criativa, não é reduzível a mero fenômeno intelectual nem a mera

⁵⁶ TARELLO, Giovanni. *L'interpretazione della legge...* p. 9-10.

⁵⁷ Como exemplo de interpretação atividade, o autor sugere o uso do vocábulo interpretação em “a interpretação do direito deve objetivar a não deteriorar a coerência do ordenamento”; e, como exemplo de interpretação produto, o autor sugere o uso do vocábulo interpretação em “a interpretação judicial é suscetível a diversas outras interpretações”. Vide TARELLO, Giovanni. *L'interpretazione della legge...* p. 41.

atribuição de significado. Trataram, por isso, a atividade da interpretação como implicada na atividade de aplicação, sem necessariamente diferenciá-las.

1.2.1.1. O conceito de interpretação

Pode-se, pois, a partir do estudo das doutrinas apontadas, chegar-se a dois conceitos do que significa interpretação. Em um primeiro sentido, “interpretação” é termo empregado para referir-se à atribuição de significado a uma formulação normativa diante de dúvidas ou controvérsias em torno do seu campo de aplicação: somente se requer interpretação quando o seu significado é obscuro, quando é dúbio se ele for ou não aplicável a um dado caso particular. Nesse caso, interpretação significa decisão em torno – somente - de um significado obscuro em situação de dúvida. Não ocorre interpretação quando um texto é claro e não gera dúvidas. Esse modo de usar o termo está fundado em uma ou outra de duas suposições: 1) de que existem dois tipos de formulação normativa, uma com significado claro e incontroverso, outra com significado equívoco, exigindo interpretação somente as formulações do segundo tipo; 2) ou a suposição de que se deve distinguir dois tipos de casos particulares, um em que a norma pacificamente se aplica, outro em que a aplicação da norma se dá a partir de um suporte fático dúbio ou controverso. Os casos do primeiro tipo são “claros” ou “fáceis”, e os do segundo tipo são “dúbios” ou “difíceis”. Somente os últimos requerem interpretação.

Em um segundo sentido, “interpretação” é termo empregado para referir-se a qualquer atribuição de significado a uma formulação normativa, independente de dúvidas ou controvérsias. Nesse sentido, qualquer enunciado, em qualquer situação, requer interpretação. Qualquer decisão em torno do significado de um texto, não importa se claro ou obscuro, constitui interpretação. Mesmo que a atribuição de um significado óbvio, que independe de argumentação, constitui interpretação. Por isso, a interpretação ocorre não só diante de casos difíceis, mas diante de qualquer caso, sendo pressuposto necessário da aplicação. É, portanto, inconveniente designar indiferentemente com o mesmo termo “norma” seja o objeto a ser interpretado (o texto,

o enunciado, o dispositivo), seja o resultado da interpretação (o significado atribuído, a norma).⁵⁸

Veja-se que adotar um ou outro conceito de interpretação comporta aderir a diferentes representações das atividades intelectuais dos juristas. Adotar o primeiro conceito de interpretação significa ignorar a componente volitiva ou decisória nas operações doutrinárias e jurisprudenciais. Sugere, mais do que isso, que somente a atribuição de significado a uma fonte “obscura” requer decisão, enquanto a atribuição de significado a uma fonte “clara” é atividade meramente cognitiva, que consiste em descobrir um significado que já está presente no texto, e não decidir, entre muitos significados possíveis, qual o significado convém àquele dado texto. Além disso, essa concepção sugere uma identificação entre texto e norma. Adotar o segundo conceito, por sua vez, significa destacar que atribuir significado a um texto sempre requer valorações e decisões. Assim, em nenhum caso a interpretação poderá ser tida como uma atividade meramente cognitiva.⁵⁹ Para além disso, distingue-se texto e norma: interpretar é produzir norma. Não há correspondência biunívoca entre disposições e normas: pode haver norma sem texto, várias normas a partir de um texto, uma norma a partir de vários textos. FONTE?

A interpretação, por fim, não se confunde com a aplicação. Seus produtos são os mesmos, trata-se da norma. As atividades, porém, são distintas. Riccardo Guastini é claro em apontar razões: primeiramente, enquanto ao verbo interpretar convém qualquer sujeito, ao verbo aplicar convém somente os sujeitos que designam os órgãos próprias de aplicação, quais sejam juízes e funcionários administrativos. Em segundo lugar, interpretação e aplicação são atividades que se exercem sobre objetos diferentes – a interpretação tem por objeto um enunciado, uma disposição, ao passo que a aplicação tem como objeto normas, entendidas como o significado atribuído. Assim, a aplicação pressupõe a interpretação, tem-na como parte constitutiva. Em terceiro lugar, o termo aplicação, especialmente se referido aos órgãos judiciais, designa um conjunto de operações que incluem, junto à interpretação propriamente dita, quer a qualificação de um caso particular concreto (“Tício comenteu tal delito”),

⁵⁸ GUASTINI, Riccardo. *Dalle Fonti alle Norme*. 2ª ed. Torino: Giappichelli Editore, 1992. p. 105. Existe tradução para o português: *Das Fontes às Normas*. Tradução de Edson Bini. São Paulo, Quartier Latin, 2005.

⁵⁹ GUASTINI, Riccardo. *Dalle Fonti alle Norme...* p.103-104.

quer a decisão de uma controvérsia específica (“Tício deve ser punido mediante tal pena”).⁶⁰

1.2.1.2. As teorias da interpretação: cognitivista, cética e eclética

Tais concepções apresentadas buscam responder à questão de como deve se dar a relação entre juiz-intérprete e o texto da lei. Para Pierluigi Chiassoni, trata-se de um problema de “metodologia jurídica prescritiva”: o código hermenêutico que se assume ou se aspira demonstra uma relação de servidão, de passividade ou de autolimitação do intérprete em relação ao texto interpretado.⁶¹ Pode-se agrupar as respostas dadas em três grandes teorias sobre o que é a interpretação: uma teoria cognitivista ou formalista, uma teoria cética ou realista, e uma teoria intermediária ou eclética.

Para a teoria cognitivista, a interpretação textual é uma atividade puramente cognitiva, que consiste na descoberta do verdadeiro, único e determinado significado da disposição legislativa, e/ou na verificação da verdadeira vontade do legislador – ora como vontade subjetiva, histórico-psicológica do indivíduo que formulou e aprovou a disposição, ora como vontade objetiva, própria da disposição da lei. Nessa perspectiva, a fidelidade do intérprete à lei se apresenta como um ideal completamente realizável⁶², na medida em que os enunciados são discurso descritivo, dos quais se pode verificar a verdade ou a falsidade. Esse modo de ver baseia-se na crença de que as palavras incorporam um significado próprio, intrínseco.⁶³ A teoria pressupõe, ainda, que todo o sistema jurídico é necessariamente completo e coerente, de forma que toda controvérsia recaia sobre uma – e somente uma – norma preexistente, de tal forma que não se distingue texto e norma, nem se admite espaço para discricionariedade judicial.⁶⁴ A teoria pressupõe, portanto, a adoção da teoria da separação dos poderes e a sujeição do juiz à lei. A limitação da jurisdição a uma atividade meramente declaratória traduz-se na compreensão de que as decisões jamais poderiam interessar em termos de posituação jurídica, de acréscimo de dados normativos para o sistema jurídico, uma vez que a única tarefa da jurisdição seria a

⁶⁰ GUASTINI, Riccardo. *Dalle Fonti alle Norme...* p. 107.

⁶¹ CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica...* p. 142.

⁶² CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica...* p. 143.

⁶³ GUASTINI, Riccardo. *Dalle Fonti alle Norme...* p. 108.

⁶⁴ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011. p. 409.

de resolver casos concretos.⁶⁵ Assim, a doutrina do cognitivismo interpretativo alia-se à doutrina do logicismo aplicativo, uma vez que, interpretada a norma, essa deveria ser aplicada ao caso concreto mediante um silogismo judiciário, em que figura como premissa maior a norma, como premissa menor o fato e como conclusão a decisão da causa.⁶⁶ Como já exposto, as terias foram amplamente difundidas na dogmática jurídica positivista do século XIX. Embora esse entendimento não seja mais abertamente defendido, ainda está presente no estilo discursivo e argumentativo de muitas cortes, bem como em muitas instituições do Estado moderno, como a separação dos poderes e o controle de legitimidade dos atos do poder público.⁶⁷

Para a solução cética, a interpretação judicial é uma atividade não puramente cognitivista, mas que também compreende, necessariamente, um ato de vontade, de decisão, mesmo que de forma inconsciente para o intérprete.⁶⁸ Não se trata, portanto, de um ato em que somente se descreve o significado de uma disposição, mas de uma reconstrução, um ato pelo qual se adscrive um significado a uma disposição. É o judiciário, na sua última instância, quem tem autoridade para interpretar e adscrever significados aos textos legislativos, e não há quem possa contradizer sua interpretação.⁶⁹ Esse entendimento é derivado da percepção da linguagem como algo impreciso, na noção de ambiguidade sintática, semântica e pragmática, onde textos equívocos provocam a “textura aberta” ou a “porosidade” dos conceitos.⁷⁰

A interpretação textual pressupõe, nesse sentido, a ampliação da gama de significados concorrentes, em que o intérprete sugere significados levando em consideração o aspecto cultural de tempo e local. Um novo papel, pois, que depende da habilidade do intérprete em combinar diretivas interpretativas, material jurídico, dados de experiência, empenho ideológico. Em uma perspectiva não cognitivista, portanto, o ideal de fidelidade à lei como um conjunto de preceitos preexistentes, com conteúdo completo e unívoco, é um ideal irrealizável. Para Pierluigi Chiassoni, o máximo que se pode realisticamente aspirar seria uma fidelidade ao valor fundamental (aquele que o intérprete assume ser) incorporado no direito positivo – não passiva ou

⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de Processo Civil*, vol. 1... p. 50.

⁶⁶ TARUFFO, Michele. *La Motivazione della Sentenza Civile*. Padova: Cedam, 1975. p. 149-151.

⁶⁷ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare...* 410.

⁶⁸ CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica...* p. 143.

⁶⁹ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare...* p. 412.

⁷⁰ CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica...* p. 144.

mecânica, como considerada pelos cognitivistas, mas “ativa ou dinâmica: uma fidelidade, em outras palavras, que exige constante colaboração do intérprete a um processo nomopoiético que não se exaure na fundamental produção de disposição normativa pelo legislador”.⁷¹

Segundo Riccardo Guastini, duas vertentes dessa teoria podem ser identificadas: uma radical e uma moderada. A teoria cética moderada é aquela como vem descrito esse tópico, em que: a) os textos normativos são geralmente equívocos, suscetíveis de interpretações sincronicamente conflitantes e diacronicamente mutáveis; b) as normas são vagas, podendo sempre haver dúvida sobre qual a hipótese normativa (*fattispecie*) aplicável ao caso; c) um texto normativo admite, de regra, uma pluralidade de interpretações (em abstrato) alternativas igualmente plausíveis, e a escolha entre as interpretações é um ato discricionário; d) a vagueza de uma norma pode ser discricionariamente reduzida (em concreto), seja excluindo do - ou incluindo no - seu campo de aplicação os casos dúbios ou marginais; e) a interpretação pode ser atividade, conforme o caso, cognitiva, decisória ou criativa; f) os enunciados interpretativos cognitivos tem valor de verdade – dos enunciados decisórios, com maior razão ainda se criadores de normas, não se pode dizer verdadeiros ou falsos; g) a interpretação criativa – em última análise, a “construção jurídica” – é fenômeno persuasivo, e constitui (não propriamente interpretação de textos normativos, mas) produção de direito novo; h) a interpretação judicial é, obviamente, decisória (nunca pode ser meramente cognitiva) e, frequentemente, é genuinamente criativa de nova norma.

A teoria radical, por sua vez, tem as mesmas características da moderada, com uma exceção: para ela, os textos normativos não possuem algum significado antes da interpretação. Os significados não preexistem à interpretação; são, na verdade, seu resultado. Os textos, assim, não possuem significados mínimos, de forma que os intérpretes, especialmente os juízes de última instância, são *inteiramente livres* para atribuir ao texto normativo, literalmente, *qualquer* significado. Daí que não existe direito antes da interpretação: os textos normativos não são propriamente direito, mas

⁷¹ CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica...* p. 146.

fonte de direito. Todo o direito é fruto, não de uma colaboração entre legislativo e judiciário, mas exclusivamente do judiciário.⁷²

Para a teoria cética moderada, pois, a interpretação mesclaria atos de conhecimento e de vontade, sendo a atividade do intérprete tanto descritiva quanto adscritiva; já para a teoria cética radical, a interpretação envolveria apenas atos de vontade, sendo a atividade do intérprete sempre adscritiva.⁷³ Humberto Ávila é claro em defender a teoria cética moderada:

Todavia, a constatação de que os sentidos são construídos pelo intérprete no processo de interpretação não deve levar à conclusão de que não há significado algum antes do término desse processo de interpretação. Afirmar que o significado depende do uso não é o mesmo que sustentar que ele só surja com o uso específico e individual. Isso porque há traços de significados mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem.
[...]

Por conseguinte, pode-se afirmar que o intérprete não só constrói, mas *reconstrói* sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso linguístico e construídos na comunidade do discurso. Expressões como “provisória” ou “ampla”, ainda que possuam significações indeterminadas, possuem núcleos de sentido que permitem, ao menos, indicar quais as situações em que certamente não se aplicam: *provisória* não será aquela medida que produz efeitos ininterruptos no tempo; *ampla* não será aquela defesa que não dispõe de todos os instrumentos indispensáveis à sua mínima realização. E assim por diante. Daí se dizer que *interpretar é construir a partir de algo*, por isso significa *reconstruir*: a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos; a duas, porque manipula a linguagem, à qual são incorporados *núcleos de sentidos*, que são, por assim dizer, constituídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual.⁷⁴

A teoria eclética, por fim, encontra solução intermediária, sendo a interpretação ora uma atividade puramente cognitiva, ora uma atividade também volitiva. Riccardo Guastini identifica duas correntes. A primeira e mais influente ressalta a irredutível textura aberta, a saber a vagueza (atual e potencial), a indeterminação, a imprecisão de qualquer disposição jurídica, e identifica que existe, no significado de cada disposição jurídica, um “núcleo” de significado estável e aceito, bem como uma zona de penumbra, de incerteza.

Em consequência, há casos em que se reconhece facilmente como casos que se enquadram no seu campo de aplicação (casos fáceis ou claros), como também há

⁷² GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare...* p. 414.

⁷³ ÁVILA, Humberto. *Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo*. In: Revista Direito Tributário Atual, n. 29. São Paulo: Dialética, 2013.

⁷⁴ Grifos no original. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 52-53. Publicação original em 2003.

casos em que a aplicação da norma é dúbia, discutível, controversa (casos difíceis ou dúbios). Assim, a interpretação é ato de conhecimento quando se trata de decidir a qualificação jurídica de um caso fácil, e ato de vontade quando se trata de decidir a qualificação jurídica de um caso difícil. Diante de um caso fácil, que recai no núcleo de significado aceito (consensual) da formulação normativa, o juiz pode limitar-se a descobrir o significado objetivo; pelo contrário, perante um caso difícil – que não é claramente incluído no campo de aplicação da norma, nem claramente excluído dele – o juiz não tem outra alternativa senão a de decidir discricionariamente o significado.

No sentido utilizado, por significado não se entende um enunciado completo, determinado pela interpretação em abstrato, mas sim um predicado, que se determina mediante interpretação em concreto. A teoria eclética difere-se, pois, da teoria cética, segundo a qual a interpretação é sempre um ato de vontade, já que a interpretação só será um ato de vontade quando, devido à textura aberta, o caso estiver à margem do núcleo claro de significado. Disso se retira, entretanto, que o juiz só terá discricionariedade na decisão de um caso concreto, na decisão dos casos difíceis. Mas não há nenhuma discricionariedade na identificação da norma enquanto tal: a interpretação em abstrato é matéria de conhecimento, não de decisão. Por isso, Riccardo Guastini afirma que essa corrente é, na verdade, uma forma mascarada de cognitivismo.⁷⁵ Essa teoria pode ser identificada com a doutrina, já apresentada, de Herbert Hart.

A segunda corrente da teoria eclética não distingue entre *casos fáceis* e *difíceis*, mas entre *textos* claros e unívocos, de um lado, e *textos* equívocos e obscuros, de outro. Enquanto a primeira corrente sustenta que a discricionariedade interpretativa depende da infinita variedade de controvérsias possíveis, a segunda corrente sustenta que a discricionariedade judicial depende da linguagem da norma jurídica. Um texto pode ser claro, possuindo um significado certo e reconhecível, ou equívoco e obscuro, suscetível de diversas e conflitantes interpretações.⁷⁶ Quando um texto é claro e inequívoco, a interpretação é um ato de conhecimento⁷⁷, quando o texto é obscuro, a interpretação só pode ser um ato de vontade, de escolha entre os significados

⁷⁵ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare...* p. 428.

⁷⁶ Por tudo, GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare...* p. 415-418.

⁷⁷ Muitas vezes a interpretação cognitiva é entendida como ausência de interpretação. Tal entendimento está presente nas máximas *interpretativo cessat in claris* e *in claris non fit interpretativo*, e também na proibição, por parte dos revolucionários, de os juízes interpretarem a lei.

concorrentes. Contudo, essa vertente, apesar de admitir a equivocidade dos textos normativos, admite que essa equivocidade seja elemento objetivo dos textos normativos, dependendo do modo como são formulados, sendo, portanto, contingente.

A equivocidade, entretanto, não é característica objetiva de um texto, eliminável pelo apuramento linguístico de sua redação.⁷⁸ Ela é, em verdade, decorrência: a) da posição assumida pelo intérprete na sociedade diante de um conflito de interesses; b) das inclinações ético-políticas do intérprete (concepções sobre justiça); c) da multiplicidade de conceitos jurídicos de que ele se vale (concepções dogmáticas); e d) dos argumentos interpretativos eleitos (métodos interpretativos), de forma que todos esses fatores interferem na atividade de individualização, valoração e escolha de significados.⁷⁹ A norma, assim, é resultado de um processo que visa a reduzir a equivocidade do texto e concentrar o seu significado. Seu enunciado-produto, portanto, tem necessariamente caráter decisório, não cognitivo.

Por oportuno, decisório não é o mesmo que criativo. Riccardo Guastini, assumindo sua perspectiva de acordo com a teoria cética moderada da interpretação, linha à qual esse trabalho se soma, elabora críticas à teoria cética radical, notadamente defendida por Giovanni Tarello. Segundo esse ponto de vista, se não existe nenhum significado antes da interpretação, a interpretação *cria* uma norma. Tornar-se-ia, porém, impossível distinguir entre interpretação decisória (típica do judiciário) e interpretação criativa. Além disso, a análise da jurisprudência seria irrelevante. Entretanto, é fundamental perceber que os vocábulos possuem sentidos mínimos, consensuais, firmados pelo uso comum da linguagem. A interpretação, portanto, não significa adscrever qualquer significado a um texto normativo, mas atribuir um significado assumido pelo uso linguístico, pelo método interpretativo, pela dogmática existente: um significado circunscrito à moldura. Assim reafirma Guastini:

O núcleo da tese cética é que a interpretação (decisória) é ato discricionário – como diria Kelsen: ato de vontade, não de conhecimento – de modo que as

⁷⁸ Os textos são potencialmente equívocos por várias razões. Entre elas, a ambiguidade (ocorre quando os enunciados apresentam duas ou mais opções de significados), a complexidade (ocorre quando exprimem duas ou mais normas ao mesmo tempo), a implicabilidade (ocorre quando uma norma tem como consequência outra norma), a superabilidade (quando o enunciado está sujeito a exceções implícitas), e a abrangência (é taxatividade ou exemplificatividade do enunciado). Vide GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare...* p. 39-46.

⁷⁹ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare...* p. 46-52.

decisões interpretativas não são nem verdadeiras nem falsas. Mas, para defender essa tese, não há necessidade de sustentar um ponto de vista do ceticismo radical. É suficiente sustentar que os textos normativos são em sua maioria equívocos e sempre vagos: o que parece difícil contestar. Com a precisão que a equivocidade e a vagueza não são (ou nem sempre são) propriedades objetivas do texto, mas fruto da pluralidade de métodos interpretativos, da multiplicidade de teses dogmáticas, etc.⁸⁰

Para além disso, aceitar que o judiciário seria o responsável exclusivo pela criação da norma significa o exato oposto à supremacia da legalidade: a supremacia do judiciário. Ter-se-ia, assim, a anulação de Poder Legislativo, corresponsável pelo exercício na democracia no Estado Constitucional, já que os enunciados normativos por esses formulados não conteriam nenhum sentido. Seria impossível, ainda, para os cidadãos, compreender *qualquer* diretiva de comportamento a partir da lei, sendo necessário, sempre, aguardar a decisão do judiciário sobre determinada questão.

O desenvolvimento da teoria da interpretação, pois, permite superar-se as ideias de supremacia do legislativo e de jurisdição como mera boca da lei. É impossível à jurisdição apenas declarar norma preexistente e aplicá-la mediante raciocínio meramente silogístico. Pelo contrário, a jurisdição, por meio da interpretação e da aplicação do direito colaboram de forma ativa para a *reconstrução* do ordenamento jurídico.

1.2.2. Da legalidade formal pelas regras à legalidade substancial pelas normas

Além de se diferenciar texto e norma, outorgando-se relevo reconstrutivo da ordem jurídica à atividade interpretativa, outras transformações importantes ocorreram na cultura jurídica do século XX, que levaram à superação do Estado Liberal Legislativo, para o Estado de Direito, outorgando-se uma nova face para o princípio da legalidade. De um lado, uma maior preocupação com questões sociais, alterando-se a perspectiva interna da lei; de outro, o entendimento que o direito não tem como fonte exclusiva o Estado. Superando-se a ideia de que a legitimidade da lei provém da autoridade de quem a emana, torna-se necessário resgatar a substância da lei, buscando-se instrumentos capazes de limitá-la e conformá-la aos princípios de justiça, de forma que a lei passa a estar subordinada à Constituição. Surge, ainda, o papel normativo dos princípios, diferenciando-se regra e norma. Vejamos.

⁸⁰ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare...* p. 427.

1.2.2.1. Da lei genérica e abstrata à participação social e à divergência. A pluralidade de fontes do direito.

Como vimos, o Estado Liberal de Direito tinha como fonte exclusiva de direito a lei, cuja generalidade era essência. A generalidade da lei comporta uma “normatividade média”, vale dizer, feita para todos, que serviria como uma garantia ao uso excessivo do próprio poder legislativo⁸¹ e da imparcialidade do Estado perante os cidadãos, evitando-se privilégios. Vinculada a ela está a abstração das leis, que garantiria a estabilidade, a certeza e a previsibilidade do direito.

Nesse quadro, afirma Zagrebelsky que, em geral, se pode constatar um movimento unívoco das forças que geravam a legislação: as forças antagonistas apareciam neutralizadas e não encontravam expressão na lei, e o proletariado e seus movimentos políticos eram mantidos distantes do Estado mediante a limitação do direito de voto. Assim, o monopólio político-legislativo de uma classe social relativamente homogênea determinava por si mesmo as condições da unidade da legislação. Sua coerência vinha assegurada fundamentalmente pela coerência da força política que a expressava, sem necessidade de instrumentos constitucionais *ad hoc*; dita coerência era um pressuposto que a ciência jurídica poderia considerar como uma característica lógica do ordenamento.⁸²

Contudo, a sociedade não é homogênea, formada por “homens livres e iguais” dotados das mesmas necessidades. A lei genérica e universal busca, por meio da igualdade, promover a liberdade, baseando-se na premissa que essa somente será garantida se as pessoas forem tratadas de maneira formalmente igual. Contudo, ignora-se, assim, as desigualdades sociais e promove-se a liberdade apenas de alguns. Nesse sentido, a suposta neutralidade da legislação diante das diferenças sociais e sua consequente apatia somada à pressão de movimentos sociais fez perceber que a igualdade social constitui requisito para a efetivação da própria liberdade – de todas as pessoas. Concluiu-se que a liberdade somente pode ser

⁸¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil...* p. 29.

⁸² ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil...* p. 32.

usufruída pela pessoa que tiver o mínimo de condições materiais, sociais e políticas para ter uma vida digna.

Com efeito, grupos orientados à proteção de determinados setores da sociedade passam a fazer pressão sobre o legislativo, visando à elaboração de leis diferenciadas. A partir dessas, surge o Estado preocupado com questões sociais que impedem a inserção do cidadão na comunidade. As casas legislativas deixam de ser o local de onde é proclamada a “vontade geral do povo” para ser local de divergência, de disputa política e ideológica a respeito da função do Estado. As leis promulgadas, por conseguinte, não têm alguma ambição de plenitude, impessoalidade e coerência: são, na verdade, fruto de disputas, ajustes e compromissos entre poderes sociais em disputa. A maioria legislativa tem composição volátil: maiorias ocasionais alternam-se tão rapidamente quanto alianças políticas são feitas ou desfeitas.

Além disso, mudou também a própria noção de que o direito tem origem somente no Estado. O Estado permitiu um espaço em aberto para que regulações específicas sejam feitas por associações e sindicatos. Nesse sentido, quando se afirma que a lei é fruto do pluralismo de forças sociais, não se nega que a sua fonte de produção seja o Estado, mas, quando se desloca a perspectiva do pluralismo de *formação* da lei para o pluralismo de *fonte* de lei, evidencia-se que o direito não tem mais origem apenas nas instituições estatais.⁸³ Com isso, Zagrebelsky afirma que se enterra outra marca do positivismo clássico, a qual via o direito na lei editada pelo Estado.⁸⁴

Importante observar, por fim, que a própria técnica legislativa também sofreu transformação. Passa-se de uma legislação redigida de forma casuística para uma legislação que mistura a técnica casuística com a técnica aberta. Utilizando a técnica casuística, o legislador redige suas proposições prevendo exatamente os casos que quer disciplinar, particularizando termos, condutas e consequências legais. Utilizada com exclusividade, essa técnica remonta à ideia de completude do direito. No Estado Constitucional, entretanto, superando-se essa ideia, o legislador passa a utilizar também técnica que inclui termos indeterminados, com ou sem previsão jurídica na

⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de Processo Civil*, vol. 1... p. 56.

⁸⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil...* p. 39.

própria proposição legal. Assim, tem-se os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais: os primeiros como espécies normativas cujo suporte fático prevê termo indeterminado e há consequências jurídicas previstas; as segundas, como espécies normativas em que há previsão de termo indeterminado no suporte fático e não há previsão de consequências jurídicas. Essa técnica permite ampliação da moldura de significados possíveis, outorgando maior espaço ao juízo na reconstrução da norma e maior possibilidade de efetividade do direito.⁸⁵ Com a ampliação do poder judicial, é necessário um sistema de precedentes e um aprofundamento dos critérios capazes de garantir o controle das decisões judiciais, matérias que serão analisadas ao longo desse trabalho. Para esse momento, importa que a lei pode ser apenas mais um elemento que colabora para a reconstrução judicial do Direito. “No fundo, isto assinala um novo papel para a codificação na atualidade: abandona-se a plenitude e chega-se à centralidade”⁸⁶.

1.2.2.2. Da forma à substância: a subordinação da lei à Constituição

Uma vez que as leis são resultado de disputas políticas, da coalização eventual de forças de diversos grupos sociais, reconhece-se que, por muitas vezes, ela pode adquirir contornos nebulosos e egoísticos. Assim afirma Zagrebelsky:

La consecuencia es el carácter cada vez más compromisorio del producto legislativo, tanto más en la medida en que la negociación se extienda a fuerzas numerosas y con intereses heterogéneos. Las leyes pactadas, para poder conseguir al acuerdo político y social al que aspiran, son contradictorias, caóticas, oscuras y, sobre todo, expresan la idea de que – para conseguir el acuerdo – todo es susceptible de transacción entre las partes, incluso los más altos valores, los derechos más intangibles.⁸⁷

É necessário, pois, que se submeta a produção normativa a um controle que tome em consideração os princípios de justiça. A própria história tratou de demonstrar que arbitrariedades e discriminações podem ser fruto de leis formalmente perfeitas.

⁸⁵ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 14. Amplamente sobre o assunto, MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 273-348.

⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 153.

⁸⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho...* p. 38.

Por isso, a lei no Estado Constitucional está submetida a uma relação de *adequação*, e, portanto, de *subordinação* a um estrato mais alto de direito estabelecido pela Constituição.⁸⁸

Essa submissão ocorre principalmente nas constituições do segundo pós-guerra. Embora as constituições mantenham a função histórica que detinham no período liberal, de contenção de poder e organização do Estado e dos processos de produção de normas, elas reagem à grande crise política e moral da primeira metade do século XX e às complexas transformações sociais e econômicas de uma sociedade industrializada. Essa reação processa-se com uma mudança radical na estrutura e nas funções assumidas pelas constituições que vêm sendo elaboradas desde 1945.

Em primeiro lugar, assume-se a força normativa da Constituição. Até então, as Constituições eram vistas, nas palavras de Barroso, “como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos”⁸⁹, modelo em que a concretização de suas propostas dependia exclusivamente da vontade do legislador e do administrador. A partir das lições de Konrad Hesse⁹⁰, entretanto, resta reconhecida a força normativa da Constituição, vale dizer, do caráter vinculativo e obrigatório de suas normas.

Além disso, o constitucionalismo que surge desloca o centro de gravidade da soberania parlamentar e da supremacia da lei para um sistema de direitos fundamentais diversificado, abrangente e expansivo, e que incorpora nas constituições valores morais, políticos e sociais que, até meados do século XX, pertenciam ao discurso filosófico dos direitos humanos. Com isso, as constituições rompem o postulado positivista da pureza da ordem jurídica e promovem o reencontro

⁸⁸ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 261 e ss.

⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os Conceitos Fundamentais e a Construção de um Novo Modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 262.

⁹⁰ O autor desenvolve sua obra a partir da crítica à obra de Ferdinand Lassale, para quem a Constituição jurídica não passava “de uma folha de papel”, sem nenhum poder quando de encontro à “Constituição real” de um país. Para Hesse, ambas estão em uma relação de coordenação, entre ser e dever ser, outorgando, assim, significado próprio à Constituição jurídica. A Constituição jurídica, assim, está condicionada pela realidade histórica, mas, graças a seu elemento normativo, também ordena e conforma a realidade política e social. Vide HESSE, Konrad (1919-2005). *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor: 1991. Publicação originalmente sob o título *Die normative Kraft der Verfassung* em 1959.

do Direito com a moral, exatamente por intermédio da positivação dos direitos humanos nos sistemas de direitos fundamentais.⁹¹

Segundo Zagrebelsky, essa transformação do Estado de Direito ao Estado Constitucional não pode ser compreendida como uma continuação do Estado legislativo, de um programa de completa sujeição do Estado ao Direito⁹², pois significa uma profunda transformação que afeta, necessariamente, a própria concepção de direito e de jurisdição.⁹³ O direito, portanto, não é mais exclusivamente a lei emanada pela autoridade estatal, mas possui diversas fontes, todas submetidas à Constituição.⁹⁴ O legislador está vinculado à Constituição, e ao judiciário não cabe mais a mera declaração da vontade da lei, mas compreendê-la e interpretá-la a partir dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, adequando-a e corrigindo-a quando necessário. Se essa correção ou adequação não for possível, cabe ao juiz demonstrar a inconstitucionalidade da lei.⁹⁵

Luigi Ferrajoli afirma que a conotação substancial impressa pelas normas que adscrevem direitos fundamentais – tanto os de liberdade, que impõem proibições, quanto os sociais, que impõem obrigações ao legislador, inclusive contra as vontades contingentes das maiorias – são substanciais, precisamente por serem relativas não à forma, mas à substância ou ao conteúdo das decisões. Por isso, identifica o constitucionalismo – enquanto resultado da positivação de direitos fundamentais como limites e vínculos substanciais à legislação positiva – como uma *segunda revolução na natureza do direito*. A primeira revolução ocorreu com o positivismo jurídico clássico e o princípio da legalidade formal como metanorma de reconhecimento das normas vigentes. A afirmação desse postulado provocou uma mudança radical de paradigma: a separação entre direito e moral, entre validade e justiça, como consequência do caráter totalmente artificial e convencional do direito existente.

⁹¹ MELLO, Cláudio Ari. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 84.

⁹² ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil...* p. 34.

⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de Processo Civil*, vol. 1... p. 58.

⁹⁴ Nesse sentido, FLORES, Alfredo de J. *O monopólio estatal do Direito: um mito da modernidade*. In: ALVAREZ, Alejandro; TEIXEIRA, Anderson V.; FELONIUK, Wagner S. (org.). *Perspectivas do discurso jurídico: argumentação, hermenêutica e cultura*. Porto Alegre: DM, 2015. p. 265-280.

⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de Processo Civil*, vol. 1... p. 59.

A segunda revolução, portanto, significa uma alteração interna do paradigma positivista clássico, ou seja, a afirmação do princípio da legalidade estrita ou substancial: a submissão da lei não só a critérios formais, mas também substanciais, impostos pelos direitos fundamentais.⁹⁶ A este momento, portanto, importa perceber que a Constituição adquiriu relevo no ordenamento normativo, rompendo-se a lógica positivista. O aspecto substancial da Constituição e os direitos fundamentais serão tratados de forma mais específica na segunda parte desse trabalho.

1.2.2.3. A nova concepção de norma. O papel normativo dos princípios.

O estatualismo legalista do Estado Liberal de Direito expressava-se mediante regras, de modo que a norma jurídica era expressão sinônima de regra jurídica. Os princípios não eram tematizados no campo nas normas, pois eram vistos apenas como fundamentos para as normas.⁹⁷ Teorizava-se que a interpretação da norma levaria sempre à declaração de seu significado intrínseco e admitiria apenas uma resposta correta.

Como vimos, ao longo do século XX as normas deixaram de ser objeto da interpretação para serem resultado da interpretação. Mas não só. O próprio conceito de norma jurídica mudou. As normas, que eram sinônimos de regras, hoje são separadas em dois grandes grupos: as normas de primeiro grau, em que se alocam princípios e regras, e as normas de segundo grau, em que os postulados normativos estão inseridos. Os princípios só ingressam na pauta do debate jurídico, reivindicando papel normativo, justamente com as teorias que abordam o papel substantivo da constituição, especialmente com a publicação de dois trabalhos críticos de Ronald Dworkin a Herbert Hart e com a publicação de dois trabalhos de Robert Alexy.⁹⁸

⁹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos Fundamentales. In Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Edição de Antonio de Cabo e Geraldo Pisarello. Madrid: Editorial Trotta, 2001. p. 53.

⁹⁷ ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios... p. 55. O autor identifica as doutrinas de Josef Esser e de Karl Larenz, para quem os princípios são, respectivamente, “fundamentos para que determinado mandamento seja encontrado” e “fundamentos normativos para interpretação e aplicação do direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente, normas de comportamento”.

⁹⁸ São eles: Ronald Dworkin, *The Model of Rules*, 1967; *Taking Rights Seriously*, 1977 (obra que compilou diversos ensaios, entre eles o *The Model of Rules*) e Robert Alexy: Teoria Discursiva do Direito (original: *Zum Begriff des Rechtsprinzips*, 1979); e Teoria dos Direitos Fundamentais (original: *Theorie der Grundrechte*, 1986).

Dworkin define princípios como “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência da justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”.⁹⁹ Os diferencia das regras por uma questão de natureza lógica: as regras são aplicadas à maneira do tudo-ou-nada¹⁰⁰, de forma que, diante de uma colisão entre regras, uma delas será inválida; enquanto os princípios possuem uma dimensão de peso¹⁰¹ e não determinam absolutamente a decisão, de forma que, diante de uma colisão, o princípio com peso relativo maior se sobrepõe ao outro, sem que esse perca sua validade.

Para Alexy, entretanto, os princípios constituem uma espécie de norma jurídica por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas. Os princípios somente podem ser concretizados diante do caso concreto e, em caso de conflito entre princípios, a solução se dá por meio de ponderação entre eles, recebendo um deles prevalência. Assim, os princípios possuem dimensão de peso e não determinam as consequências normativas de forma direta. As regras, pelo contrário, quando válidas, determinam exatamente o que se deve fazer, nem mais, nem menos e, em caso de conflito, ou deve ser introduzida em uma das regras uma cláusula de exceção, ou se declara uma das regras inválida.¹⁰²

Humberto Ávila, então, propõe uma nova tipologia das normas, à qual este trabalho se alinha. Para o autor, as normas podem ser de primeiro grau, que têm por objeto o comportamento humano, sendo elas princípios e regras; ou normas de segundo grau, que têm por objeto outras regras, quais sejam, os postulados, que podem ser hermenêuticos, se destinados à compreensão geral do Direito, ou aplicativos, cuja função é estruturar a aplicação correta de uma norma.

Ainda, define princípios como normas imediatamente finalísticas (pois promovem um estado ideal de coisas), primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência (pois abrangem apenas uma parte dos aspectos

⁹⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 36.

¹⁰⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério...* p. 39.

¹⁰¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério...* p. 42.

¹⁰² Por tudo, ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Carlos Bernal Pulido. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2007. p. 63-71. Publicação original: *Theorie der Grundrechte*, 1986.

relevantes para uma tomada de decisão e não têm a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir para a tomada de decisão), para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. As regras, por sua vez, são definidas como normas imediatamente descritivas (pois descrevem a conduta exigida), primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência (pois pretendem abranger todos os aspectos relevantes para uma tomada de decisão e gerar uma solução específica para a questão), para cuja aplicação se exige avaliação de correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os postulados normativos, por sua vez, são normas imediatamente metódicas, ou metanormas, que estruturam a interpretação e a aplicação de princípios e regras mediante a exigência, mais ou menos específica, de relações entre elementos com base em critérios.¹⁰³

O reconhecimento dos princípios como espécie normativa também implica, pois, ruptura com o positivismo, na medida em que a jurisdição tem o dever, agora, de promover gradualmente um estado ideal de coisas. São evidentemente ampliados os poderes e responsabilidades da jurisdição, que não deve mais somente aplicar as exatas consequências previstas em uma regra quando subsumida aos fatos.

Além disso, a normatividade dos princípios expressa o respeito à pluralidade. Uma vez que os princípios expressam, na teoria que adotamos, as concepções e os valores de um ambiente cultural¹⁰⁴, à medida que a sociedade muda, os princípios também devem ser redimensionados na mesma intensidade e velocidade, afinal, eles só adquirem substantividade a partir do seu contato com a realidade. Daí se depreende que um princípio não pode prevalecer em absoluto sobre outro em perspectiva abstrata, bem como sua interpretação e aplicação, em concreto, deve

¹⁰³ Por tudo, ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios...* PÁGINA?

¹⁰⁴ Observa-se que princípios se diferenciam de valores. Humberto Ávila afirma que “os princípios jurídicos não se identificam com valores, na medida em que eles não determinam o que deve ser, mas o que é melhor. Da mesma forma, no caso de uma colisão entre valores, a solução não determina o que é devido, apenas indica o que é melhor. Em vez do caráter deontológico dos princípios, os valores possuem tão-só o axiológico.” Vide ÁVILA, Humberto. *A Distinção entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Renovar: jan./mar. 1999. 151-179.

estar norteada por ideais de participação democrática e efetiva no processo judicial, como ocorre com qualquer norma.

1.2.3. Da separação de poderes à separação de funções. Colaboração entre legislativo e judiciário na produção da norma.

O princípio da separação de poderes ainda está presente no Estado Constitucional, sendo inclusive cláusula pétrea da Constituição brasileira, o que não significa que não tenha mudado de feição do seu desenvolvimento no Estado Liberal até então. A separação de poderes, no Estado liberal, era tida como completa independência entre os órgãos, cumprindo a cada um deles uma função e limitados a essa. Assim seria possível que houvesse controle recíproco entre os ramos do Estado, e o manejo da máquina pública nunca estaria nas mãos de um só grupo.¹⁰⁵ Para Vile, são quatro os elementos de uma teoria pura da separação de poderes: 1) o estabelecimento de uma divisão que distribui os elementos constitutivos do Estado em três categorias – legislativa, executiva e judicial; 2) a existência de três funções específicas – independentes da repartição do exercício do poder: a legislativa, a executiva e a judicial, no que se enquadram todas as ações do Estado; 3) a separação de pessoas, garantindo-se que as funções estejam distribuídas para diferentes pessoas, de forma a não serem cumuladas; e 4) o equilíbrio e o controle recíproco entre os ramos do Estado, na medida em que cada um se limite ao exercício da função que lhe cabe.¹⁰⁶

Uma teoria pura da separação de poderes, pois, estabelece uma estruturação institucional a partir da classificação das funções, em uma crença – afastada da realidade – de que cada órgão exerceria exclusivamente uma função. Além disso, um Estado assim conformado não é capaz de cumprir seu objetivo de tutelar a liberdade. Como indica Vile, a preocupação em evitar que o Estado interfira nas liberdades individuais leva à adoção de medidas que o debilitam a ponto de torna-lo incapaz de proporcionar as condições sociais e econômicas básicas para que todo indivíduo possa exercer livremente seu poder de decisão.¹⁰⁷

¹⁰⁵ VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the Separation of Powers*. 2ª ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998. p. 14. Publicação original: Oxford University Press, 1967.

¹⁰⁶ VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the Separation of Powers...* p. 15-20.

¹⁰⁷ VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the Separation of Powers...* p. 15.

No Estado Constitucional, entretanto, a separação de poderes é vista não só como divisão, controle e limite do poder, em uma dimensão negativa, mas também como constitucionalização, ordenação e organização do poder do Estado tendente a decisões funcionalmente eficazes e materialmente justas. Assim, o princípio da separação de poderes enquanto limite de poder assegura uma medida jurídica ao poder do Estado e, conseqüentemente, serve para garantir e proteger a esfera jurídico-subjetiva dos indivíduos, ao passo que sua atuação como princípio positivo assegura uma justa e adequada ordenação das funções do Estado, intervindo como esquema relacional de competências, tarefas, funções e responsabilidades dos órgãos constitucionais.

Nessa perspectiva, separação de poderes significa responsabilidade pelo exercício de poder, significa uma separação funcional dos órgãos constitucionais.¹⁰⁸ A partir de uma estrutura constitucional com funções, competências e legitimação dos órgãos, claramente fixada, obtém-se um controle recíproco de poder e uma organização jurídica de limites dos órgãos de poder.

Essa compartimentação de funções não coincide com uma rígida separação orgânica. Nota-se, como exemplo, que o legislativo e o judiciário exercem poderes administrativos, o executivo exerce funções legislativas. Segundo Canotilho “o que importa num Estado Constitucional de Direito não será tanto saber se o legislador, o governo ou o juiz fazem são actos legislativos, executivos ou jurisdicionais, mas se o que eles fazem *pode ser feito* e se é feito de *forma legítima*”¹⁰⁹. Só se fala em ruptura da divisão de poderes quando o núcleo essencial dos limites de competência, constitucionalmente fixado, é objeto de violação.

A verificação se ocorre, ou não, um exercício indevido do poder só pode se dar, portanto, mediante a análise da organização institucional traçada pela Constituição de cada Estado. Daí a afirmação de Luís Roberto Barroso de que a divisão de poderes não é natural, reduzindo-se, sob o ângulo jurídico, “a uma questão de direito positivo, o que equivale dizer que o constituinte, sem nenhuma limitação que não as

¹⁰⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 246.

¹⁰⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...* p. 247.

decorrentes do próprio sistema que deseje implantar, pode dispor livremente sobre o raio de competência dos órgãos que institui”¹¹⁰.

Conforme Conrado Hübner Mendes, ainda, o desenho institucional traçado pela Constituição não é fixo, mas dinâmico, sendo movido pelo tempo e pela cultura, ao que a interação entre os órgãos põe em relevo a legitimidade de cada um deles – a cada momento um gozará de maior legitimidade para tomar as grandes decisões.¹¹¹ O que significa não que a atividade de construção normativa será função exclusiva de um ou outro órgão, mas que a liberdade de atuação do judiciário será maior ou menor conforme a legitimidade que a sociedade, em determinada cultura política, lhe outorgar – tema que trataremos no último capítulo deste trabalho.

O que, nesse momento, há de ser claramente dito é que, diante da divisão funcional do poder e da evolução da teoria das normas e da teoria da interpretação, não há mais espaço para qualquer afirmação no sentido de que o legislativo *cria* a lei e o judiciário a *aplica*, a partir de um desenho puro de separação de poderes. O que existe, na verdade, é uma colaboração entre legislativo e judiciário para a criação da norma¹¹², ambos submetidos à Constituição. É a Constituição, com efeito, que delega competência ao legislativo – a chamada liberdade de conformação do legislador – para concretizá-la por meio da proposição de dispositivos ou textos legais, cujo conteúdo será interpretado e aplicado pelo judiciário, adscrevendo significado de acordo com a Constituição e dentro do limite proposto pelo legislador.

Por meio da colaboração de ambos os poderes, com atenção à Constituição, portanto, tem-se a criação do Direito com origem estatal. Não cabe mais, assim, a alegação de que o judiciário não faz parte da elaboração da norma. Ele faz. Uma maior ou menor liberdade para o exercício de suas funções, contudo, dependerá de legitimação popular – da consonância das decisões da Corte com a realidade social de uma determinada cultura política, o que se verifica por meio da justificação das decisões judiciais. Sobre isso, nos deteremos no capítulo final desse trabalho.

¹¹⁰ BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 169.

¹¹¹ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 183-186.

¹¹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil, Vol. 1...* p. 116.

O que esse capítulo intentou apresentar, portanto, foi que a passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional representou mudança cultural e doutrinária que não mais permite a supremacia da legislação. A Constituição assumiu papel de destaque, promovendo a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a igualdade. Com isso, um novo conceito de Direito surgiu, e novas funções são outorgadas aos poderes. A jurisdição, assim, trabalha de forma colaborativa com o legislativo, em compromisso com a promoção dos direitos fundamentais.

O Direito não é – nem nunca foi, apesar de terem lhe vestido essa roupagem – meramente descrito ou revelado, mas reconstruído a partir de núcleos de significados de dispositivos normativos que, por sua vez, precisam ser conectados com elementos factuais no processo de aplicação. O material normativo, por consequência, não é totalmente, mas parcialmente dado. “Como decorrência disso, a segurança jurídica deixa de ser uma exigência de simples conhecimento de conteúdo total e previamente dado, para passar a ser um dever de reconstrução e de aplicação de sentidos normativos de acordo com regras de argumentação e de postulados hermenêuticos e aplicativos.”¹¹³ Tem-se, pois, que o direito é um resultado interpretativo.

2. E O BRASIL, EM QUE SÉCULO ESTAMOS? A FUNÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: DO CONTROLE À INTERPRETAÇÃO. A EFICÁCIA DE SUAS DECISÕES: O PRECEDENTE NORMATIVO.

O primeiro capítulo desse trabalho buscou abstratamente demonstrar as profundas transformações pela qual o conceito de direito passou, ao longo do século XX, nos países de *civil law*. Com isso, uma pergunta naturalmente nos ocorre: onde está o Brasil nessa mudança de paradigma? Passamos, portanto, a analisar e situar, brevemente, o Direito brasileiro, a fim de que possamos reconhecer o modelo que conceitua as nossas cortes de vértice e estabelecer quais são nossas premissas para responder às perguntas centrais desse trabalho: pode ou não o Supremo Tribunal Federal decidir questões que versem sobre direitos fundamentais diante de omissão

¹¹³ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2ª. Ed. São Paulo: Malheiros Editores: 2012. p. 144.

legislativa sobre a matéria em discussão? Quais são os limites impostos à sua atuação?

Trata-se, portanto, de maneira mais relevante, perceber a influência da “Era dos Códigos” no Direito Brasileiro. Hermes Zaneti Jr. entende que essa era se caracterizou por “um sistema de tipo fechado, com clara pretensão de exclusividade, unidade e completude”, e que essa trajetória influenciou grande parte dos juristas brasileiros do século XIX, e, mais próxima e determinadamente, dos juristas da modernidade brasileira, de forma que a maior manifestação da potência do direito enquanto lei se manifestou no Código de Processo Civil de 1973.¹¹⁴ Vejamos que o próprio art. 126 do Código em questão é uma espécie de reprodução do art. 4º do Código de Napoleão: “*O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito*”.

Pode-se afirmar, a partir da sua leitura isolada, que o texto contido no dispositivo parte do pressuposto que a lacuna ou a obscuridade na lei são apenas exceções, e que o Código tem base na ideia de completude do Direito. Por outro lado, pode-se também analisar que a proposição evidencia a existência de lacunas no Código, de forma que é uma ordem ao juiz para que interprete o texto legal para julgar a causa. Tratam-se de interpretações possíveis, e a escolha, entre elas, depende de interpretação sistemática do Direito e da cultura.¹¹⁵ Nota-se que a primeira opção revela uma escolha pelo Direito na sua concepção legalista, de pretensão de exclusividade das regras e da plenitude lógica dos seus conteúdos, enquanto a segunda revela uma escolha pelo Direito na sua concepção indeterminada.

A tradição brasileira ergueu-se sobre o conceito com base legalista, embora venha, recentemente, afastando-se paulatinamente desse modelo. Desse modo,

¹¹⁴ ZANETI JR., Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes. O modelo garantista (MG) e a redução da discricionariedade judicial. Uma teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015. p. 96-98.

¹¹⁵ O Código de Processo Civil de 2015 tem previsão semelhante ao art. 126 do Código de Processo Civil de 1973. Trata-se do art. 140: “*O juiz não se exime de decidir sob alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei*”. A interpretação que será dada a esse artigo, a partir da vigência do novo código, refletirá sobremaneira o entendimento acerca do que se entende por Direito e de qual deva ser a função do juiz.

podemos agrupar os teóricos em três grandes grupos: aquele que acredita que a interpretação *declara* a norma, um outro que sustenta que a interpretação está em *extrair* a norma do texto, e aquele em que a atividade de interpretação consiste em adscrever significados ao texto, cujo resultado é a norma.

O primeiro autor brasileiro a se debruçar sobre o estudo da norma e da interpretação foi Francisco de Paula Batista. Sua obra *Compêndio de Hermenêutica Jurídica* foi publicada em 1860, e a terceira edição, revista e ampliada pelo autor, data de 1872. Suas ideias alinham-se às teorias do século XIX de interpretação como declaração. Para o autor, hermenêutica jurídica é o sistema de regras para interpretação das leis, cuja importância reside na exigência do interesse público em que as leis tenham aplicação fiel ao pensamento do legislador. Nesse sentido, a interpretação é “a exposição do verdadeiro sentido de uma lei obscura por defeitos de sua redação, ou duvidosa com relação aos fatos ocorrentes ou silenciosa. Por conseguinte, não tem lugar sempre que a lei, em relação aos fatos sujeitos ao seu domínio, é clara e precisa”.¹¹⁶

Ainda entendendo interpretação como declaração, Carlos Maximiliano diverge de Paula Batista por entender que não existem leis claras *a priori*, em obra publicada em 1924. Uma vez que as regras seriam sempre abstratas, a interpretação seria passo permanentemente necessário para posterior aplicação. Para o autor, portanto, tarefa preliminar à aplicação do direito é “descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva; e, logo depois, o respectivo alcance, e a sua extensão”¹¹⁷. Muito embora entenda que não existem leis claras e perceba a necessidade de interpretação, para o autor essa é uma atividade declaratória:

Todo ato jurídico, ou lei positiva consta de duas partes – o sentido íntimo e a expressão visível. Partir desta para descobrir aquêle, através dos vocábulos atingir a idéia, fazer passar pela própria consciência a norma concreta, compreender o texto em seu significado e alcance; em uma palavra, subjetivar a regra objetiva: eis a operação mental que o intérprete realiza.

Força é assimilar bem as disposições do Direito: o que o jurista procura conseguir para recompor a ciência sob formas novas; o magistrado, para decidir os litígios; o cidadão, para regular a própria conduta. Trata-se de um trabalho intelectual, às vezes muito simples, porém revestido sempre de

¹¹⁶ PAULA BATISTA, Francisco de. *Compêndio de Hermenêutica Jurídica*. São Paulo: Editora Saraiva, 1984. p. 3-4. Publicação original em 1860.

¹¹⁷ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 5ª ed. Livraria Freitas Bastos S.A., 1951. p. 13. Publicação original de 1924.

cunho científico: procurar reconhecer a norma em sua verdade, a fim de aplica-la, com acêrto, à vida real.¹¹⁸

Para o autor, ainda, o direito é “elaboração espontânea da consciência jurídica nacional, fenômeno da psicologia coletiva, um dos produtos espirituais da coletividade”.¹¹⁹ O legislador, assim, apenas seria um tradutor do pensar e sentir alheios, e o intérprete seria incumbido de *revelar* o direito “reduzindo-o a uma forma visível, apreciável, concreta”¹²⁰.

Mais de um século após a publicação da obra de Paulo Batista, quem atenta aos seus ensinamentos é Alfredo Buzaid, autor do Código de Processo Civil de 1973, conhecido como “Código Buzaid”. Em apresentação à obra de Paula Batista, republicada em 1984 na coleção Clássicos do Direito Brasileiro, Alfredo Buzaid defende:

A hermenêutica jurídica é um método de interpretação, tendo por escopo determinar o sentido real da lei. Esta operação, eminentemente lógica, ora é acadêmica e especulativa, como ocorre nos livros de comentários, ora tem finalidade prática, quando se trata de aplicar o direito ao caso concreto. Os autores, que escrevem obra sistemática, ou fazem análise, artigo por artigo, de uma lei, são os intérpretes que a explicam, que lhe expressam o sentido e que lhe constroem o pensamento. A sua missão é esclarecer o que a lei ordena ou proíbe, definir sua inteligência, elucidar de modo claro e preciso o seu conteúdo.

Todos que aplicam a lei têm necessidade de interpretá-la corretamente. Assim procedem os órgãos do Poder Executivo e do Poder Legislativo. Mas avulta de importância o problema, quando os órgãos do Poder Judiciário aplicam a lei aos casos concretos. Esta função, que o magistrado exerce no processo, não consiste em tornar *concreta* uma vontade *abstrata* da lei relativamente à causa que lhe é submetida; mas, sim, de atuar a vontade da lei, que se concretizou no momento em que lhe ocorre a incerteza, a ameaça ou a violação. A causa abrange, em verdade, duas ordens de questões: uma sobre o exame da lei como vontade abstrata (questão de direito) e outra sobre o exame dos fatos que transformam em concreta a vontade da lei (questão de fato).¹²¹

Entendendo, portanto, a interpretação como atividade a declarar a vontade objetiva da lei, Alfredo Buzaid reconhece a possibilidade de interpretação evolutiva do Direito, e descarta a lei como vontade subjetiva do legislador. Para o autor, a interpretação “apóia-se sobre dois cânones: a *ratio legis* é objetiva (não aquela *subjetiva* do criador da lei) e é *atual* (não aquela histórica do tempo em que a lei foi

¹¹⁸ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito...* p. 29.

¹¹⁹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito...* p. 34.

¹²⁰ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito...* p. 36.

¹²¹ BUZAID, Alfredo. *Apresentação à obra Compêndio de Hermenêutica Jurídica*. In PAULA BATISTA, Francisco de. *Compêndio de Hermenêutica Jurídica*. São Paulo: Editora Saraiva, 1984.

feita)¹²². Consequentemente, o *fundamento racional* da lei deveria ser aplicado ao caso concreto, interpretado à luz dos conceitos contemporâneos.

Outra corrente da doutrina brasileira é aquela que vê a interpretação como atividade para *extrair* a norma contida no texto, uma forma tímida de declaração. Nesse grupo, podemos inserir Miguel Reale e Tércio Sampaio Ferraz Júnior.

Miguel Reale publica em 1973 sua obra *Lições Preliminares de Direito*. Afirma o autor que as regras possuem “uma certa elasticidade semântica”. Dessa forma, o juiz deve atualizar “o sentido possível” da lei, ajustando-a às circunstâncias e contingências do momento”. Tem-se, pois, uma “função reveladora do Direito, exercida pela jurisprudência”.¹²³ Nesse sentido, o autor coloca como primeiro dever do intérprete o de

analisar o dispositivo legal para captar seu pleno valor expressional. A lei é uma declaração da vontade do legislador e, portanto, deve ser reproduzida com exatidão e fidelidade. Para isto, muitas vezes é necessário indagar do exato sentido de um vocábulo ou do valor das proposições do ponto de vista sintático.

(...) Toda lei tem um significado e um alcance que não são dados pelo arbítrio imaginoso do intérprete, mas são, ao contrário, revelados pelo exame imparcial do texto.¹²⁴

O autor identifica, assim, a necessidade de reconhecer que o processo interpretativo “representa uma *forma de captação* do valor das partes [do texto] *inserido na estrutura da lei*, por sua vez inseparável da estrutura do sistema e do ordenamento”¹²⁵.

Quatro anos mais tarde, em 1977, Tércio Sampaio Ferraz Júnior publica a obra *A Ciência do Direito*, onde aborda a norma como objeto da ciência do Direito. O autor entende a superação da Teoria Imperativista, que vê a norma como vontade, mas não chega a conceituá-la: apenas a define como “gênero ao qual pertenceriam as espécies de lei, regulamento, decreto, sentença, etc”¹²⁶, evidenciando certa confusão entre texto e norma. Entende, assim, que toda norma “pelo simples fato de ser posta, é

¹²² BUZAID, Alfredo. *Apresentação à obra Compêndio de Hermenêutica Jurídica...*

¹²³ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 170. Publicação original de 1973.

¹²⁴ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito...* p. 279.

¹²⁵ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito...* p. 290.

¹²⁶ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 1980. p. 57.

passível de interpretação”¹²⁷, vale dizer, para se extrair a norma do texto é preciso interpretá-lo. Para ele, a interpretação é composta por dois atos: um que dá à norma seu sentido, e outro que tenta *captá-lo*¹²⁸. Por isso, estabelece a liberdade do intérprete para escolha das múltiplas vias possíveis como pressuposto básico da hermenêutica: “não apenas estamos obrigados a interpretar (não há norma sem sentido, nem sentido sem interpretação), como também deve haver uma interpretação e um sentido que preponderem e ponham um fim (prático) à cadeia das múltiplas possibilidades interpretativas”.¹²⁹

Muito embora Tércio Sampaio Ferraz Jr. já reconhecesse a componente decisória no processo de interpretação, somente anos mais tarde, com as obras de Eros Roberto Grau e Humberto Ávila ficam claras as diferenças entre texto e norma e a função da interpretação.

Eros Roberto Grau lança em 2002 sua obra *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. O autor revoluciona o tratamento do assunto no Brasil ao afirmar explicitamente que a interpretação é atividade constitutiva que transforma texto em norma.¹³⁰ Entende, contudo, que interpretação e aplicação são uma só operação, porque se interpreta o direito para aplicá-lo, de forma que a compreensão dos fatos influencia determinadamente a produção da norma aplicável ao caso.¹³¹

Diferencia o autor, assim, norma jurídica e norma da decisão: a primeira é produzida a partir do texto e dos fatos para ser aplicada ao caso concreto, aplicação que se dá mediante a formulação de uma decisão judicial, que expressa a norma da decisão. Tem-se, portanto, que as normas de decisão são definidas a partir das normas jurídicas – e, mais que isso, somente o juiz está autorizado à produção de normas de decisão. Muito embora o autor não tenha aprimorado conceitualmente¹³²

¹²⁷ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito...* p. 68.

¹²⁸ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito...* p. 72.

¹²⁹ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito...* p. 73.

¹³⁰ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 25. Publicação original em 2002.

¹³¹ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito...* p. 24.

¹³² Para o autor, “a separação em duas etapas – de interpretação e aplicação – decorre da equivocada concepção da primeira como mera operação de subsunção” (p. 31). Temos, entretanto, visão diferente, que segue os autores da Escola de Gênova apresentada supra. Como visto (1.2.1.1.), entendemos por aplicação *latu sensu* atividade que engloba as atividades de interpretação e aplicação. A interpretação

as atividades de interpretação e aplicação, diferenciando-as, o seu entendimento tem a mesma base de solução para o problema que defendemos nesse trabalho: interpretação e aplicação são atividades que partem do texto e dos fatos para (re)construir a norma aplicável ao caso concreto.¹³³

Em 2003, enfim, Humberto Ávila publica sua obra *Teoria dos Princípios*. A partir das mesmas bases de Eros Roberto Grau, sua obra é conceitualmente mais aprimorada. O autor distingue textos e normas, afirmando que as normas são “os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado”¹³⁴. Desvincula, ainda, o texto dos seus sentidos, afirmando não haver correspondência biunívoca entre dispositivo e norma. Nesse sentido, o autor conclui que “o intérprete não só constrói, mas *reconstrói* sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso linguístico e construídos na comunidade do discurso”.¹³⁵

Com efeito, a doutrina brasileira, embora mais recentemente esteja reavaliando seus conceitos, ela ainda está, em sua maioria, apegada ao conceito de Direito elaborado no século XIX. Na elaboração do Código de Processo Civil de 1973, direcionamos o olhar não para as transformações que vinham ocorrendo na Europa, mas para seu passado. Paulatinamente, incorporamos algumas mudanças, como a possibilidade de redação legislativa por meio de técnica aberta e o julgamento a partir de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados daí advindos, mas isso não

tem como objeto texto e como resultado norma, enquanto a aplicação tem como objeto uma norma e como resultado outra norma. Os fatos são analisados no momento da aplicação.

¹³³ Eros Roberto Grau, muito embora afirme ao longo de sua obra que o texto é uma moldura que limita a atividade constitutiva do juiz, utiliza o vocábulo “criação” da norma. Mesmo na versão reformulada dessa obra, publicada sob o título *Por que tenho medo dos juízes*, o autor afirma: “os juízes completam o trabalho do autor do texto normativo. A finalização desse trabalho é necessária em razão do próprio caráter da interpretação, que se expressa na produção de *um novo texto (a norma)* a partir de *um primeiro texto (a Constituição, uma lei, um regulamento ou um regimento)*. Em outros termos: os juízes *produzem* direito em consequência do processo de interpretação. A interpretação é transformação de uma expressão (o *texto*) em outra (a *norma*). Nesse sentido, o juiz *produz* direito (isto é, a *norma*).” E segue: “Daí seu papel *criador*. Mas ele *cria* (= produz) a norma não a partir do nada, e sim, inicialmente, dos textos”. Grifos no original. Vide: GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 6ª ed refundida do *Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 25-26.

¹³⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios...* p. 50.

¹³⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios...* p. 53.

indica uma mudança substancial na forma de entender o Direito, de forma que muitos outros entraves ainda são colocados à sua devida interpretação e aplicação.¹³⁶

Ainda hoje, nas legislações mais modernas e na sua interpretação, percebe-se uma ideologia formalista, buscando na letra da lei solução absoluta e exclusiva para as demandas jurídicas. Há uma ideia ainda arraigada, que se disfarça dentre o discurso mais moderno a respeito das normas e da interpretação, que entende, no fundo, que a lei é a fonte primária e absoluta de Direito e que, para que se possa verdadeiramente exigir um comportamento, ele tenha de estar previsto em lei. É o que se pode denotar da Código de Processo Civil aprovado em 2015 – e o utilizamos como exemplo não só por ser recente, mas também por ter sido o dito “código democrático”, amplamente debatido por diversos juristas, com longo tempo de elaboração.

O novo código inseriu artigos como o 489, em que prevê um rol de hipóteses em que não há fundamentação, o que manifesta que ainda existe entre nós a ideia de legislação como única fonte suficiente e vinculante. A ideia que perfaz a inclusão desse artigo no Código é a de que, se antes os juízes não fundamentavam suas decisões, agora o farão, pois estão vinculados à lei. O que está nas entrelinhas é de que os direitos fundamentais constitucionais – do processo justo, do contraditório, da fundamentação das decisões – não são suficientes para vincular o juiz a cumprir seu dever de motivar as decisões. Isso significa que a doutrina brasileira, em sua maioria, está ainda, quando muito, no início do século XX, e não incorporou definitivamente os avanços da teoria do Direito. O que se tem por consequência é mais grave do que simplesmente não entender o que é uma norma ou o que é a interpretação: a consequência mais grave é a negativa de tutela aos direitos dos indivíduos por parte do Poder Judiciário brasileiro, apoiado em uma doutrina conivente com tal situação.

A situação se agrava ainda mais quando percebemos que uma decisão judicial possui duas dimensões, a do caso concreto e a da ordem jurídica. Por isso, enquanto boa parte da doutrina brasileira insiste em ignorar os estudos do último século, não só os direitos das partes são desrespeitados, mas evitamos que se promova a determinação do direito, por meio de sua reconstrução interpretativa e dos precedentes, o que faz com que a afronta aos direitos seja não só aos das partes,

¹³⁶ Vide MITIDIERO, Daniel. *O Processualismo e a Formação do Código Buzaid*. In *Revista de Processo*. n. 183, ano 35. São Paulo: Ed. RT, maio/2010.

mas aos de toda a população. O poder judiciário, assim, deve preocupar-se, no momento da decisão da causa, não só com o caso concreto, mas também com a repercussão social da decisão.¹³⁷

Por isso, o estudo das transformações sofridas no último século deve estar acompanhado de uma reforma da justiça civil, reorganizando-se a estrutura do judiciário brasileiro a partir de uma revisão da função das cortes. É necessário que se partilhe a tutela dos direitos em dois níveis judiciários distintos, correspondentes às duas dimensões da tutela dos direitos. Melvin Eisenberg reconhece duas funções às cortes: resolver controvérsias e enriquecer o estoque de normas jurídicas¹³⁸. Daniel Mitidiero, no mesmo sentido, afina o discurso: “*prolatar decisões justas – e efetivá-las adequadamente, em sendo o caso – e dar unidade ao direito mediante a formação de precedentes*”¹³⁹.

O ideal é que apenas determinadas cortes sejam vocacionadas à prolação de uma decisão justa e que outras cuidem somente da formação de precedentes – vale dizer, que haja uma cisão entre Cortes de Justiça e Cortes de Precedentes.¹⁴⁰ Para Daniel Mitidiero, um sistema que adequadamente distribui as tarefas entre as cortes que integram a Justiça Civil é aquele em que os órgãos judiciais ordinários cuidam da produção de decisões justas, enquanto órgãos jurisdicionais extraordinários cuidam da promoção da unidade do direito diante da formação de precedentes.¹⁴¹

Trata-se de pensar, portanto, um modelo de organização judiciária que melhor adeque a função de seus órgãos às necessidades da tutela do direito em suas duas dimensões. Seguimos o modelo das Cortes Superiores e Cortes Supremas, enquadrando-se o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal como

¹³⁷ MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e Precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. *In Revista de Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. n. 206.

¹³⁸ “*The institutional principles of common law adjudication are rooted in social functions of courts. Like other complex institutions, courts serve several functions, but two of these are paramount. The first concerns the resolution of disputes. [...] The second paramount function of the courts is the enrichment of the supply of legal rules.*” EISENBERG, Melvin. *The Nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 4.

¹³⁹ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 31.

¹⁴⁰ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas...* p. 30.

¹⁴¹ MITIDIERO, Daniel. *Por uma reforma da justiça civil no Brasil – um diálogo entre Mauro Cappelletti, Vittorio Denti, Ovídio Baptista e Luiz Guilherme Marinoni*. *In Revista de Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. n. 199.

Cortes Supremas. Vejamos quais são os pressupostos de cada modelo e o por que as cortes estão assim alocadas.

2.1. O modelo de Cortes Superiores

A Corte Superior, tomada como um modelo de corte de vértice da organização judiciária, caracteriza-se por pressupor a identificação entre texto, norma e regra jurídica, a adoção da teoria cognitivista da interpretação judicial e a assunção da tarefa da jurisdição como declaração da norma jurídica pré-existente que rege o caso concreto levado à juízo pelas partes.¹⁴²

Por isso, tendo em vista que se compreende o ato de aplicação judicial somente como uma operação lógico-dedutiva¹⁴³, em que há nítida distinção entre questões de fato e de direito, reserva-se à Corte Superior exclusivamente o exame de questões de direito. Controla, assim, a aplicação do direito por meio de simples cassação (anulando-se a decisão recorrida sem reexame do mérito, reenviando o seu exame para a Corte que prolatou a decisão cassada) ou mediante revisão (com exame da legalidade da decisão da causa e, em sendo o caso, imediato julgamento de mérito pela própria Corte Superior).¹⁴⁴

A função da Corte, portanto, é reativa, pois lhe cabe controlar a legalidade de todas as decisões a ela submetidas, em uma análise caso a caso de uma possível violação ao Direito já ocorrida. Sua atuação é voltada para o passado, com o objetivo de defender a legislação, neutralizando ou eliminando os efeitos de seu descumprimento quando possível, por meio da cassação ou da reforma da decisão. Disso se extrai que a interpretação da lei não constitui propriamente a finalidade da Corte Superior, sendo, na verdade, um meio para a obtenção do fim – controle da legalidade das decisões. A Corte Superior é, pois, uma corte de controle, não uma corte de interpretação.¹⁴⁵ Para Calamandrei, “función declarativa de la sentencia y obligación de juzgar según la ley son, pues, dos términos inseparables: si esta

¹⁴² MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas...* p. 33.

¹⁴³ CALAMANDREI, Piero. *La casación civil*. Buenos Aires: EBA, 1945. vol. 2. p. 51.

¹⁴⁴ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas...* p. 42.

¹⁴⁵ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas...* p. 43.

obligación no existiese, la jurisdicción vendría a perder lo que hoy se considera su carácter fundamental”¹⁴⁶.

O objetivo da Corte Superior é controlar a aplicação da legislação de modo que se imponha, para todos os casos, a exata interpretação da lei, formando-se a partir de reiteradas decisões no mesmo sentido uma jurisprudência uniforme. Daí que a existência de várias interpretações concomitantes e diferentes da legislação por vários órgãos do judiciário não é vista como uma anomalia, mas como uma forma de colaboração ao desenvolvimento do Direito, já que ao final do processo há a unificação da jurisprudência para prolação da exata interpretação da lei. A jurisprudência uniforme, ainda, serve como meio pelo qual a corte pode desempenhar sua função de controle da legalidade da decisão recorrida, não gozando de autoridade formalmente vinculante.¹⁴⁷

Para que a Corte Superior possa controlar a legalidade e estabelecer interpretação exata, um mecanismo essencial para seu funcionamento é o recurso das partes interessadas nesse controle. Assim, o recurso à Corte é direito subjetivo das partes, devendo ela estar aberta para todos os casos em que a parte afirme a violação da lei. Mais que isso, a corte fica restrita aos fundamentos recursais apontados pelas partes. Por isso, a Corte não tem controle sobre sua própria atuação.¹⁴⁸

Tendo a Corte a função de controlar a legalidade das decisões caso a caso, suas decisões não têm qualquer influência para além do caso decidido. A eficácia das decisões da Corte Superior é restrita às partes do caso concreto, não constituindo a jurisprudência fonte primária do Direito, já que se trata de mera declaração de norma pré-existente. É fundamental perceber que, nesse modelo, a tarefa de criar a norma é exclusiva do legislador, por isso a atribuição às razões adotadas pela Corte para decidir um caso de qualquer de valor diferente daquele já outorgado à lei representa clara invasão de competência do Poder Legislativo pelo Poder Judiciário,

¹⁴⁶ CALAMANDREI, Piero. *La Casación Civil*, vol. 2... p. 55.

¹⁴⁷ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas...* p. 46.

¹⁴⁸ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas...* p. 47.

consubstanciando-se em evidente violação à regra da separação dos poderes.¹⁴⁹

Nesse sentido, Calamandrei afirma que

“el juez, cuando comete una transgresión a su deber de juzgar según la ley, no sólo incurre en la violación de un precepto jurídico dirigido a él, sino que comete, en absoluto, un exceso de poder, que lo lleva a mandar con carácter de juez más allá de los límites dentro de los cuales está contenido el poder de mandato de todo juez¹⁵⁰

e conclui, ainda, que “la sentencia del juez, que como premisa mayor sienta la negación abstracta y general de una norma jurídica, constituye una verdadera y propia usurpación de los poderes reservados al legislador, que debe intervenir para reprimirla”¹⁵¹.

Nota-se, ainda, que, nesse modelo de Corte, a igualdade de todos perante a lei e a segurança jurídica como pré-determinação do sentido da lei são meios suficientes e idôneos para a observância do Estado de Direito. Se a lei já incorpora um sentido unívoco em seu texto, e se a segurança jurídica é compreendida em uma perspectiva estática, como uma determinação absoluta e prévia de sentidos normativos¹⁵², a aplicação silogística da lei por si só garante a igualdade e a segurança jurídica. Para Calamandrei, “*no sería absolutamente aconsejable reconocer al juez la potestad de variar la ley, porque este reconocimiento destruiría de un modo irreparable la certeza del derecho*”¹⁵³. Se a Corte Superior alterar seu entendimento a respeito da exata interpretação da lei, é porque havia firmado, anteriormente, jurisprudência equivocada. Como o pressuposto teórico assumido pelo modelo é o de que a jurisprudência é simples declaração do único sentido intrínseco ao texto, o novo entendimento judicial é imediatamente aplicável a todos os casos em curso analisados pela corte.¹⁵⁴

2.2. O modelo de Cortes Supremas

¹⁴⁹ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas...* p. 48.

¹⁵⁰ CALAMANDREI, Piero. *La Casación Civil, vol. 2...* p. 57.

¹⁵¹ CALAMANDREI, Piero. *La Casación Civil, vol. 2...* p. 59.

¹⁵² ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2ª. Ed. São Paulo: Malheiros Editores: 2012. p. 128.

¹⁵³ CALAMANDREI, Piero. *La Casación Civil, vol. 2...* p. 54.

¹⁵⁴ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas...* p. 51.

O modelo de Corte Suprema responde a determinados pressupostos, quais sejam: a dissociação entre texto e norma, o reconhecimento da classificação tripartite das normas em princípios regras e postulados; a adoção da teoria lógico-argumentativa da interpretação jurídica; e o reconhecimento da atuação coordenada e conjunta da legislação e da jurisdição para produção e promoção do Direito.¹⁵⁵

Assumindo a teoria lógico-argumentativa como pressuposto, o modelo de Corte Suprema permite que à Corte seja destinada não só questões de Direito, mas o caso em sua inteireza. Isso porque o problema da interpretação e da aplicação do direito está dividido em dois: o primeiro diz respeito aos nexos formais entre proposições e enunciados, e o segundo diz respeito à escolha das normas aplicáveis e a atribuição de sentido aos enunciados jurídicos e às proposições de fato que compõe o silogismo judiciário.

Dessa forma, a atividade decisória pressupõe não só um raciocínio lógico, mas também um esforço argumentativo ligado à realização de escolhas a partir da individualização e valoração de significados que devem ser atribuídos a normas e fatos – atividade essa na qual fatos e normas apresentam-se de forma radicalmente inseparável, reciprocamente implicados. A competência da Corte Suprema, por isso, não está restrita às questões de direito, e envolve o exame completo da causa apresentada, dos fatos e das normas como um todo incidível, baseando-se na valoração probatória das alegações de fato realizada pela instância ordinária.¹⁵⁶

A função da Corte Suprema, portanto, é dar unidade ao Direito mediante sua adequada interpretação a partir do julgamento de casos lhe apresentados. Como se admite uma pluralidade de significados oriundos da interpretação, é necessário que exista um meio institucional encarregado de concentrar o significado final que deve ser tomado em determinado contexto e de velar pela sua unidade, papel esse que a Corte Suprema assume, estando destinada a orientar a adequada interpretação e aplicação do Direito por parte de toda a sociedade civil e de todos os membros do Poder Judiciário. Assim, a sua função não é somente retrospectiva, de resolver uma questão jurídica de interpretação controvertida nos tribunais, mas também

¹⁵⁵ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas...* p. 53-62.

¹⁵⁶ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas...* p. 64-66.

prospectiva, para desenvolver o Direito diante das novas necessidades sociais, outorgando adequada solução para questões jurídicas novas.¹⁵⁷

Mais do que verificar se a norma está aplicada corretamente ao caso concreto, portanto, é a função da Corte Suprema. Ela é uma corte de interpretação do Direito, não uma corte de controle de decisões judiciais. Daí que a decisão recorrida constitui apenas um meio pré-ordenado para viabilizar a finalidade de outorgar adequada interpretação ao Direito a fim de guiar sua efetiva realização.¹⁵⁸ A consecução da unidade do Direito depende da atividade interpretativa da Corte Suprema: ao definir, observar e fazer observar a interpretação-produto, e ao empreender, observar e fazer observar as normas que regem a interpretação-atividade, a Corte Suprema dá a última palavra a respeito do significado do Direito.¹⁵⁹

Isso quer dizer que a Corte Suprema é uma verdadeira corte de precedentes, sendo o precedente judicial ao mesmo tempo encarnação da adequada interpretação do Direito e meio para obtenção da sua unidade. Algum dissenso na observância à interpretação outorgada pela Corte significa, portanto, um desrespeito grave à sua autoridade e uma negação da própria ideia de ordem jurídica vinculante. Nesse contexto, reconhecer a força vinculante do precedente é uma consequência direta do reconhecimento do caráter argumentativo da interpretação jurídica.¹⁶⁰

Uma vez que a Corte Suprema tem sua atuação voltada para a unidade do Direito, e não para o controle de decisões recorridas, a admissão do recurso é submetida à demonstração do interesse público no seu julgamento, e não um direito

¹⁵⁷ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 67.

¹⁵⁸ TARUFFO, Michele. *Lezioni Sul Processo Civile*. 2ª ed. Bologna: Il Mulino, 1998.

¹⁵⁹ É o defendido por Daniel Mitidiero em seu *Cortes Superiores e Cortes Supremas*, vide p. 68. Para nós, o termo “última palavra” é empregado aqui em sentido institucional: é a Corte Suprema, entre as instituições, quem tem autoridade para decidir o sentido da Constituição. Acreditamos, entretanto, que a decisão dá resposta final aos litígios, mas não ao debate constitucional, pois este está em esfera mais ampla que aquela que abarca as instituições do Estado: o debate constitucional diz respeito, sobretudo, à sociedade. Uma análise mais detida sobre o assunto, acompanhando a crítica de Conrado Hübner Mendes, é feita no capítulo final deste trabalho.

¹⁶⁰ “...a racionalidade do sistema de precedentes depende dessa propriedade fundamental da justificação normativa, dentro de qualquer moldura justificatória: sua universalidade.” MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. Tradução de Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 120. Publicação original: *Rhetoric and the Rule of Law*, 1995.

subjetivo da parte. Resulta daí um acentuado autogoverno da corte a respeito da sua própria atuação.¹⁶¹

Quanto à eficácia das decisões da Corte Suprema, tem-se que são vinculantes para além das partes. Uma vez que a decisão de uma Corte Suprema se dá por meio de processo interpretativo que culmina com a especificação de uma solução jurídica em determinado contexto fático-jurídico, o seu aparecimento constitui um dado novo no sistema jurídico. Há uma fixação de sentido normativo anteriormente equívoco, servindo o precedente como meio de determinação do Direito. Assim, todos os casos futuros que possuam semelhante contexto fático-jurídico estão vinculados ao precedente. A força vinculante do precedente implica dever de observância ao precedente pelos próprios membros da Corte Suprema e por todos os órgãos jurisdicionais. Por isso, o precedente, no modelo de Corte Suprema, constitui fonte primária de Direito.¹⁶²

Nesse modelo, a igualdade é pensada tendo como referência as normas que são reconstruídas a partir dos textos legislativos no processo de interpretação. Se texto e norma não se confundem, é insuficiente pensar na igualdade de todos perante a lei; ela deve ser garantida diante do Direito, dos precedentes judiciais.¹⁶³ Da mesma forma, é preciso reconhecer a segurança jurídica como um problema argumentativo, ligado a cognoscibilidade dos sentidos que os enunciados jurídicos podem apresentar mediante um processo lógico-argumentativo de interpretação.¹⁶⁴ Assim, a segurança jurídica não é um problema estático, mas um problema dinâmico, que envolve a adequada estruturação da atividade interpretativa para individualização, valoração e escolha de sentido.¹⁶⁵

¹⁶¹ "In fact, judicial precedents frame the Court's agenda in at least two ways. First, the Court's precedents frame its choices of which constitutional matters not to hear. (...) Second, the Court's precedents frame its choice of which matters to hear." GERHARDT, Michael J. *The Power of Precedent*. Nova York: Oxford University Press, 2011, p. 153-154.

¹⁶² MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas...* p. 72-73.

¹⁶³ "... a vinculação aos precedentes judiciais é uma decorrência do próprio princípio da igualdade: onde existirem as mesmas razões, devem ser proferidas as mesmas decisões, salvo se houver uma justificativa para a mudança de orientação, a ser devidamente objeto de mais severa justificação". ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica...* p. 470.

¹⁶⁴ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica...* p. 158

¹⁶⁵ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica...* p. 129.

2.3. O Supremo Tribunal Federal enquanto Corte Suprema: do controle à interpretação.

O Supremo Tribunal Federal funciona, atualmente, de acordo com o modelo de Corte Superior, na esteira do que a doutrina brasileira entender ser Direito. Sua atuação é reativa e de simples controle da juridicidade das decisões recorridas, sendo influenciado pela *Cour de Cassation* francesa e pela *Corte di cassazione* italiana em suas formas originárias.¹⁶⁶ Contudo, ele não pode ser pensado como uma corte que simplesmente declara o único sentido intrínseco da Constituição. Ele, na verdade, é quem decide o sentido da Constituição. Sua tarefa de dar unidade ao Direito se traduz em ser não uma corte de controle, mas uma corte de interpretação, visto que não há como dar unidade ao Direito voltando-se somente ao passado, cassando-se decisões “erradas”. É necessário que a unidade seja outorgada ao Direito de uma forma prospectiva, privilegiando-se a igualdade e a liberdade, e permitindo, assim, a devida tutela dos direitos.

Para atuar de forma adequada, dando unidade ao Direito, o Supremo Tribunal Federal deve trabalhar lógico-argumentativamente, interpretando de maneira justificada, universalizável e coerente os enunciados constitucionais. Nesse sentido, defende Daniel Mitidiero:

é a partir desse *método* interpretativo que as cortes poderão oferecer *boas razões para pacificar* o entendimento judicial a respeito de determinada questão e para *desenvolver* o direito brasileiro, ofertando para o sistema *verdadeiros precedentes* capazes de promover a liberdade e segurança jurídica para toda a sociedade civil. Isso significa que o problema da *fidelidade ao Direito*, portanto, passa a ser um problema fundamentalmente dinâmico e metodológico. Vale dizer: *a partir do exato momento em que essas cortes começarem a atuar sistematicamente dessa maneira é que serão capazes de outorgar sentido adequado à legislação e de fazê-lo conhecido e efetivo*. Como parece evidente, não é possível promover a unidade do Direito sem uma “*common interpretation of the law*” pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, dado que *sem interpretação não há sentido normativo* que deve ser *observado* dentro da ordem jurídica. A produção de sentidos normativos de forma *racional* – justificada, universalizável e coerente – *constitui elemento essencial* para promoção da tutela de direitos no Estado Constitucional.¹⁶⁷

Isso não quer dizer o Supremo Tribunal Federal atua como legislador na nossa ordem constitucional. Como já trabalhado, a diferença entre juiz e legislador não está

¹⁶⁶ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas...* p. 94.

¹⁶⁷ Grifos no original. MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas...* p. 86.

para criação e aplicação da norma. A norma é o resultado da interpretação, e a atuação do Supremo Tribunal Federal é reconstrutiva, de definição positiva de normas a partir da Constituição. Além disso, enquanto guardião da Constituição e responsável por tutelar direitos, existem situações jurídicas jurisdicionalizáveis em que a aplicação de normas que preveem direitos fundamentais exige uma atuação positiva da corte, o que será matéria da segunda parte desse trabalho. Cabe frisar neste momento, porém, que a diferença entre legislação e jurisdição está na necessidade de justificação de suas decisões por parte do juiz. Assim, uma vez que o Supremo Tribunal tem o dever de justificar suas decisões, conforme o art. 93, IX da Constituição Federal de 1988, não pode atuar como legislador. Sua tarefa é a de colaborar com o legislador para a promoção do império do Direito, outorgando unidade ao Direito por meio de adequada interpretação da Constituição, o que implica inevitavelmente valorar e decidir a respeito dos sentidos possíveis em que os enunciados linguísticos constitucionais podem ser compreendidos. Mais do que isso: a tarefa da Corte não é apenas a de dar sentido ao texto diante de uma situação concreta sequer pensada pelo legislador; a interpretação, na verdade, é também a oportunidade de o intérprete se desligar da “vontade histórica do legislador” para considerar o texto valorando aspectos morais, culturais, econômicos e políticos do seu próprio momento histórico. Isso significa uma ideologia da interpretação não estática, atenta às necessidades sociais e à adequação e ao desenvolvimento do Direito.¹⁶⁸

Para se promover uma melhor organização do judiciário e, a partir disso, promover a unidade e o desenvolvimento do direito, deve-se promover, portanto, a divisão de funções entre Cortes de Justiça e Cortes de Precedentes, isto é, entre cortes instituídas para decisão justa do caso concreto – os Tribunais de Justiça, por exemplo – e cortes instituídas para interpretação do Direito a partir do caso concreto¹⁶⁹. O critério que legitima a atuação do Supremo Tribunal Federal é o teleológico, uma vez que o julgamento é autorizado somente nas hipóteses em que a

¹⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ Enquanto Corte de Precedentes...* p. 143; GERHARDT, Michael J. *The Power of Precedent...* p. 163.

¹⁶⁹ Além do Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça também é uma Corte Suprema. O STF tem competência em matéria constitucional, enquanto a competência do STJ se dá em material infraconstitucional federal. Isso não significa que o Superior Tribunal de Justiça não pode interpretar a Constituição (até porque interpreta a legislação tendo em conta a Constituição), significa apenas que somente o Supremo Tribunal Federal pode *aplicar* a Constituição em um juízo de constitucionalidade, produzindo efeitos concretos sobre determinadas situações jurídicas. A produção de precedentes constitucionais é exclusiva do Supremo Tribunal Federal. Vide MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas...* p. 92-93; e MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ Enquanto Corte de Precedentes...*

sua pronúncia seja capaz de promover a unidade do Direito na área de sua competência.¹⁷⁰ A Constituição Federal de 1988, em seu art. 102, define que a guarda da Constituição será precipuamente realizada pelo Supremo Tribunal Federal. Isso significa que o responsável por outorgar adequada interpretação da Constituição com o fim de dar unidade ao Direito mediante a formação de precedentes é o Supremo Tribunal Federal. Assim, é dele a última palavra a respeito do sentido da Constituição.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal não pode ser visto como corte de controle das decisões recorridas porque esse modo de conceber a corte de vértice estimula a atenção da corte sobre o caso recorrido, o que o transforma em “*um órgão empenhado em atuar de forma particular e pontual o direito, perdendo-se aí a dimensão geral e constante que deve pautar a interpretação do Direito*” mediante a sua atuação.¹⁷¹ Ao agir de forma particular, como o Supremo Tribunal Federal faz, é comum que haja decisões contraditórias a respeito de casos semelhantes.

Para evitar essa inconstância, a decisão recorrida deve ser o ponto de partida para o desenvolvimento da função de outorga de unidade ao Direito, da tutela do direito em sua dimensão geral, propiciando a orientação futura do judiciário e da sociedade civil. Essa perspectiva autoriza ao Supremo Tribunal Federal, por exemplo, precisar o alcance de termos vagos utilizados pelo legislador em cláusulas gerais e nos conceitos jurídicos indeterminados, cujo adequado dimensionamento dos contornos interessa a todos que se encontram submetidos à legislação.

Isso não autoriza a conclusão de que o Supremo Tribunal Federal renunciaria o controle de decisões recorridas. O que se propõe é uma mudança no peso que se deve reconhecer a ambas as funções.¹⁷² Importante deixar claro, contudo, que o controle de decisões recorridas no modelo de Corte Suprema não se dá da mesma forma que no modelo de Corte Superior. O controle da decisão no modelo de Corte Suprema parte de uma perspectiva lógico-argumentativa do Direito, devendo se dar tanto no campo lógico quanto no campo argumentativo¹⁷³, velando-se, portanto, tanto pela observância da interpretação-atividade empreendida pela Corte de Justiça

¹⁷⁰ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas...* p. 97.

¹⁷¹ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas...* p. 94.

¹⁷² TARUFFO, Michele. *Le funzioni delle Corti Supreme tra uniformità e giustizia. In Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes*. Fredie Didier Jr (coord. geral). Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

¹⁷³ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas...* p. 95.

quanto pela observação, por parte desta, da interpretação-produto estabelecida anteriormente pela Corte de Precedente.

Atribuindo-se maior peso à função geral de outorga de unidade ao Direito, permite-se que, mesmo diante da desistência do recurso pela parte, a questão seja conhecida pela Corte. Evidente que a decisão não terá eficácia para as partes do processo em questão, em razão do princípio da demanda, mas importa perceber que por meio do recurso é dada a oportunidade para o Supremo Tribunal Federal manifestar-se sobre a questão, o que evidencia que o caso apresentado pelas partes é apenas o meio que viabiliza o fim adequada interpretação da legislação.

2.4. A eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal: os precedentes normativos.

Uma vez que o texto da Constituição e das proposições legislativas não garante por si só uma resposta única para cada problema do universo jurídico, e tendo em conta ainda que a interpretação é ato de vontade, de escolha entre as possibilidades, não há como garantir a igualdade de tratamento para casos iguais. A decisão não pode recair somente sobre a discricionariedade de cada juiz, pois não existiria nenhuma segurança jurídica e, assim, nenhuma possibilidade de autodeterminação para qualquer indivíduo. O próprio Estado Constitucional ergue-se sobre os fundamentos da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana¹⁷⁴, sendo necessário, pois, que tenhamos institutos que garantam a unidade do Direito.

Note-se que a segurança jurídica não quer dizer prever o significado futuro de todas as normas, uma vez que, pela característica de indeterminação do Direito, isso é sequer possível. A segurança jurídica significa, na verdade, cognoscibilidade, calculabilidade e confiabilidade. Cognoscibilidade enquanto capacidade de compreensão das alternativas interpretativas e dos critérios indispensáveis à sua concretização; calculabilidade enquanto capacidade de antecipação das consequências normativas ligadas aos atos e fatos e do espectro temporal em que

¹⁷⁴ “Daí que o processo civil no Estado Constitucional tem por função dar *tutela aos direitos* mediante a prolação de decisão justa para o caso concreto e a formação de precedente para a promoção da unidade do direito para a sociedade em geral. Essa finalidade responde a dois fundamentos bem evidentes do Estado Constitucional – a *dignidade da pessoa humana* e a *segurança jurídica*”. MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas...* p. 16.

elas serão definidas; e confiabilidade enquanto estabilidade e continuidade normativas nas mudanças promovidas pelo estado, ou seja, vedação de surpresa.¹⁷⁵ A segurança jurídica exige, ainda, efetividade do Direito, pois são insuficientes suas outras características se o Direito for impotente para impor sua própria realização.¹⁷⁶

Por isso, em um sistema em que a corte de vértice produz uma série de decisões divergentes e concomitantes sobre casos iguais, em que não existe vinculação às decisões, não há segurança jurídica e, por consequência, não há proteção da liberdade. Como dito anteriormente, em um modelo de Corte Suprema, a existência de diversas decisões diferentes sobre uma mesma questão é um problema grave, e esse problema têm origem justamente na insuficiência da lei para garantir a certeza do direito. Considerando a técnica legislativa aberta e a equivocidade dos textos, cada juiz pode chegar à sua própria conclusão, de forma que é preciso reconhecer a necessidade de instituição de órgão legítimo para promover a interpretação e a unidade do Direito.

O órgão legítimo em matéria constitucional, já vimos, é o Supremo Tribunal Federal. Mas não basta que ele interprete e defina a norma. É preciso que essa decisão vincule, que tenha eficácia. Conforme Humberto Ávila, “só há segurança jurídica se o Direito for, em alguma medida, capaz de providenciar efetiva orientação” e daí é possível afirmar que “a eficácia é condição para a segurança jurídica”.¹⁷⁷ A eficácia, assim, é entendida como a qualidade de produzir efeitos jurídicos. O instrumento pelo qual o Supremo Tribunal Federal realiza essa incumbência é o precedente judicial. “A vigência da regra do *stare decisis* – aduz Daniel Mitidiero – é condição *sine qua non* do Estado Constitucional”¹⁷⁸.

Devemos esclarecer, a princípio, que, muito embora sejam frequentemente usados como sinônimo, *stare decisis* e precedentes não o são. *Stare decisis* assegura um predicado de estabilidade para as decisões da Corte, sendo voltado para as próprias Cortes que os estabelecem¹⁷⁹, exigindo que elas considerem

¹⁷⁵ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica...* p. 255-262.

¹⁷⁶ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação de tutela: da técnica cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 62-63.

¹⁷⁷ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica...* p. 587.

¹⁷⁸ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas...* p. 103.

¹⁷⁹ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: O Modelo Garantista (MG) e a redução da discricionariedade judicial. Uma teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 332.

suas decisões pretéritas que formaram precedente quando do julgamento de um caso concreto. Objetiva, portanto, “um grau máximo de uniformização”¹⁸⁰.

A estabilidade das decisões de uma Corte, contudo, não é suficiente para garantir a unidade do Direito. É preciso que os demais tribunais e juízes ordinários também estejam vinculados às decisões da Corte Suprema. Essa é a função do precedente.¹⁸¹ O precedente é, pois, um instrumento capaz de realizar os objetivos da *stare decisis*, uma vez que se identifica com o processo¹⁸² seguido pelos tribunais e juízes ordinários para aplicar o conteúdo das decisões firmadas pela Corte Suprema na dimensão geral das decisões. É identificado como “*densificação de normas estabelecidas a partir da compreensão de um caso e suas circunstâncias fáticas e jurídicas*”¹⁸³, sendo, portanto, uma ferramenta de organização institucional, que cria procedimentos de hierarquia e vinculação para uma melhor organização, tanto judiciária quanto social.

Nesse sentido, fala-se em dimensão horizontal da *stare decisis*, segundo a qual os próprios membros da corte que formou o precedente estão a ele vinculados, ou seja, é uma autovinculação da Corte Suprema, e a dimensão vertical, segundo a qual há a vinculação de todos os juízes e das Cortes de Justiça àquilo que foi decidido pela Corte de Precedentes.¹⁸⁴

O sistema de precedentes, portanto, é uma técnica indispensável quando se tem consciência da participação do judiciário na construção do Direito, uma vez que a estabilidade dos precedentes na Suprema Corte significa a estabilidade do próprio Direito. A certeza do Direito, por derivação lógica, não pode ser privilégio da lei.¹⁸⁵ É a Corte Suprema que reconstrói o Direito, reduzindo a sua indeterminação, de forma

¹⁸⁰ “...the obligation to follow a practice derives its force from the fact that the practice is followed with a high degree of uniformity”. CROSS, Rupert e HARRIS, Jim W. *Precedent in English Law*. 4ª edition. Nova York: Oxford University Press, 2004. p. 99.

¹⁸¹ “Under the principles of support and replicability, the courts must establish and apply rules that are supported by the general standards of society or the special standards of the legal system, and must adopt a process of reasoning that is replicable by the profession. Reasoning from precedente satisfies both those principles”. EISENBERG, Melvin. *The Nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 47.

¹⁸² ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes...* p. 332.

¹⁸³ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes...* p. 325.

¹⁸⁴ SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009. p. 56.

¹⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ Enquanto Corte de Precedentes...* p. 135.

que a regra do *stare decisis* é a regra pela qual a segurança jurídica é promovida judicialmente em um sistema de precedentes. Assim afirma Daniel Mitidiero:

Com a determinação do significado do Direito a partir de determinado caso no precedente, o que visa a proporcionar sua cognoscibilidade, a estabilidade da ordem jurídica é assegurada pela necessidade de respeito àquilo que foi decidido anteriormente, e que gera confiança na sua manutenção por um tempo e na sua aplicação aos casos futuros idênticos e semelhantes.¹⁸⁶

Por isso, é fundamental que, no Estado Constitucional, as decisões judiciais sejam estruturadas atendendo ao fim igualdade. “*Treat like cases alike*”¹⁸⁷. Diante disso, um juiz ordinário ou um tribunal não pode recusar-se a aplicar um precedente por entender que as suas razões não são boas para o caso concreto. O precedente deve ser aplicado a todos os casos iguais ou semelhantes não por suas razões, mas pelo seu caráter institucional hierárquico. Isso significa que o juiz do caso atual, ao interpretar o precedente, cotejando suas razões fático-jurídicas com as razões do caso a ser julgado, e identificar se tratem de casos iguais, necessariamente deverá aplicar a *ratio decidendi* do precedente. “*A autoridade do precedente, ao contrário do acerto da experiência, é o que efetivamente conta para justificar o dever de seguir precedentes*”¹⁸⁸.

Isso porque, diante da indeterminação do Direito, haverá uma pluralidade de soluções possíveis, e, se permitirmos que cada juiz proceda a sua análise conforme suas próprias convicções morais, teremos tantas respostas quantas possíveis. É função da Corte Suprema competente estabelecer a interpretação adequada para cada caso conforme sua matéria, e esse resultado deve vincular a todo o Poder Judiciário e à toda a sociedade. Veja-se que a violação ao precedente não é danosa tão somente para as partes, que terão o ônus de interpor recurso para a Corte Suprema para poder ver o caso apreciado conforme o Direito estabelecido, mas também para o próprio Poder Judiciário, pois esse passa a ter o dever de atuar apenas

¹⁸⁶ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas...* p. 104.

¹⁸⁷ CROSS, Rupert e HARRIS, Jim W. *Precedent in English Law*. 4ª ed. Nova York: Oxford University Press, 2004, p. 43; EISENBERG, Melvin. *The Nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 48.

¹⁸⁸ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas...* p. 108.

para reafirmar aquilo que já se encontrava devidamente solucionado com o precedente.¹⁸⁹

Assim, por se tratar de relevante acréscimo de determinação em relação aos enunciados legais, o precedente constitui verdadeira fonte primária de Direito.¹⁹⁰ Obedecer a um precedente, é preciso que se diga, é decorrência do princípio da legalidade em seu sentido amplo, de obediência à juridicidade, uma vez que o precedente é a interpretação institucional definida pela Corte Suprema, órgão encarregado de promover a unidade do Direito¹⁹¹.

Importante observar, daí, que não é qualquer decisão que é capaz de gerar um precedente. Somente é capaz de gerar um precedente a decisão que versa sobre uma controvérsia a respeito do significado de um enunciado, quando há dúvida sobre qual o direito aplicável.¹⁹² Por isso, só é precedente a decisão que outorga um significado, do que se extrai que o precedente é tido como uma norma resultado da interpretação – como já visto, fonte primária de Direito. Como a competência institucional para reconstruir o direito é da Corte Suprema, somente suas decisões geram precedentes. Os demais tribunais e juízes ordinários devem interpretá-los e aplicá-los, em uma análise que envolva os fatos do caso concreto.

Além disso, não é toda a decisão que outorga significado, exarada pela Corte Suprema, que constitui o precedente. Conforme Michele Taruffo, o precedente é a *ratio decidendi* da decisão, assim entendida como “a regra de direito que foi posta como fundamento direto da decisão sobre os fatos específicos do caso”, e difere-se do *obiter dictum*, ou seja, “todas aquelas afirmações e argumentações que estão contidas na motivação da sentença, mas que, mesmo podendo ser úteis para a compreensão da decisão e dos seus motivos, todavia não constituem parte integrante do fundamento jurídico da decisão”¹⁹³.

Por tudo, tem-se que a promoção de unidade ao Direito por meio dos precedentes possui uma dupla perspectiva: de um lado, é retrospectiva, por meio do

¹⁸⁹ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas...* p. 108.

¹⁹⁰ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes...* p. 330.

¹⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil. Tutela dos direitos mediante procedimento comum, vol. 2.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 606/607.

¹⁹² CROSS, Rupert e HARRIS, Jim W. *Precedent in English Law.* 4ª ed. Nova York: Oxford University Press, 2004. p. 40.

¹⁹³ TARUFFO, Michele. *Precedente e Giurisprudenza.* Napoli: Editoriale Scientifica, 2007. p. 715.

qual se garante que uma questão cuja solução era variável na atividade dos tribunais seja resolvida uniformemente; de outro, é prospectiva, pois permite o tratamento de novas questões sociais e a contínua evolução do Direito.¹⁹⁴

Outorgar unidade ao Direito, portanto, é tarefa que o precedente cumpre, definindo o sentido do Direito, orientando e vinculando a conduta não só dos órgãos jurisdicionais, mas de toda a sociedade. Nesse sentido, o precedente tem a função de reduzir a indeterminação do Direito e, assim, “implementar a Constituição”, conforme Michael Gerhardt:

One of precedent’s most important functions is implementing the Constitution. The constitution is not self-executing. The institutions, rights, and powers recognized in the Constitution did not come into being spontaneously upon the moment of ratifications.¹⁹⁵

No momento da sua formação ou superação, o precedente também favorece o diálogo entre os jurisdicionados sobre o sentido da Constituição.¹⁹⁶ Isso porque o processo nas Cortes Supremas deve ser o mais público e dialogado possível, contando com o uso de ferramentas como audiências públicas e participação de *amicus curiae*. Este amplo contraditório, inclusive, outorga legitimidade democrática para a jurisdição constitucional.

Nessa perspectiva, ainda, o desenvolvimento do Direito não se debruça somente sobre novas figuras sociais, mas também reconhece a incompatibilidade de antigos precedentes que não mais condizem com a realidade social. Cabe à Corte, portanto, rever seus precedentes. Não nos interessa, para o fim desse trabalho, analisar todos os critérios e instrumentos para a superação do precedente. Por ora, é suficiente afirmar que somente quem tem a legitimidade para criar o precedente pode superá-lo.¹⁹⁷

O precedente é, portanto, uma ferramenta que permite que a Corte Suprema atue de maneira colaborativa com a função legislativa¹⁹⁸. É a força vinculante do precedente que permite à Corte outorgar à sociedade normas menos indeterminadas

¹⁹⁴ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas...* p. 105.

¹⁹⁵ GERHARDT, Michael J. *The Power of Precedent*. Nova York: Oxford University Press, 2011. p. 172.

¹⁹⁶ GERHARDT, Michael J. *The Power of Precedent...* p. 155.

¹⁹⁷ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas...* p. 107.

¹⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ enquanto corte de precedentes... p. 138.

e mais condizentes à realidade social, promovendo a liberdade por meio da segurança.

Quanto à realidade brasileira, o sistema de precedentes foi positivado no Brasil pelo Novo Código de Processo Civil, aprovado em 2015. Tal posituação tem dois significados: de um lado, o reconhecimento do legislador da necessidade de estabilização jurídica; de outro, ainda a ideia de que a normatividade se dá por meio da legislação. É preciso reconhecer, no entanto, que a vinculatividade dos precedentes não depende da lei, mas deriva do próprio conceito de Estado Constitucional, seus fins e fundamentos, vale dizer, de um Estado que seja capaz de tutelar adequada, efetiva e tempestivamente os direitos.¹⁹⁹

Não obstante, uma vez positivado o sistema de precedentes, há também dúvidas a respeito de sua efetivação, em decorrência do contexto cultural brasileiro atual. Existe, sim, o costume de se consultar decisões de tribunais superiores no momento da decisão, entretanto, há uma série de problemas: a) a decisão das cortes não são vinculantes – e nem poderiam ser porque b) a decisão das cortes não são estáveis, e, por fim, c) não é feito um cotejo entre os fatos que geraram a decisão na Corte e os fatos do caso a ser julgado. Isso ocorre porque ainda há uma arraigada cultura de que a lei contém uma resposta correta para cada caso, de forma que a consideração das características do caso concreto é relativizada²⁰⁰ – supõe-se que elas importam somente no momento da aplicação, desconectando esse processo da interpretação. A concepção é a de que basta a subsunção do fato à norma, sendo necessária a mera verificação probatória de que ocorreram os fatos que ensejam a aplicação da hipótese prevista na lei.²⁰¹ Assim afirma Thomas da Rosa Bustamante:

A principal crítica que os teóricos mais atentos fazem à forma de argumentação por precedentes nos sistemas de *civil law* é a de que nesses sistemas não ocorre o método casuístico de interpretação dos precedentes do *common law*, o que gera uma desatenção às particularidades do caso e uma perigosa tendência à abstrativização exagerada, que dificulta ainda mais a importante atividade de fundamentação de analogia entre casos.²⁰²

¹⁹⁹ “Dignidade da pessoa humana e segurança jurídica são dois princípios fundamentais da nossa ordem jurídica. Esses dois princípios fundamentam a organização de um processo destinado à tutela dos direitos mediante a prolação de uma decisão justa e a formação e respeito aos precedentes.” MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas...* p. 17.

²⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 100.

²⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios...* p. 254.

²⁰² BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do Precedente judicial e o desafio do Novo CPC*. In *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes*. Fredie Didier Jr (coord. geral). Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 288.

O problema da não observação do *stare decisis* decorre, portanto, da própria tradição de *civil law* em acreditar que a lei é suficiente para solucionar os casos, pois isso significaria a subordinação do Poder Judiciário ao Poder Legislativo.²⁰³ Por isso, existe uma necessidade de evolução da cultura jurídica, que não necessariamente a mera existência de uma lei irá suprir. Essa evolução perpassa pelo próprio autorreconhecimento do Supremo Tribunal Federal enquanto Corte Suprema e do consequente desempenho das funções condizentes a partir das técnicas adequadas – de forma principal, a análise do conjunto fático-jurídico por inteiro, já que sem os fatos temos apenas a formação de uma regra geral e abstrata, e não de um precedente²⁰⁴.

Reconhecemos, é claro, que a lei pode contribuir para a mudança cultural, especialmente pela capacidade de gerar debate doutrinário. Contudo, a escolha do legislador brasileiro foi infeliz, pois, apesar da boa intenção, priorizou um modelo formal de precedentes normativos, em que a vinculação se dá devido à positivação, e não devido aos fundamentos do Estado Constitucional e aos direitos fundamentais processuais previstos na Constituição.²⁰⁵ A legislação era desnecessária; uma vez existente, a analisaremos brevemente.

O Novo Código de Processo Civil busca “introduzir” a disciplina dos precedentes por meio dos artigos 926 e 927²⁰⁶. Contudo, o fez com uma série de

²⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios...* p. 255.

²⁰⁴ TARUFFO, Michele. *Le funzioni delle Corti Supreme tra uniformità e giustizia...* p. 255-526.

²⁰⁵ A vinculação a partir da positivação é o que defende Hermes Zaneti Jr., do que respeitosamente se discorda. Para o autor, “o direito processual civil brasileiro acertou, ao reconhecer formalmente, no texto legal, a força normativa dos precedentes. Com isto, tornou-os obrigatórios e vinculantes, induzindo a passagem do direito jurisprudencial – vinculado apenas à lei e ao livre conhecimento do juiz, na sua falta -, para o direito de precedentes (...)”. A opinião que aqui se defende é que a vinculatividade dos precedentes é decorrência dos preceitos do Estado Constitucional e dos direitos fundamentais. Vide ZANETI JR., Hermes. *Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes. In Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes*. Fredie Didier Jr (coord. geral). Salvador: Editora Juspodivm, 2015. p. 410.

²⁰⁶ “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

problemas teóricos. O artigo 926, ao afirmar que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, padece de cinco erros teóricos, destacados por Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero e Sérgio Arenhart:

A uma, fala em tribunais indistintamente, sem atentar que existe uma divisão de trabalho bastante clara entre as Cortes de Justiça e as Cortes Supremas no ordenamento jurídico brasileiro.

A duas, institui um dever de uniformização, nada obstante seja conhecida a ligação do termo a uma função de simples controle que era exercida pelas cortes de vértice em um determinado momento da história.

A três, alude genericamente à jurisprudência, sem se preocupar com eventuais distinções que podem existir entre os termos jurisprudência, súmula e precedentes, empregados igualmente em seus parágrafos.

A quatro, refere que os tribunais têm o dever de manter a jurisprudência estável, quando na verdade esse é apenas um dos seus deveres no que tange à necessidade de prover segurança jurídica.

A cinco, endossa uma proposta teórica bastante específica a respeito do conceito de direito ao determinar que a jurisprudência deve ser íntegra.²⁰⁷

Não cabe ao intuito desse trabalho uma análise detalhada sobre os significados dos textos legislativos. Como nosso objetivo é demonstrar que o precedente é meio adequado para que as Cortes Supremas cumpram sua função de outorgar unidade ao Direito, cabe apenas perceber a confusão evidenciada entre a função das Cortes Supremas e das Cortes Superiores.²⁰⁸ As Cortes Supremas, como vimos – no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça – são cortes de interpretação, que utilizam o caso como meio, e geram precedentes. As Cortes Superiores, como os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais, são cortes de justiça, e geram jurisprudência. Jurisprudência consubstancia-se na

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.”

²⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de Processo Civil*, vol. 2... p. 607.

²⁰⁸ Para uma crítica completa ao art. 926, vide MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*, vol. 2... p. 607-613; e MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 868-876.

atividade de interpretação da lei desempenhada pelas cortes para solução de casos, cuja múltipla reiteração gera a uniformidade capaz de servir de parâmetro de controle, não gozando de autoridade formalmente vinculante.

Assim, a função das Cortes Superiores está ligada à exploração dos possíveis significados do texto jurídico a partir do controle da justiça do caso concreto, de forma que a interpretação é meio para se atingir esse fim. Uma vez que a questão ainda não tenha sido analisada pela Corte Suprema, não existindo precedente sobre o caso, é natural que haja divergência jurisprudencial. Essa divergência, inclusive, será uma das formas de a Corte Suprema enfrentar diferentes interpretações possíveis de um mesmo texto. Daí a inconsistência em se afirmar que os tribunais devem manter sua jurisprudência uniforme. As Cortes Supremas, da mesma forma, não uniformizam a questão, mas lhe dão unidade por meio da escolha racional e justificada da interpretação institucional.

O artigo 927, por sua vez, institui o *stare decisis* horizontal. Ao afirmar que há o dever de outorgar unidade ao direito e fazê-lo seguro, o legislador determina ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça que respeitem seus próprios precedentes, além de determinar aos Tribunais Regionais Federais e aos Tribunais de Justiça o respeito à própria jurisprudência formada a partir dos incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência.²⁰⁹

CONCLUSÕES PARCIAIS

De todo o exposto ao longo da primeira parte desse trabalho, mostra-se importante frisar algumas conclusões, as quais estabelecemos como premissas para a análise realizada na segunda parte desse trabalho, a respeito da possibilidade de o Supremo Tribunal Federal decidir casos cuja contradição resida sobre o conteúdo específico de um direito fundamental diante da omissão legislativa a respeito da questão discutida.

Tem-se, portanto, que o Estado Liberal de Direito buscou proteger a liberdade e a igualdade de seus cidadãos por meio de um conceito de segurança jurídica

²⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*, vol. 2... p. 612.

estático, em que a certeza do direito provinha do entendimento que havia apenas um significado contido na lei, que tinha pretensão de generalidade e abstratividade. Para evitar arbítrios deveria se garantir a supremacia da legislação, de forma que se conceituou uma rígida separação de poderes no Estado, em que o Poder Judiciário era tido como mero declarador da vontade do legislador histórico contida na lei, pois essa traduziria a vontade geral do povo. Dessa forma, no Estado Liberal de Direito nos países de *civil law*, o Direito era sinônimo de lei, e a codificação era instrumento que permitia aos juízes resposta para qualquer problema jurídico. Acreditava-se que a aplicação da lei se dava por meio de atividade puramente silogística, lógico-dedutiva, de forma que o Direito seria técnico e avalorativo.

O Estado Constitucional, entretanto, não pode ser pensado a partir dessas bases. O que chamamos de passagem do Estado Liberal de Direito para o Estado Constitucional significou profundas e significativas transformações, que alteraram a concepção de Direito e da atividade jurisdicional.

Em termos de teoria da interpretação, a teoria cética da interpretação permite entender a norma como resultado da interpretação, e não mais como seu objeto, diferenciando, pois, texto de norma. Sua versão moderada afirma que os vários significados possíveis do texto estão atrelados a um núcleo de significados mínimos e uma moldura limitadora de significados. Por isso, os textos são equívocos. De outro lado, são as normas vagas, uma vez que sua aplicação depende da análise do caso concreto.

Disso pode-se afirmar que o Direito é duplamente indeterminado, que possui textura aberta. *A atuação judicial, portanto, mescla atos de conhecimento e de vontade, reconstruindo o Direito, por meio não só da lei, mas também de elementos como a cultura, a ideologia e a moral.* A certeza jurídica, daí, significa mais a possibilidade de conhecimento das normas do que determinação prévia do significado.

Além disso, o acontecimento, no século XX, de episódios de nazismo e fascismo sustentados juridicamente, que culminaram em duas grandes guerras mundiais, levaram a uma maior preocupação com questões sociais, assim como uma maior participação social nas questões do Estado fizeram com que ele não mais fosse considerado fonte exclusiva do Direito.

A legitimidade do Direito, nesse sentido, não se dá somente pela autoridade de quem o emana, mas está submetida ao conteúdo da Constituição. A lei deixa de ter ambição de plenitude, impessoalidade e coerência, pois, a partir da pluralidade presente nos corpos legislativos, ela é fruto de disputas, ajustes e compromissos entre poderes sociais em disputa, e multiplica-se para além dos códigos. Além disso, houve mudança da técnica legislativa, antes casuística, agora também aberta. Da conjugação desses fatores se afirma *que a lei, muito embora ainda seja necessária como fonte jurídica, não é por si só suficiente para constituir Direito, e que o Poder Judiciário deve estar atento a outras fontes para além da legislação.*

O reconhecimento da força normativa da Constituição corresponde ao reconhecimento da força normativa dos princípios, que deixam de ser meros fundamentos para as regras. Assim, tem-se uma nova tipologia das normas, em que os princípios estão ao lado das regras enquanto normas de primeiro grau. De modo geral e mais importante, a diferença entre eles é que as regras desde logo descrevem a conduta exigida, enquanto os princípios definem um estado ideal de coisas a ser atingido. O reconhecimento da força normativa dos princípios, pois, *impõe à jurisdição o dever de promover gradualmente um estado ideal de coisas.*

Também a mudança de entendimento a respeito da separação de poderes outorga mais responsabilidades à jurisdição. A partir do entendimento de separação de poderes enquanto divisão funcional do poder, aliado às outras transformações analisadas, supera-se o entendimento de que o legislador cria a norma e o juiz a aplica. *Ambos os poderes trabalham, na verdade, em colaboração para a reconstrução do Direito a partir da Constituição.*

Com a passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional, portanto, abandonou-se a supremacia da legislação, e, ao reconhecermos a importância do judiciário na reconstrução do Direito, *reconhecemos seu papel fundamental na outorga de tutela efetiva aos direitos dos cidadãos.*

Diante desses fatores, mostra-se preciso repensar qual a melhor forma de estruturarmos o Poder Judiciário Brasileiro para que ele possa cumprir com esses deveres. O ideal é que as cortes sejam divididas entre Cortes Supremas – as cortes de precedente – e Cortes Superiores – as cortes de Justiça. Essa forma de organizar o Poder Judiciário garante que o *Supremo Tribunal Federal exerça a função de uma*

Corte Suprema e, assim, cumpra sua função de guardar a Constituição, outorgando unidade ao Direito brasileiro e viabilizando, por consequência, tutela aos direitos e promoção da liberdade e da igualdade. O modelo de Corte Superior está vinculado aos ideais do Estado Legislativo, de forma que não serve como modelo para uma corte de vértice em um Estado Constitucional – a função de controle fica reservada, assim, às cortes de justiça.

Por fim, são os precedentes instrumento adequado para que a Corte Suprema cumpra sua função de outorgar unidade ao Direito Constitucional. Por meio da regra *stare decisis*, não só a própria Corte resta vinculada às suas próprias decisões, mas também todos os demais órgãos jurisdicionais e a sociedade.

De tudo, portanto:

- a) A jurisdição no Estado Constitucional deve adequar-se para desempenhar as funções que lhe são impostas. Os modelos utilizados no Estado Liberal de Direito não são adequados para tanto.
- b) O entendimento de que a lei não é, por si só, fonte suficiente para constituir Direito leva à necessidade de atenção, por parte do Poder Judiciário a outras fontes para além da legislação.
- c) O reconhecimento de que a atuação judicial mescla atos de conhecimento e de vontade para a reconstrução do Direito leva ao entendimento que elementos como a cultura, a ideologia e a moral estão presentes na decisão. Disso se extrai a necessidade de haver unidade no Direito reconstruído pelo judiciário.
- d) O judiciário, sobretudo na sua Corte Suprema, enquanto guardião da Constituição e responsável por dar unidade ao Direito, deve promover gradualmente o estado ideal de coisas preconizado pelos princípios constitucionais.
- e) O judiciário não pode se olvidar da sua função de outorga de tutela efetiva aos direitos dos cidadãos.

PARTE II – A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DIANTE DA OMISSÃO LEGISLATIVA

Assentadas, na primeira parte desse trabalho, as premissas que definem a função precípua do Supremo Tribunal Federal enquanto Corte Suprema de outorga de sentido à Constituição e de unidade ao Direito, impõe-se centrar o foco da análise no enfrentamento jurisdicional à omissão legislativa inconstitucional, objetivando assegurar eficácia e efetividade aos direitos fundamentais.

Não se pretende, neste trabalho, discorrer sobre uma teoria geral dos direitos fundamentais. Nosso objetivo é tecer apontamentos sobre tais direitos, com destaque para sua dimensão objetiva – fonte principal do dever de atuação jurisdicional voltado à sua concretização –, bem como para sua eficácia e sua efetividade – analisando-se em que medida são obstaculizadas pela omissão legislativa.

Em seguida, cumpre analisar a forma como o Supremo Tribunal Federal enfrenta tal omissão. Ilustrando a situação a partir de casos paradigmáticos, examinaremos criticamente os instrumentos e as técnicas utilizadas por nossa Corte Suprema para cumprir sua função de colaboração na criação da norma.

Por fim, cabe o exame da legitimidade da atuação do Supremo Tribunal Federal. Não se pretende aqui uma abordagem sob o viés democrático – sobre o qual existe longo e profícuo debate doutrinário –, mas sim estabelecer os limites da atuação da Corte e analisar a forma como essa viabiliza o controle social da racionalidade de sua atuação.

Eis, em suma, o objeto da segunda parte desse trabalho. Considerando as conclusões parciais alcançadas nos capítulos anteriores e as noções postas nesta segunda parte, buscamos, ao fim e ao cabo, apresentar resposta à indagação que moveu a presente pesquisa: Qual deve ser, afinal, a atuação do Supremo Tribunal Federal diante da omissão legislativa que impede a efetividade dos direitos fundamentais?

1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: DA ABERTURA À EFICÁCIA

Um Estado Constitucional pressupõe a existência de uma constituição que sirva como ordem jurídico-normativa fundamental vinculativa de todos os poderes públicos.²¹⁰ Nele, conforme acentua Ingo Sarlet, os direitos fundamentais integram, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a sua essência, não apenas como parte da Constituição formal, mas também como elemento nuclear da Constituição material. Consagra-se, assim, a íntima vinculação entre as ideias de Constituição, Estado de Direito e direitos fundamentais.²¹¹

Os direitos fundamentais constituem mais do que simples limitação jurídica do poder estatal, conforme foram traçados na sua matriz liberal-burguesa²¹², exigindo do

²¹⁰ CANOTILHO, Gomes J. J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...* p. 241.

²¹¹ SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 58.

²¹² A evolução histórica ocidental das reivindicações por direitos, culminadas em gradativo reconhecimento e positivação dos direitos fundamentais, levou a doutrina a classificar, de forma didática, os direitos fundamentais em gerações. Críticas mais recentes vêm sendo dirigidas ao termo “gerações”: tendo o reconhecimento progressivo dos direitos fundamentais um caráter de complementaridade, o uso desse termo poderia ensejar a ideia de alternância, de substituição de uma geração por outra. Por isso, a moderna doutrina tem preferido o termo “dimensões”. Assim, a primeira dimensão de direitos fundamentais foi reconhecida a partir do pensamento liberal iluminista burguês, a partir do final do século XVIII, constituindo os direitos de defesa do cidadão perante o Estado, demarcando uma zona de não intervenção deste e de autonomia do indivíduo em face de seu poder. São, em geral, os direitos de liberdade – civis e políticos. Os direitos fundamentais de segunda dimensão, por sua vez, são decorrentes da ideia de igualdade material, e foram reconhecidos no período posterior às duas guerras mundiais do século XX, levando à afirmação do Estado Social. São os direitos sociais, culturais e econômicos, os quais atribuem um dever de comportamento ativo pelo Estado na realização de justiça social e, por isso, são conhecidos como “direitos prestativos”. Já os direitos fundamentais de terceira dimensão são os chamados direitos de solidariedade e fraternidade, que transcendem à ideia de indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos como o povo, ou a nação. Compreendem, por exemplo, o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, à comunicação. Nota-se que, em geral, há convergência de opiniões no que tange ao conteúdo das três primeiras dimensões dos direitos fundamentais. Contudo, uma vez que os direitos reconhecidos e as próprias Constituições estão em permanente transformação, acompanhando as evoluções da realidade política, social, econômica e cultural – e não havendo, inclusive, uniformidade em relação aos modelos de Estado e Constituição – há a recepção de diferentes posições jurídicas quanto ao reconhecimento das dimensões de direitos fundamentais. Assim, há quem defenda o reconhecimento de direitos fundamentais de quarta e quinta geração, ao mesmo tempo em que há Estados que nem mesmo reconhecem o Estado Social. Quanto aos direitos de quarta dimensão, esses correspondem, conforme defesa de Paulo Bonavides, à derradeira fase de institucionalização do Estado Social. Os chamados direitos universais abrangeriam, assim, o direito à democracia (direta), à informação e ao pluralismo, os quais compreenderiam formas de superar os monopólios do poder e conduzir à globalização política inclusiva e humana. Para o autor, a quinta dimensão dos direitos fundamentais surgiria a partir de uma reclassificação desses, realocando o direito à paz em uma quinta dimensão, nova e autônoma, para que se superasse o tratamento incompleto e lacunoso que tem sido dispensado a esse direito. Diferentemente, José Alcebiades de Oliveira Junior também defende a

Estado, portanto, deveres para além da mera abstenção. As diversas dimensões dos direitos fundamentais permitem afirmar que o Estado Constitucional por eles determinado assume feição de Estado ideal, cuja concretização, conforme Sarlet, passa a ser tarefa permanente²¹³ – o que, ressaltamos, é função de todos os poderes. Daí a lição de Canotilho de que o Estado Constitucional é mais um ponto de partida do que um ponto de chegada.²¹⁴

Nesse sentido, os direitos fundamentais constituem valores, direitos e liberdades que outorgam legitimidade à ordem constitucional e ao Estado.²¹⁵ Isso ocorre na medida em que o Estado Constitucional tem como fundamento e fim a dignidade da pessoa humana.²¹⁶ Para José Carlos Vieira de Andrade, o princípio da dignidade da pessoa humana “está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados” e “se projeta no indivíduo enquanto ser autônomo, em si e como membro de uma comunidade – são direitos da pessoa, do cidadão, do trabalhador e do administrado”.²¹⁷ No mesmo sentido, Ingo Sarlet afirma com clareza a dignidade da pessoa humana como aferidor da legitimidade substancial de uma determinada ordem jurídico-constitucional, e aduz, ainda, que os direitos e as garantias fundamentais podem “em princípio e ainda que de modo e intensidade variáveis ser reconduzidos de alguma forma à noção de dignidade da pessoa humana, já que todos remontam à ideia de proteção e desenvolvimento das pessoas”. Dessa forma, o princípio atua como elemento fundante e informador dos direitos fundamentais,

existência de quarta e quinta dimensões, as quais corresponderiam, respectivamente, porém, aos direitos relacionados ao campo da bioengenharia e da biotecnologia, e ao campo da cibernética, da tecnologia da informação e comunicação de dados. É extensa a doutrina sobre as gerações ou dimensões dos direitos fundamentais. Por todos: SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional...* p. 251-266; BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional...* p. 580-613; e OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de. *Teoria Jurídica e Novos Direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 83 e ss.

²¹³ SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais...* p. 59.

²¹⁴ CANOTILHO, Gomes J. J. *Curso de Direito Constitucional...* p. 83.

²¹⁵ Fala-se em conceito material de Constituição, cujo conteúdo refere-se à composição e ao funcionamento da ordem política para além da garantia de determinadas formas e procedimento inerentes à organização do poder, incluindo certos valores, direitos e liberdades como metas, parâmetros e limites da atividade estatal. O conceito de materialidade foi primeira e puramente traçado por Carl Schmitt, que defendia o conteúdo político da Constituição em contraposição à Kelsen, que defendia seu conteúdo jurídico. José Afonso da Silva, na esteira da melhor doutrina, critica ambas as visões por sua unilateralidade. Sobre a coexistência dos conteúdos formal e material, vide BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28ª ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 84-86 e 104-112. Publicação original em 1980; CANOTILHO, Gomes. J. J. *Curso de Direito Constitucional...* p. 501-502.

²¹⁶ SARLET, Ingo. *A Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9ª ed. atual. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 91.

²¹⁷ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2004. p. 102.

embora o faça, como alertam ambos os autores, com vinculação de ampla e diversa intensidade.²¹⁸ De toda forma, resta ao princípio a função de conferir determinada unidade de sentido ao sistema constitucional de direitos fundamentais, exercendo função instrumental para interpretação, aplicação e integração não só deles, mas de todo o ordenamento jurídico.²¹⁹

Em alusão aos direitos fundamentais como instrumento de aferição de legitimidade, Paulo Bonavides contrapõe o “velho Direito Constitucional da separação dos poderes” ao “novo Direito Constitucional” dos direitos fundamentais. Nesse sentido, à época do Estado Liberal, a organização jurídica dos poderes, a distribuição de suas competências, e o equilíbrio funcional dos órgãos de soberania e a determinação de seus limites constituíam o ponto fucral de uma Constituição, posição que hoje é ocupada pelos direitos fundamentais.²²⁰

Essa constatação ganha especial relevo na medida em que se evidencia a força normativa da Constituição. Dado que os direitos fundamentais são o núcleo de uma Constituição, todos os atos dos órgãos estatais devem-lhes estar conformes. Nesse sentido, afirma Luigi Ferrajoli que todos os direitos fundamentais equivalem a vínculos substanciais que condicionam a validade substancial das normas produzidas no âmbito estatal, ao mesmo tempo em que expressam os fins últimos que norteiam o moderno Estado Constitucional.²²¹

No contexto brasileiro, a Constituição Federal de 1988 criou e consagrou o “Estado Democrático de Direito” – expressão equivalente ao Estado Constitucional²²² – fundado na dignidade da pessoa humana. Promulgada em um contexto de reestruturação nacional pós ditadura civil-militar, a Constituição brasileira erige um

²¹⁸ SARLET, Ingo. *A Dignidade da Pessoa Humana...* p. 93.

²¹⁹ SARLET, Ingo. *A Dignidade da Pessoa Humana...* p. 95.

²²⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional...* p. 622.

²²¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. 7ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2010. p.22

²²² Para Canotilho, o Estado Constitucional só o é se tiver duas qualidades: ser “democrático” e “de direito”. O Estado é Constitucional quando existe uma constituição limitadora do poder por meio do império do Direito. Mas não só, pois isso já definia o Estado Liberal de Direito. O Estado Constitucional deve ainda ter seu poder legitimado democraticamente. Vide CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria...* p. 88-96. José Afonso da Silva, no mesmo sentido, acrescenta: “a configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*”. Vide SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo...* p. 121.

Estado com foco nos direitos fundamentais. Para tanto, dada a desconfiança contextual no legislador infraconstitucional, o Constituinte buscou resguardar as conquistas contra eventual erosão causada pelos poderes constituídos por meio de procedimento analítico²²³. Além disso, a Constituição apresenta caráter compromissório, resultado de compromissos possíveis diante de disputas entre forças políticas e grupos de interesse que se fizeram representar no processo constituinte. Com efeito, transportou-se o pluralismo social existente na sociedade brasileira para o texto da Constituição, que abriga preceitos inspirados em diferentes teorias dos direitos fundamentais²²⁴ e diferentes visões de mundo²²⁵.

Outro ponto de destaque é o cunho dirigente e programático da Constituição de 1988, devido ao grande número de disposições constitucionais dependentes de regulamentação legislativa, estabelecendo programas, fins e diretrizes a serem perseguidos, implementados e assegurados pelos poderes públicos. Conforme alerta Ingo Sarlet, entretanto, esses elementos programáticos foram mitigados no que concerne aos direitos fundamentais²²⁶, de modo especial devido à redação do art. 5º, §1º, que prevê a aplicabilidade imediata de normas definidoras de direitos fundamentais – texto cuja interpretação é debatida, e que será objeto de nossa análise ainda nesse capítulo.

²²³ SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais...* p. 65.

²²⁴ Canotilho expõe seis: teoria liberal, teoria da ordem de valores, teoria institucional, teoria social, teoria democrática funcional e teoria socialista dos direitos fundamentais. Vide CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 505-511.

²²⁵ Interessante é a nota de Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento sobre a inclusão de ampla gama de direitos fundamentais, inclusive sociais, no texto constitucional, mesmo diante da composição da Constituinte, predominantemente de Centro e conservadora – somando em apenas 9% os partidos então identificados com a esquerda (vide p. 160): “É curioso que, afora alguns direitos trabalhistas, os instrumentos de democracia participativa e a definição do regime da propriedade, o sistema de direitos fundamentais não tenha despertado maior resistência dos constituintes conservadores, que se aglutinaram em torno do Centrão. Não é que houvesse um relativo consenso político em relação aos direitos fundamentais. Uma interpretação mais realista dos fatos históricos explicaria tal fenômeno a partir da descrença então nutrida pelos atores políticos a propósito da possibilidade de efetivação dos direitos fundamentais, que eram vistos mais como adereços para embelezamento da Constituição, do que como normas dotadas de significado prático na vida social. Afinal, tinha sido assim nas constituições anteriores do país”. Vide SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional...* p. 173. Com efeito, Luís Roberto Barroso afirma que o debate acerca da força normativa da Constituição só chegou ao Brasil ao longo da década de 80, tendo enfrentado resistência. Até então, conforme o autor, as Constituições haviam sido “repositórios de promessas vagas e de exortações ao legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade direta e imediata”. Vide BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional...* p. 263.

²²⁶ SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais...* p. 65.

Tendo analisado sucintamente a recíproca implicação entre direitos fundamentais e Estado Constitucional e traçado breves linhas sobre as características principais da Constituição Federal de 1988, cabe analisar mais detidamente o tratamento dispensado por ela aos direitos fundamentais.

1.1. A fundamentalidade material e a cláusula de abertura

Para adentrarmos no estudo dos direitos fundamentais, é preciso, primeiramente, termos clareza sobre seu conceito. Direitos fundamentais, na perspectiva por nós adotada, são os direitos reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado. Nesse sentido, conforme Alexy, os direitos fundamentais possuem fundamentalidade em sentido formal e material²²⁷, vale dizer, o que qualifica um direito como fundamental é “precisamente a circunstância de que esta fundamentalidade é simultaneamente formal e material”²²⁸.

Segundo Jorge Miranda os direitos fundamentais em sentido formal seriam aquelas posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto consagradas na Constituição.²²⁹ Esta categoria liga-se, portanto, ao direito constitucional positivo, sendo direito fundamental aquilo que a Constituição define como tal. Esses direitos estão submetidos a regime jurídico definido a partir da própria Constituição, qual seja: a) os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, gozando da supremacia hierárquica das normas constitucionais; b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional (art. 60 da CF); c) são normas diretamente aplicáveis, e, por isso, vinculam de forma imediata as entidades públicas e os atores privados (art. 5º, §1º, da CF), constituindo parâmetros de escolhas, decisões, ações e controle dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais, além de formarem um núcleo de proteção em situações de exceção.

Com efeito, a fundamentalidade formal não é suficiente para definir o que são direitos fundamentais, uma vez que nada diz sobre o conteúdo desses. Além disso, a Constituição Federal admitiu expressamente, em seu art. 5º, §2º, a existência de

²²⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales...* p. 461.

²²⁸ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional...* p. 266.

²²⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Tomo IV – Direitos Fundamentais*. 3ª ed. Lisboa: Coimbra Editora, 2000. p. 9.

outros direitos fundamentais além dos previstos no seu Título II. É preciso que se reconheça simultaneamente, pois, a fundamentalidade material, vale dizer, que os direitos reconhecidos como fundamentais possuam conteúdo acerca da estrutura do Estado e da sociedade, de modo especial, porém, no que diz com a posição nestes ocupada pela pessoa humana.²³⁰

Uma conceituação só é possível, portanto, quando relacionada a uma ordem constitucional concreta, de forma que é impossível desenvolver uma teoria universal dos direitos fundamentais sem que esta esteja dissociada da realidade²³¹. Muito embora existam categorias universais e consensuais no que diz com o reconhecimento da fundamentalidade em valores como a vida, a liberdade, a igualdade e a dignidade humana, é preciso reconhecer que também estes devem ser contextualizados, já que igualmente suscetíveis de uma valoração distinta e condicionada pela realidade concreta. Nesse sentido a ênfase de Ingo Sarlet de que a fundamentalidade material se dá não só pela relevância do bem jurídico tutelado considerado em si mesmo, mas especialmente pela relevância adquirida em função das opções do Constituinte.²³²

Uma vez reconhecidas as dimensões da fundamentalidade, impõe-se, ainda, a análise da necessidade de coexistência de ambas as dimensões. Como visto, o art.

²³⁰ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional...* p. 268.

²³¹ Nesse sentido a crítica de Luca Baccelli a Luigi Ferrajoli, que propõe uma teoria puramente formal de direitos fundamentais, baseada no critério da titularidade formal. Para este, “*son <derechos fundamentales> todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a <todos> los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por <derecho subjetivo> cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto, por una norma jurídica; y por <status> la condición de un sujeto prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas*” (vide FERRAJOLI, Luigi. *Derechos Fundamentales. In Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales...* p. 19.) Afora outras críticas cabíveis sobre esse conceito, a crítica formulada por Luca Baccelli reside sobre o caráter universal proposto por Ferrajoli, uma vez que a definição da fundamentalidade de um direito depende da cultura de cada Estado. Nesse sentido, o autor questiona a aceitabilidade de um direito fundamental fora de seu contexto cultural, e afirma que a elaboração de uma ética internacional poderia levar a um novo “fundamentalismo dos direitos”. Por isso, propõe um caminho alternativo: que o elemento tendencialmente universal não seja buscado em seu conteúdo ou em sua estrutura formal, mas que seja valorizada a ideia de que o reconhecimento de um direito fundamental se dá a partir da reivindicação e da oposição ao poder e à opressão como forma de estimular a busca pela sua afirmação. Vide BACCELLI, Luca. *Derechos sin Fundamento. In FERRAJOLI, Luigi. Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales...* p. 197-213. Também em crítica à Ferrajoli, Riccardo Guastini defende que a universalidade não é uma característica própria dos direitos fundamentais, demonstrando que se trata de conceito vazio. Vide GUASTINI, Riccardo. *Tres problemas para Luigi Ferrajoli. In FERRAJOLI, Luigi. Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales...* p. 57-62.

²³² SARLET, Ingo. A eficácia dos Direitos Fundamentais... p. 76.

5º, §2º da Constituição, ao estabelecer que os direitos e garantias nela expressos “*não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*”, previu a cláusula de abertura do catálogo constitucional de direitos fundamentais, permitindo a inclusão de direitos com fundamentalidade somente material ao rol de direitos fundamentais, com a consequente aplicação a esses direitos do regime jurídico próprio à fundamentalidade formal.

Assumimos, assim, a existência de direitos fundamentais em sentido material que não possuam *a priori* fundamentalidade formal, muito embora não tenhamos a recíproca como verdadeira.²³³ José Carlos Vieira de Andrade defende, entretanto, que há a possibilidade, na Constituição portuguesa – que possuiu cláusula análoga prevista no seu art. 16º, nº1 – de existência de cláusulas com fundamentalidade formal, embora não constituam matéria de direitos fundamentais, com a consequência que a esses direitos não é aplicável o regime próprio dos direitos fundamentais.²³⁴ Com efeito, não assumimos essa possibilidade. A inclusão de determinados direitos no rol de direitos fundamentais – vale dizer, a outorga de fundamentalidade formal – é escolha do Constituinte, com base na sua concepção de quais direitos são considerados essenciais e merecedores, portanto, de proteção específica – inclusive proibindo, como cláusula pétrea, a abolição dos direitos fundamentais²³⁵. Dessa forma, uma interpretação sistemática permite-nos concluir que a opção pela restrição de fundamentalidade de algum direito fundamental é decisão que cabe somente ao constituinte, não sendo permitido aos poderes constituídos uma reclassificação desse direito segundo seu conteúdo. Devem esses, pelo contrário, por estarem diretamente vinculados aos direitos fundamentais, lhes assegurar máxima eficácia e efetividade. É nesse sentido a lição de Canotilho de que não cabe ao intérprete a redução do *corpus* constitucional, sob pena de se quebrar a unidade normativa da Constituição.²³⁶ O

²³³ Nesse sentido, também, Jorge Miranda. Vide MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Tomo IV...* p. 9.

²³⁴ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1916...* p. 77-96.

²³⁵ Assumimos, assim, a posição de Ingo Sarlet de que as cláusulas pétreas se referem a todos os direitos fundamentais, pois todos são de titularidade individual, ainda que alguns tenham expressão coletiva. SARLET, Ingo. *Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988*. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

²³⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...* p. 1064-1065.

mesmo aplica-se para o que há de fundamental nela. De forma clara, a possibilidade do reconhecimento de direitos apenas formalmente fundamentais, excluindo-os do rol dos direitos fundamentais e negando-lhes a devida proteção, significa negação de sua vinculatividade imediata e, com isso, possível redução de sua efetividade.

No que tange à abrangência da abertura, é notável que a doutrina majoritária e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal interpretam a cláusula admitindo a expansividade do catálogo não só para direitos individuais, equiparáveis ao art. 5º da Constituição – interpretação possível, dada a localização da cláusula de abertura entre os parágrafos do artigo referente aos direitos individuais –, mas também para os demais direitos, sejam, políticos, econômicos, culturais, sociais, ambientais.

Para sustentar o entendimento de que a norma se refere a todos os direitos fundamentais, Ingo Sarlet enumera razões, às quais aderimos: a) a expressão literal do enunciado, que menciona, de forma genérica, os “direitos e garantias expressos nesta Constituição”, sem qualquer limitação quanto à sua posição no texto; b) da acolhida expressa dos direitos sociais na Constituição, no título relativo aos direitos fundamentais, apesar de regrados em outro capítulo; c) da virtual pacificação da doutrina internacional a respeito da fundamentalidade de ambos os grupos – os direitos individuais, de um lado, e os direitos sociais, de outro – a despeito de diversa estrutura normativa e de suas consequências jurídicas; d) a interpretação que leva em conta a finalidade do dispositivo se sobrepõe à localização topográfica deste; e) o entendimento pacificado na doutrina de que o rol de direitos fundamentais previstos nos artigos 6º e 7º da Constituição é meramente exemplificativo, permitindo-se a inclusão de outros dispositivos dispersos no texto constitucional a este título – devido à enunciação dos direitos sociais básicos no art. 6º, que encerra com a expressão “na forma desta Constituição”, bem como à expressão amplificativa prevista no caput do art. 7º: “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”; f) os direitos fundamentais sociais são inerentes à natureza e à substância do Estado Social, consagrado pela Constituição em seu preâmbulo e seus princípios fundamentais. Na esteira desses argumentos, defende que os direitos políticos também se encontram abrangidos pelo princípio da abertura

material, pois encontram sua vertente direta no princípio democrático consagrado na Constituição.²³⁷

No mesmo sentido, Jorge Miranda defende que a reclamação por esses direitos não implica reclamação por maior intervenção estatal, pois a sua efetivação depende também de comunidades, grupos e associações, da capacidade de organização dos próprios interessados e do empenho participativo que ponham na ação. Por isso, a exigência de novos ou mais extensos direitos econômicos, sociais e culturais pode também ser entendida como reivindicação por mais direitos de participação das pessoas e dos grupos setoriais dentro da sociedade civil.²³⁸

Por esses motivos, pode-se entender que a cláusula de abertura prevista no art. 5º, §2º da Constituição Federal é norma geral e inclusiva. É esse o sentido dado por Menelick de Carvalho Netto, para quem o reconhecimento dos direitos fundamentais é resultado de disputas pela identidade constitucional, de lutas por concepções cada vez mais complexas de afirmação constitucional da liberdade e da igualdade de todos, de forma que devemos entender os direitos fundamentais como “algo permanente aberto”, e ver a própria Constituição formal como “um processo permanente, e portanto mutável, de afirmação da cidadania”. Por isso, afirma que o enunciado em questão “se apresenta como moldura de um processo de permanente aquisição de novos direitos fundamentais”.²³⁹

Dada, portanto, a permanente abertura do catálogo de direitos fundamentais, chegamos ao conceito – definido por Ingo Sarlet a partir da elaboração de Alexy²⁴⁰ – de direitos fundamentais como

todas as posições jurídicas concernentes às pessoas (naturais ou jurídicas, consideradas na perspectiva individual ou transindividual) que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, expressa ou implicitamente, integradas à Constituição e retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, bem como as posições jurídicas

²³⁷ SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais...* p. 82-83.

²³⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Tomo IV...* p. 167.

²³⁹ CARVALHO NETTO, M. *A Hermenêutica Constitucional e os desafios postos aos Direitos Constitucionais*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. (Coord.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 141-163.

²⁴⁰ Para quem os direitos fundamentais são definidos como posições que, do ponto de vista do direito constitucional, são tão relevantes, que seu reconhecimento ou não-reconhecimento não pode ser deixado à livre disposição do legislador ordinário. Vide ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales...* p. 398.

que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, tendo, ou não, assento na Constituição formal²⁴¹.

A partir desse conceito, impõe-se ainda o questionamento acerca de quais são e como são reconhecidos os direitos fundamentais que não estão expressos no Título II da nossa Constituição Federal, vale dizer, qual o conteúdo de um conceito substancial de direitos fundamentais calcado em nosso direito constitucional positivo.

Ao passo que a fundamentalidade dos direitos previstos no Título II se dá por decisão do constituinte, a identificação de outros direitos fundamentais é decisão que possui caráter argumentativo, sujeito a critérios materiais e à devida justificação. Tais critérios, conforme Ingo Sarlet, são a substância e a relevância do direito em análise, que devem ser análogas às dos direitos fundamentais estabelecidos no Título II.²⁴² A cláusula de abertura, pois, está submetida à observação dos princípios fundamentais adotados pela Constituição - direitos à vida, bem como os de liberdade e igualdade correspondem diretamente às exigências da dignidade da pessoa humana; direitos políticos decorrem do princípio democrático e da soberania popular; direitos sociais estão radicados tanto na dignidade da pessoa humana quanto nos princípios estruturadores do Estado Social.

Além da conformidade do conteúdo, a doutrina ainda debate, para a inclusão de um direito com materialidade fundamental ao rol dos direitos fundamentais, a necessidade ou não de previsão expressa do direito. Ou seja, trata-se de análise que diz respeito a direitos: a) expressamente positivados, vale dizer, previstos por normas cujos textos se encontram em outros títulos da Constituição que não o relativo a direitos fundamentais, ou mesmo em tratados internacionais; b) direitos implicitamente positivados, ou seja, reconhecidos por normas que não encontram respaldo textual direto.

O primeiro passo na busca por uma identificação do conteúdo da materialidade das normas se dá em relação aos direitos reconhecidos por normas cujos textos se encontram esparsos na Constituição. A esse respeito, a doutrina é consensual ao afirmar que a cláusula de abertura prevista no art. 5º, §2º, dada a expressão abrangente “direitos e garantias expressos nessa Constituição”, possui finalidade de

²⁴¹ SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais...* p. 77.

²⁴² SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional...* p. 279.

incorporar ao rol de direitos fundamentais outros direitos que não expressos no Título II. Restringir essa possibilidade – que é a perspectiva mínima de abertura – significaria o esvaziamento do conteúdo da norma. Elencamos, enquanto exemplo dessa possibilidade, alguns direitos fundamentais previstos fora do catálogo entre nós já reconhecidos: os direitos de igual acesso aos cargos públicos, de associação sindical, e de greve dos servidores públicos (art. 37, I, VI e VII); a legitimação ativa para iniciativa popular legislativa (art. 61, §2º); a garantia da publicidade e da fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX); e o direito à proteção do meio ambiente (art. 225).

Em segundo lugar, no que tange à possibilidade de reconhecimento de direitos fundamentais sediados expressamente nos tratados de direitos humanos²⁴³, é amplo o debate doutrinário, não cabendo nos objetivos desse trabalho analisá-lo extensivamente²⁴⁴. Analisaremos a possibilidade de reconhecimento da fundamentalidade a partir do *status* que os tratados adquirem ao serem incorporados ao direito brasileiro conforme definido pelo Emenda Constitucional 45/2004 e pelo Supremo Tribunal Federal.

A Emenda Constitucional 45/2004 inseriu o art 5º, §3º à Constituição, o qual estabelece que, no que versem sobre direitos humanos e mediante procedimento específico, os tratados equivalerão a emendas constitucionais, assegurando-se a esses direitos, por conseguinte, a fundamentalidade formal e material. Quanto aos tratados ratificados antes da EC 45/2004, por força da decisão do Supremo Tribunal Federal na decisão do RE 466343/SP, possuem hierarquia supralegal, mas não *status*

²⁴³ Importante a referência de Ingo Sarlet quanto à exegese do termo “tratados internacionais”. A despeito da falta de uniformidade e precisão terminológica em relação às expressões encontradas no direito constitucional positivo, existe certa unanimidade doutrinária no sentido de que o termo engloba diversos tipos de instrumentos internacionais, o que decorre de entendimento firmado pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que estabelece “tratado” como um termo genérico. Vide *Curso de Direito Constitucional...* p. 283-284.

²⁴⁴ O debate versa sobre a hierarquia ocupada pelos diplomas internacionais que versam sobre direitos humanos – se estes possuem força superior à Constituição, equivalente a esta, *status* intermediário entre a Constituição e a lei ordinária, ou paridade com esta última. Para um aprofundamento sobre o tema do *status* das normas provenientes de tratados internacionais sobre direitos humanos, ver: MAZZUOLI, V. O. *Direito Internacional Público: Parte Geral*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008; PIOVESAN, F. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013; SARLET, Ingo. *Integração dos tratados de Direitos Humanos no ordenamento jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-27/direitos-fundamentais-integracao-tratados-direitos-humanos-ordenamento-juridico>>. Acesso em: jan. 2016.

equivalente a emenda constitucional.²⁴⁵ Nesse caso, consideramos adequadas as ponderações feitas por Ingo Sarlet, para quem os direitos previstos nesses tratados possuem posição privilegiada, mesmo que distinta da condição gozada pelos direitos fundamentais positivados pelo constituinte. Esses direitos, que desde logo possuem materialidade fundamental, se aglutinam à Constituição material, adquirindo, assim, *status* fundamental. Assim, a tese da equiparação entre direitos humanos sediados em tratados internacionais e direitos fundamentais é, nas palavras do autor, a forma que “mais se harmoniza com a especial dignidade jurídica e axiológica dos direitos fundamentais na ordem jurídica interna e internacional”.²⁴⁶

Em terceiro lugar, temos a análise da fundamentalidade dos direitos sediados em nível legal. Muito embora a doutrina portuguesa afirme a possibilidade de reconhecer direitos fundamentais oriundos de lei, ela o faz em seu contexto constitucional próprio, em que o art. 16, nº1 da Constituição Portuguesa prevê que “os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional”. A Constituição brasileira, porém – mesmo tendo sido inspirada na Constituição portuguesa – optou por não incluir no art. 5º, §2º o termo lei. Assumimos, portanto, posição mais cautelosa no reconhecimento de direitos fundamentais a nível legal, na esteira do pensamento de Ingo Sarlet. Para o autor, parece mais razoável afirmar que cabe ao legislador infraconstitucional o papel de concretizar e regulamentar os direitos fundamentais positivados na constituição, ao invés de criá-los. Assim, aquilo que para muitos pode ser considerado um direito fundamental fundado em legislação infraconstitucional é, na verdade, “explicitação, mediante ato legislativo, de direitos implícitos ou mesmo decorrentes do regime e dos princípios fundamentais, desde logo originalmente fundados na Constituição”²⁴⁷ – o que ocorre, por exemplo, com os direitos de personalidade previstos no Código Civil, visto que podem ser deduzidos de uma

²⁴⁵ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1996. p. 96 e ss.

²⁴⁶ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional...* p. 289.

²⁴⁷ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional...* p. 274.

cláusula geral de tutela da personalidade ancorada no direito geral de liberdade e no princípio da dignidade da pessoa humana.²⁴⁸

Concluimos, portanto, que podem ser considerados direitos fundamentais aqueles que estão em nível constitucional, seja por terem sido expressos pelo constituinte originário, seja por terem sido incorporados à Constituição pelo constituinte derivado, bem como aqueles que estão em nível supralegal, dada sua materialidade fundamental. Quanto aos direitos previstos em legislação infraconstitucional, não vemos possibilidade, por se tratarem antes concretizações de direitos fundamentais, e não sua própria expressão.

Cabe a análise, ainda, dos direitos que não estão expressos textualmente. Para Jorge Miranda, o reconhecimento de direitos para além dos expressos é consequência do princípio da liberdade das pessoas contraposto ao princípio da competência de prefixação normativa pelos poderes do Estado, uma vez que a realização de cada homem ou mulher não se cinge a este ou àquele acervo de direitos declarados em certo momento.²⁴⁹

Não nos resta, pois, dúvida dessa possibilidade, inclusive para além dos argumentos políticos. Como vimos na primeira parte desse trabalho, as normas diferem dos textos, de forma que normas podem ser compreendidas na ausência deles. Um direito fundamental será reconhecido, diante ou não de texto constitucional, a partir de interpretação da Constituição – interpretação essa mais ou menos limitada conforme o Constituinte o tenha expresso ou não.

Por esse motivo, não compreendemos o motivo ou a utilidade da divisão doutrinária dos direitos fundamentais não escritos em direitos implícitos e direitos decorrentes²⁵⁰. Ingo Sarlet define como implícito aquilo que está subentendido

²⁴⁸ MELLO, Cláudio Ari. *Contribuição para uma Teoria Híbrida dos Direitos da Personalidade*. In SARLET, Ingo (org.) *O Novo Código Civil e a Constituição*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 69-100.

²⁴⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV... p. 165.

²⁵⁰ Tal divisão baseia-se na categorização feita por José Afonso da Silva, que distinguiu os direitos fundamentais individuais em direitos individuais expressos, direitos individuais implícitos e direitos individuais decorrentes do regime e dos tratados internacionais subscritos pelo Brasil. Vide SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*... p. 196. Assim, Ingo Sarlet divide os direitos fundamentais em escritos e não escritos, e subdivide o grupo dos direitos não escritos em direitos implícitos e direitos decorrentes. Vide SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*... p. 85-90. Flávia Piovesan, por sua vez, agrupa sob denominação de implícitos tanto os direitos subentendidos quando os direitos decorrentes. Vide PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*... p. 87-89.

(envolvido, mas não de modo claro), de modo que a categoria dos direitos implícitos envolveria tanto a possibilidade de dedução de um novo direito fundamental com base nos constantes no catálogo, quanto a uma extensão, mediante hermenêutica, do âmbito de proteção de determinado direito fundamental expressamente positivado. Quanto aos direitos decorrentes do regime e dos princípios, seriam esses uma acepção estrita de posições jurídicas fundamentais subentendidas de normas de direitos fundamentais da Constituição, no sentido de referidas ao seu âmbito de proteção.

Com efeito, não reconhecemos tal categorização. Todos os direitos fundamentais não escritos são reconhecidos por meio de normas, resultado de interpretação. Não existem normas já dadas, mesmo que de forma não clara, e outras a serem construídas. Tal entendimento, a nosso ver, está a meio caminho do reconhecimento da diferença entre texto e norma – entende-se, de um lado, que algumas normas podem ser “criadas” jurisprudencialmente por meio de interpretação, enquanto outras serão extraídas do texto, ou seja, já estão presentes nele, mesmo que de forma não clara. Entendemos, pois, que os direitos fundamentais não escritos formam categoria única, tendo seu reconhecimento a partir da reivindicação social e da interpretação da Constituição.

A cláusula de abertura da Constituição reconhece, a nosso ver, portanto, a importância da interpretação e da reconstrução jurisprudencial do direito como meio para manter a Constituição atualizada, aberta às novas realidades e à reivindicação social. Veja-se que todas as pessoas, a doutrina, o judiciário como um todo, interpretam a Constituição e afirmam a existência de determinados direitos fundamentais; é competência do Supremo Tribunal Federal, entretanto, definir a interpretação vinculante da Constituição.

Assim, quando a sociedade civil reclama por direitos fundamentais, é no Supremo Tribunal Federal que se dará de forma definitiva o embate pelo seu reconhecimento. Se frustrado, cabe aos grupos populares exercer a pressão para que o Supremo mude de opinião e termine por reconhecê-los. O reconhecimento de direitos fundamentais, – seja pelo Constituinte, seja pelo Supremo Tribunal Federal – não deixa de ser, portanto, fruto da reivindicação social.

1.2. A perspectiva objetiva

A perspectiva jurídico-objetiva corresponde à condição dos direitos fundamentais que vai além da função precípua de direitos subjetivos de defesa do indivíduo em face do Estado, constituindo decisões valorativas de natureza objetiva da Constituição, com eficácia para todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos. Assim, os direitos fundamentais, na sua dimensão objetiva, transformam-se em princípios superiores do ordenamento jurídico-constitucional, constituindo componentes estruturais básicos da ordem jurídica.²⁵¹ Nas palavras de Konrad Hesse:

Esse sistema de valores, cuja medula radica na personalidade humana, atuando livremente no seio da sociedade constituída, bem como na dignidade da pessoa, deve vigorar como decisão constitucional básica em todas as esferas do Direito: dele recebem orientação e impulso a legislação, a administração e a atividade jurisdicional.²⁵²

O reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais implica identificar, consoante Vieira de Andrade, a diferença entre a matéria de direitos fundamentais e os direitos fundamentais enquanto categoria jurídica de direitos subjetivos, já que alguns preceitos não conferem quaisquer posições jurídicas subjetivas, mas sim estabelecem normas destinadas a garantir os direitos individuais ou a lhes definir o regime jurídico. Essa diferenciação implica reconhecer a todas as normas, inclusive àquelas que definem posições jurídicas subjetivas, funções ou efeitos que não se restringem à dimensão subjetiva.²⁵³

Não quer dizer, portanto, que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais constitua “reverso da medalha” da perspectiva subjetiva, conforme oportuna advertência de Ingo Sarlet. Significa, na verdade, que mesmo às normas que preveem

²⁵¹ Nesse sentido Pérez Luño atribui uma tripla dimensão aos valores constitucionais: uma fundamentadora, em sentido estático, de todo o ordenamento jurídico, acentuando-os como núcleo básico e informador de todo o sistema jurídico-político; outra orientadora, em sentido dinâmico, que estabelece fins a serem perseguidos; e, por fim, uma crítica, como critério ou parâmetro de valoração, permitindo o controle jurisdicional das demais normas do ordenamento a partir de sua conformidade com os valores constitucionais. Vide LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 6ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1999. p. 288.

²⁵² HESSE, Konrad. *Significado dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Carlos dos Santos Almeida. In *Temas Fundamentais do Direito Constitucional – Konrad Hesse; textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 38.

²⁵³ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. p. 109-110.

direitos subjetivos é outorgada função autônoma, transcendente à dimensão subjetiva, desembocando no reconhecimento de conteúdo normativo e, assim, de funções distintas aos direitos fundamentais.²⁵⁴ Daí a afirmação de Daniel Sarmento de que os direitos fundamentais, mesmo aqueles de matriz liberal, deixam de ser apenas limites para o Estado, convertendo-se em norte da sua atuação.²⁵⁵ Considera-se, portanto, o bem tutelado pelos direitos fundamentais como um valor em si, a ser preservado e fomentado, autorizando inclusive restrições a direitos fundamentais individuais.²⁵⁶

A discussão sobre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais desdobra-se em dois níveis distintos de questionamentos que, muito embora sejam relacionados, não se confundem. De um lado, em termos de filosofia constitucional, discute-se a validade da compreensão da Constituição como uma ordem de valores e as consequências dessa posição na interpretação realizada pela jurisdição constitucional. De outro lado, em um nível mais pragmático, o debate é travado em torno dos efeitos adicionais para a tutela dos direitos fundamentais, decorrentes do reconhecimento da sua dimensão objetiva.

1.2.1. Os Direitos Fundamentais enquanto ordem de valores

O reconhecimento e desenvolvimento do caráter dos direitos fundamentais como decisões axiológicas ganhou corpo, como relata Böckenförde, na década de 1950, na esteira do advento da Lei Fundamental de alemã de 1949, em conexão com a discussão travada sobre a fundamentação do direito na República Federal alemã após a queda do nacional socialismo e o fracasso do positivismo jurídico, além do questionamento acerca do verdadeiro significado e da fundamentação última dos direitos fundamentais, motivado pelo reconhecimento da dignidade da pessoa humana, o que implica a eficácia dos direitos fundamentais para além da relação Estado-cidadão.²⁵⁷

²⁵⁴ SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais...* p. 144.

²⁵⁵ SARMENTO, Daniel. *A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria*. In SAMPAIO, José Adércio Leite. (coord.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 254.

²⁵⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 190.

²⁵⁷²⁵⁷ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Tradução de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 1993. p. 105-106.

Marco histórico para o reconhecimento de tal dimensão foi o caso *Lüth*, julgado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão em 1958.²⁵⁸ Nessa oportunidade, o Tribunal Constitucional assentou que os direitos fundamentais, para além da sua função primária de salvaguardar as liberdades individuais frente ao poder do Estado, formam uma ordem de valores centrados na dignidade da pessoa humana, que afeta todas as esferas do direito público e privado, constituindo parâmetro para o Estado nas áreas de legislação, administração e jurisdição. Assim, o conteúdo das normas em vigor deveria ser harmonizado com esta ordem de valores, de forma que o conteúdo constitucional orientaria a interpretação inclusive do direito privado.

Tal ordem de valores – frisa-se – reporta não a uma ordem moral imutável e supra-histórica, própria do jusnaturalismo²⁵⁹, mas sim, conforme expõe Daniel Sarmiento, a valores que possuem uma dimensão cultural e que se integram à consciência ético-jurídica de uma comunidade histórica concreta.²⁶⁰

Essa posição, contudo, também é alvo de muitas críticas, dada a vagueza do seu conteúdo. A teoria da Constituição como ordem de valores não responde, com efeito, quais são esses valores, como eles se relacionam entre si e quais as consequências que lhes são atribuíveis. Nesse sentido, Gisele Cittadino afirma que identificar os direitos fundamentais como valores comunitários implica uma confiança excessiva nas tradições culturais, que muitas vezes não são favoráveis aos direitos humanos. Assim, especialmente nos contextos históricos em que não se pode confiar nas tradições, os direitos fundamentais devem ser vistos como normas obrigatórias, e não como “bens especialmente preferidos”.²⁶¹

A crítica à doutrina dos valores reside, pois, em uma possível legitimação a um decisionismo judicial, que exacerbaria o grau de insegurança na jurisdição constitucional e levaria a um déficit de racionalidade, abrindo margem para um

²⁵⁸ Vide DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito Privado e Constituição. Drittwirkung dos direitos fundamentais – construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 68 e ss.

²⁵⁹ Embora tenha sido essa a concepção predominante, chegou a haver, no início, uma aproximação com o jusnaturalismo. Nesse sentido a defesa de Otto Bachoff, para quem existe uma ordem de valores anterior à própria Constituição, devendo esta reconhecer e concretizar tal ordem, uma vez que os valores determinantes da cultura ocidental são o fundamento último de validade da Constituição. Vide BACHOF, Otto. *Jueces y Constitución*. Trad. Rodrigo Bercovitz Rodrigues-Cano. Madrid: Civitas, 1987. p. 40.

²⁶⁰ SARMENTO, Daniel. *A dimensão objetiva dos direitos fundamentais...* p. 271.

²⁶¹ CITTADINO, Gisele. *Princípios Constitucionais, direitos fundamentais e história*. In Peixinho, Manoel Messias (org.). *Os Princípios da Constituição de 1988*. p. 107.

autoritarismo judicial dissonante da concepção democrática. Nesse sentido a posição de Habermas, para quem a doutrina da ordem de valores abre as portas para a irracionalidade, pois “na medida em que um tribunal constitucional adota a teoria da ordem de valores e a toma como base de sua prática de decisão, cresce o perigo de juízes irracionais, porque, neste caso, os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos”.²⁶²

Nesse sentido, o Brasil ainda vivencia, desde o início da vigência da Constituição de 1988, um fenômeno que podemos chamar de expressão dos neoconstitucionalismos, agrupando diversas teorias que, embora distintas, possuem pontos em comum. Partindo da exaltação dos valores, os aspectos mais relevantes de tais teorias são a valorização dos princípios em detrimento das regras, a ponderação no lugar da subsunção, o predomínio de uma justiça particular sobre a geral, o Poder Judiciário mais forte que o Poder Legislativo e aplicação da Constituição em vez da aplicação da lei.²⁶³

Humberto Ávila, em estudo esclarecedor, desmistifica tal fenômeno. Em primeiro lugar, o autor demonstra que não existe supremacia de um tipo de norma sobre outro, possuindo princípios e regras funções e eficácias diferentes e complementares. Nesse sentido, a Constituição de 1988 deu primazia quantitativa às regras, em razão de sua função de eliminar ou reduzir problemas relacionados a coordenação, conhecimento, custos e controle de poder – realizando, assim, na maior parte dos casos, uma ponderação pré-legislativa²⁶⁴, o que restringe as possibilidades interpretativas – seja para o legislador infraconstitucional, seja para o juiz intérprete do texto constitucional e, mais ainda, do infraconstitucional. Desse modo, o método principal de aplicação deveria ser a correspondência conceitual vinculada a finalidades²⁶⁵, e não a ponderação.

Além disso, importante frisar que os princípios não têm o condão de afastar as regras imediatamente aplicáveis situadas no mesmo plano. Assim, não pode um juiz

²⁶² HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*. Vol. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 321-322.

²⁶³ ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. In Revista Eletrônica de Direito do Estado. Num. 17. Bahia: IBDP, jan/fev/mar 2009. p. 2. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf>>. Acesso em 1 de setembro de 2015.

²⁶⁴ ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”... p. 4.

²⁶⁵ ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”... p. 5.

arrogar para si maiores poderes na aplicação, saltando do plano legal para o constitucional pelo uso de princípios constitucionais – e de sua maior margem de indeterminação – quando o Poder Legislativo já estiver estabelecido regras a respeito do assunto.²⁶⁶ Dito de outro modo: os valores que alicerçam a Constituição não têm o condão de afastar as normas constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis – nem toda ponderação cabe ao juiz. Impõe-se o respeito ao viés democrático da representatividade legislativa:

Se a própria Constituição não contém regra a respeito de determinada matéria, antes reservando ao Poder Legislativo a função de editá-la, se ele exercer a sua liberdade de configuração e de fixação de premissas dentro dos limites constitucionais, aliás também fornecidos pelos princípios constitucionais, especialmente os formais, a mera desconsideração da regra legal (que insista-se, não se confunde com a interpretação conforme a Constituição, nem com interpretação mediante extensão ou restrição teleológicas, nem, ainda, com a não-aplicação de regra geral a caso particular por meio do postulado da razoabilidade) culmina com a própria desconsideração do próprio princípio democrático e, por consequência, do princípio da separação dos poderes.²⁶⁷

Por certo, a compreensão da Constituição apenas como ordem de valores pode significar uma diminuição de sua força normativa. Ocorreria o que Paulo Bonavides chamou de flexibilização do Direito Constitucional, pois este restaria “disperso nos casuísmos de poder ou nas soluções tópicas de um decisionismo sem juridicidade”.²⁶⁸ Tal situação, no entanto, não conduz a uma desconsideração lógica da dimensão axiológica dos direitos fundamentais, mas sim, como visto, de aplicação que leve em conta o devido método jurídico.

É preciso que reconheçamos, assim, que a Constituição, enquanto norma superior de uma comunidade política, consagra e juridiciza os valores mais importantes dessa comunidade, tendo relevância a dimensão axiológica dos direitos fundamentais. A solução, conforme lição de Daniel Sarmento, está na aplicação da Constituição lastreada em metodologia preocupada com o estreitamento das margens de subjetivismo, incerteza e insegurança das decisões, em que haja transparência e seja possível, com isso, o controle das decisões do intérprete, recuperando e

²⁶⁶ No caso de regras infraconstitucionais, os princípios constitucionais só afastam a regra legal quando ela for efetivamente incompatível com o estado ideal cuja promoção é por eles determinada. Isso ocorre diante da inconstitucionalidade da regra ou de extraordinariedade do caso concreto. Vide ÁVILA, Humberto. “*Neoconstitucionalismo*”... p. 6.

²⁶⁷ ÁVILA, Humberto. “*Neoconstitucionalismo*”... p. 8.

²⁶⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*... p. 627.

promovendo, assim, a ideia de racionalidade prática na interpretação e na jurisdição constitucional, a fim de legitimá-las democraticamente.²⁶⁹

É no sentido interpretativo, pois, que defendemos a eficácia dirigente dos direitos fundamentais. Com efeito, os direitos fundamentais dirigem ordens ao Estado, ao qual incumbe a obrigação permanente de concretização e realização desses direitos. Em tal medida servem de pauta tanto para o legislador como para as demais instâncias que aplicam o Direito, as quais, ao estabelecer, interpretar e efetivar normas jurídicas, deverão ter em conta o efeito dos direitos fundamentais.²⁷⁰ Da mesma forma, na qualidade de normas que incorporam certos valores, os direitos fundamentais servem ainda – como todas as demais normas constitucionais – como parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis e dos demais atos normativos estatais.²⁷¹

Tem-se, pois, que a perspectiva axiológica dos direitos fundamentais se trata não de um fim em si mesma, autorizando as mais variadas decisões em desrespeito ao cunho normativo da Constituição e das leis, mas, antes, de imposição ao Estado para que concretize os fins estabelecidos pela Constituição. Revela, assim, uma questão de cunho interpretativo, na medida em que os valores manifestados por meio dos direitos fundamentais permitem não só a determinação do conteúdo das normas infraconstitucionais, mas também a incorporação de novos conteúdos ao programa normativo dos direitos fundamentais.

1.2.2. Os efeitos autônomos dos direitos fundamentais

Do reconhecimento da dimensão axiológica dos direitos fundamentais desdobram determinados efeitos autônomos – assim entendidos porque não estão necessariamente atrelados às normas consagradoras de direitos fundamentais subjetivos.²⁷² A esse respeito, a partir da jurisprudência do Tribunal Constitucional

²⁶⁹ SARMENTO, Daniel. *A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais...* p. 277-278.

²⁷⁰ HESSE, Konrad. *Significado dos Direitos Fundamentais...* p. 39.

²⁷¹ SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais...* p. 146-147.

²⁷² São estes o que José Carlos Vieira de Andrade chama de garantias institucionais, pois impõe deveres às entidades públicas com a função de garantir, realizar e promover a dignidade da pessoa humana sem investir os indivíduos em situações de poder ou de disponibilidade com esse objeto

alemão, sobretudo do caso *Lüth*, surgiram duas importantes teorias: a da eficácia irradiante dos direitos fundamentais e a dos deveres de proteção dos direitos fundamentais pelo Estado.

A teoria da eficácia irradiante afirma que os direitos fundamentais, como normas de direito objetivo, irradiam-se por e penetram em todo o ordenamento jurídico, informando e condicionando a criação, a interpretação e a aplicação das demais normas do ordenamento jurídico, na medida em que fixam diretrizes para o legislador, a Administração e o Judiciário.

Tal teoria, assim como a própria compreensão da perspectiva axiológica dos direitos fundamentais, não ficou imune a críticas, dada a vagueza de sua expressão, uma vez que a “irradiação” a todos os âmbitos do ordenamento jurídico nada diz com a intensidade desses efeitos e suas consequências jurídicas. Não obstante o acerto da crítica e a tarefa ainda a ser desempenhada de delimitação dos efeitos e suas consequências, a teoria é exitosa no sentido de demonstrar que nenhum âmbito jurídico pode ficar imune à incidência dos direitos fundamentais.

Por isso, compreende-se a irradiação como diretrizes para interpretação e aplicação do direito infraconstitucional, apontando diretamente para a necessidade de interpretação de acordo com os direitos fundamentais²⁷³ e determinando, indiretamente, os limites da atuação privada.²⁷⁴ Dessa forma, esse efeito atua como um dos critérios de escolha no processo interpretativo, excluindo-se as possibilidades interpretativas que não estejam de acordo com os direitos fundamentais, e elegendo, entre as demais, aquela que estiver em maior consonância com os direitos fundamentais.²⁷⁵

específico. Vide VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976...* p. 143.

²⁷³ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución...* p. 310.

²⁷⁴ Nesse sentido Marcelo Schenk Duque afirma que a norma constitucional, enquanto expressão de um valor, irradia um conteúdo indeterminado para uma norma de direito privado, o qual preencherá valorativamente a norma privada, moldando sua compreensão no sentido da Constituição. Cria-se, assim, uma relação de simbiose entre a Constituição e o Direito Privado: a Constituição depende do Direito Privado para sua determinação, enquanto este depende dos valores constitucionais para sua interpretação e aplicação. Vide DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito Privado e Constituição...* p. 70-71.

²⁷⁵ Conforme lição de Neil MacCormick e Robert Summers, existem diretrizes preferenciais, que determinam, *prima facie*, uma ordem argumentativa no processo de interpretação: argumentos linguísticos são preferíveis aos sistemáticos, os quais, por sua vez, são preferíveis aos teleológicos. Vide MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. “*Interpretation and Justification*”, *Interpreting Statutes – A Comparative Study*. Dartmouth: Ashgate, 1991. p. 530.

Grande crítico da teoria da irradiação é Claus-Wilhelm Canaris. Para o autor, a eficácia de irradiação não é sequer um conceito jurídico, “mas antes, e tão só, uma formulação metafórica extraída da linguagem coloquial, e que é correspondentemente vaga”.²⁷⁶ Acresce que tal teoria é supérflua, uma vez que os problemas que pretendeu enfrentar podem ser resolvidos de forma mais correta e precisa mediante simples recurso às tradicionais funções dos direitos fundamentais: como proibição de intervenção, entendidas como limites negativos à atuação do Poder Público; e como imperativos de proteção, implicando uma atuação positiva do Estado na tutela dos direitos fundamentais, impondo-lhe intervir mesmo quando se trata de violação oriunda de particulares.²⁷⁷

Defende o autor, portanto, outra teoria, a dos deveres de proteção do Estado. De acordo com essa, incumbe ao Estado zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais contra agressões não só de poderes públicos, mas também de agentes privados e de outros Estados. Tais deveres de proteção decorrem da função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela – o que, por sua vez, diz com o monopólio estatal do uso da força, resultante na instituição de deveres vinculantes para o Poder Público no sentido de proteger as pessoas contra violações dos seus direitos pelo próprio Estado ou por particulares.²⁷⁸

Canaris demonstra que o imperativo jurídico-constitucional de tutela carece, em princípio, da complementação pelo direito ordinário.²⁷⁹ Para cumprir a função de instrumentalizar o direito, o legislador ordinário possui ampla margem de conformação. Com efeito, proíbe-se a insuficiência e o excesso de proteção – afora esses extremos, o legislador possui a liberdade de concretizar o direito fundamental da forma e na intensidade que lhe convier.²⁸⁰ Alerta o autor, nesse sentido, que o dever de proteção não coincide com a proibição de insuficiência: o dever de proteção trata-se do “se”, de proteger ou não o direito; enquanto a proibição da insuficiência tematiza a pergunta pelo “como”. A Constituição, muitas vezes, impõe apenas a proteção como resultado, mas não sua conformação específica.²⁸¹

²⁷⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003. p. 65.

²⁷⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado...* p. 132.

²⁷⁸ SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais...* p. 146-149.

²⁷⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado...* p. 115.

²⁸⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado...* p. 119-121.

²⁸¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado...* p. 122.

De tal sorte que a proteção de insuficiência se aplica também ao judiciário, não só no controle constitucional de uma omissão legislativa, mas também na aplicação e no desenvolvimento judicial do direito. Assim, está o judiciário autorizado a concretizar direitos fundamentais diante da omissão do legislador porque, se não o fizesse, se verificaria um inconstitucional déficit de proteção e, portanto, uma violação da proibição de insuficiência.²⁸²

Inegável, perante o exposto, que a teoria dos deveres de proteção do Estado supera em densidade a teoria da irradiação, estabelecendo critérios para a atuação do legislador e do judiciário, evitando, assim, que se recaia no perigo da interpretação ampla e desmedida baseada somente nos aspectos axiológicos dos direitos fundamentais. À luz dos deveres de proteção do Estado, a vinculação do legislador não se cinge à guarda de coerência com as normas que edita com a Constituição, assumindo uma dimensão positiva a tornar imperiosa a edição de normas que deem regulamentação aos direitos fundamentais dependentes de concretização normativa.²⁸³ Ao Judiciário, por força do mesmo dever de tutelar, igualmente incumbe conferir aos direitos fundamentais eficácia.

Não obstante, a teoria da irradiação e a teoria dos deveres de proteção não são por completo excludentes. Enquanto a teoria dos deveres de proteção ordena que o Estado concretize os direitos fundamentais por meio de normas densificadoras, proibindo a omissão e a insuficiência de proteção, a teoria da irradiação é um lembrete para que a interpretação realizada no processo de concretização dos direitos fundamentais esteja sempre em atenção aos valores eleitos pela Constituição.

A função de proteção ora descrita liga-se a outra, também decorrente do reconhecimento da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, que é organizatória e procedimental. Nesse sentido, a partir do conteúdo das normas de direitos fundamentais é possível se extrair consequências para a aplicação e interpretação de normas procedimentais, de forma a auxiliar na efetivação da proteção aos direitos fundamentais, evitando-se os riscos de uma redução de significado ao seu conteúdo material.²⁸⁴ Devemos considerar, assim, as hipóteses de direitos fundamentais

²⁸² CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado...* p. 124.

²⁸³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional...* p. 167 e 172.

²⁸⁴ SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais...* p. 150.

dependentes de um procedimento, por meio do qual o exercício individual será possível, como o direito fundamental ao sufrágio e o direito fundamental de acesso aos tribunais. Há também a possibilidade de direitos fundamentais sujeitos a um procedimento, como o direito fundamental à inviolabilidade de domicílio e o direito fundamental à greve.

Cabe referir, ainda, na esteira dos deveres estatais de tutela e da dimensão procedimental, a importância da jurisdição como autêntica ferramenta para realização de valores constitucionais, o que levou Carlos Alberto Alvaro de Oliveira a considerar o processo como direito constitucional aplicado. Nesse sentido, afirma que existe “íntima conexão entre a jurisdição e o instrumento processual na aplicação e proteção dos direitos e garantias assegurados na Constituição. Aqui não se trata mais, bem entendido, de conformar o processo às normas constitucionais, mas de empregá-las no próprio exercício da função jurisdicional, com reflexo direto no seu conteúdo, naquilo que é decidido pelo órgão judicial e na maneira como o processo é por ele conduzido.”²⁸⁵

Com efeito, o desenvolvimento dessas novas funções dos direitos fundamentais torna cada vez mais nítido o afastamento de uma concepção tradicional, que via os direitos fundamentais como simples garantias, como mero direito de defesa do cidadão em face do Estado, para uma compreensão dos direitos fundamentais como direitos constitutivos institucionais, com ampla e forte potencialização.²⁸⁶

1.3. A eficácia imediata

Firmada a posição de destaque ocupada pelos direitos fundamentais no ordenamento do Estado Democrático de Direito, os quais, para além de constituírem direito subjetivos, possuem dimensão objetiva informadora e conformadora de toda a ordem jurídica, vinculando o Poder Público, mostra-se necessária a análise da questão da eficácia e da efetividade desses direitos.

²⁸⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais*. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (org.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. p. 3.

²⁸⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais...* p. 6.

Com efeito, a questão envolve a identificação das situações nas quais a Constituição tem aplicabilidade direta e imediata. Importa analisar, assim, o conteúdo adscrito à norma com enunciado no art. 5º, §1º da Constituição de 1988, o qual prevê que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Convém esclarecer, a princípio, o sentido empregado nas palavras “aplicação”, “eficácia” e “efetividade”. Para os fins desse trabalho, definimos como eficácia jurídica a possibilidade de a norma ser aplicada aos casos concretos e, na medida da sua aplicabilidade, gerar efeitos jurídicos. Para designar esse efeito, utilizaremos a expressão eficácia. De outro lado, a eficácia social é tida como efetividade, considerando tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma (efetividade jurídica) quanto o resultado concreto decorrente ou não dessa aplicação (efetividade material).²⁸⁷

O debate acerca da eficácia dos direitos fundamentais requer, previamente, estudo da eficácia das normas de direito constitucional. Assim, muito embora o foco de análise deste ponto seja a eficácia dos direitos fundamentais, enfrentaremos brevemente tal tema.

As considerações de maior relevo sobre a eficácia das normas constitucionais, inicialmente, foram contribuições de Ruy Barbosa, inspirado na doutrina norte-americana da época, que distinguia normas autoaplicáveis (*self-executing, self-acting* ou *self-enforcing*) de normas não-autoaplicáveis (*not self-executing, not self-acting* ou *not self-enforcing*). Dessa forma, para o autor, as normas autoaplicáveis seriam aquelas aptas a gerar seus efeitos independentemente de qualquer atuação do legislador, pois seu conteúdo já estaria previamente determinado – tratando-se, assim, de regras. Por outro lado, disposições constitucionais que indicassem princípios não estabeleceriam normas²⁸⁸, de forma que dependeriam da lei para

²⁸⁷ Tal como foi estabelecido por SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais...* p. 240. Tal conceituação parte da realizada por José Afonso da Silva, consolidada em nossa doutrina, levando em conta as críticas apontadas por Eros Roberto Grau. Vide SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 65-66; GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 313-319.

²⁸⁸ Recordamos aqui que à época princípios não possuíam valor normativo, sendo considerados meros conselhos, enquanto normas eram sinônimos de regras. A lição de Ruy Barbosa, no entanto, já era, em alguma medida, crítica a esse entendimento. Para o autor, “não ha numa Constituição, clausulas, a que se deva attribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas tem a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular a seus órgãos. Muitas, porém, não

serem efetivas.²⁸⁹ A necessidade de concretização em nível legislativo seria identificada a partir da própria norma (texto), na medida de sua completude.

De forma crítica à ideia de completude, José Horácio Meirelles Teixeira defendeu que toda norma constitucional é, em alguma medida, incompleta, exigindo interpretação, havendo, assim, diferentes graus de completude normativa. Alertou, entretanto, que o conceito de completude se refere a uma aptidão da norma para produzir seus efeitos essenciais, e não todos os possíveis.²⁹⁰ Ponderou, então, que nenhuma norma Constitucional é completamente destituída de eficácia, possuindo todas algum valor normativo²⁹¹.

Dessa forma, sugeriu classificação das normas constitucionais em dois grupos, quais sejam, normas de eficácia plena – “as quais produzem, desde o momento de sua promulgação, todos os efeitos essenciais, isto é, todos os objetivos especialmente visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente” – e normas de eficácia limitada ou reduzida – “aquelas que não produzem, logo ao serem promulgadas, todos os seus efeitos essenciais, porque não se estabeleceu sobre a matéria uma normatividade suficiente, deixando total ou parcialmente essa tarefa ao legislador ordinário”.²⁹²

Outra classificação para o problema foi formulada por José Afonso da Silva, digna de destaque dada a ampla receptividade de sua teoria na doutrina brasileira. Para o autor, as normas podem ser classificadas em a) normas de eficácia plena, e aplicabilidade direta, imediata e integral; b) normas de eficácia contida e aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral; e c) normas de eficácia limitada. Quanto às normas de eficácia plena, essas têm a mesma formulação dada por Teixeira Meirelles, com a ressalva apenas de que a produção de todos os efeitos jurídicos é uma possibilidade, podendo não ocorrer desde a vigência da Constituição.

revestem dos meios de acção essenciaes ao seu exercicio os direitos, que outorgam, ou os encargos que impõem: estabelecem competências, attribuições, poderes, cujo uso tem de aguardar que a Legislatura, segundo o seu criterio, os habilite a se exercerem”. BARBOSA, Ruy. *Commentarios á Constituição Federal Brasileira*. V. 2. São Paulo: Livraria Academica, 1933. p. 489.

²⁸⁹ BARBOSA, Ruy. *Commentarios á Constituição Federal Brasileira...* p. 488.

²⁹⁰ TEIXEIRA, J. H. Meirelles. (1907-1972) *Curso de Direito Constitucional*. Texto revisto e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 314-315. Os textos compilados e revisados, muito embora tenham sido publicados somente em 1991, referem-se às anotações de aulas lecionadas pelo Professor Teixeira Meirelles na PUC-SP, desde a sua fundação até o ano de 1962, quando compiladas.

²⁹¹ TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional...* p. 291.

²⁹² TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional...* p. 317.

O grupo das normas contidas se constitui de normas que incidem imediatamente e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos, mas preveem meios ou limites que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias. Assim, possuem aplicabilidade direta e imediata, mas não integral, porque sujeitas a restrições previstas ou dependentes de regulamentação que limite sua eficácia e aplicabilidade. O último grupo, das normas de eficácia limitada, reúne todas as normas que não produzem, com sua vigência, todos os efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, normatividade suficiente, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou outro órgão do Estado.²⁹³

Diversas outras foram as formulações da doutrina brasileira, inclusive algumas partindo de critérios diversos ao da completude normativa.²⁹⁴ Todas as formulações, entretanto, partem da premissa que inexistente norma constitucional completamente destituída de eficácia, sendo possível sustentar uma graduação da carga eficaz das normas constitucionais. Além disso, todas as classificações citadas acima reconhecem dois grandes grupos (mesmo aquelas que dividem as normas em três ou quatro grupos): de um lado, normas de eficácia plena, que possuem normatividade suficiente para serem imediatamente aplicadas e, de outro, normas que não possuem normatividade suficiente para gerar, de forma imediata, seus principais efeitos, dependendo de concretização a ser feita pelo legislador ordinário.²⁹⁵

A partir do exposto, pode-se concluir que a densidade normativa é critério determinante para a aplicabilidade das normas constitucionais, advogando Ingo Sarlet pelo uso dessa terminologia, já que, ainda referente ao conteúdo das normas constitucionais, contorna as pertinentes críticas tecidas às concepções clássicas (normas autoaplicáveis e normas não-autoaplicáveis) e sua visão de completude e determinação da norma.²⁹⁶

²⁹³ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais...* p. 82-83.

²⁹⁴ Citamos, a título de referência, as classificações de Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Brito (normas inintegráveis ou de mera aplicação e normas integráveis ou de integração), Maria Helena Diniz (normas com eficácia absoluta, normas com eficácia plena, normas com eficácia relativa restringível, normas com eficácia relativa complementável ou dependente de complementação legislativa), Celso Antônio Bandeira de Mello (normas concessivas de poderes jurídicos, normas concessivas de direitos e normas meramente indicadoras de uma finalidade a ser atingida), e Luís Roberto Barroso (normas constitucionais de organização, de estrutura ou de competência, normas constitucionais definidoras de direitos, normas constitucionais programáticas).

²⁹⁵ SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais...* p. 251.

²⁹⁶ SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais...* p. 253.

Assim, pode-se falar em normas constitucionais de alta densidade normativa, que, dotadas de suficiente normatividade, se encontram aptas a, diretamente e sem intervenção do legislador ordinário, gerar os seus efeitos essenciais (independentemente de uma ulterior restringibilidade), bem como em normas constitucionais de baixa densidade normativa, que não possuem normatividade suficiente para – de forma indireta e sem atuação legislativa²⁹⁷ – gerar seus efeitos principais, ressaltando-se que, em virtude de uma normatividade mínima (presente em todas as normas constitucionais), sempre apresentam um certo grau de eficácia jurídica.²⁹⁸

Quando se fala que direitos de eficácia contida possuem, independentemente de intervenção legislativa, um mínimo grau de eficácia jurídica, significa que esses direitos não ensejam, *a priori*, direitos subjetivos, mas produzem outros efeitos, de ordem interpretativa, orientando a interpretação e aplicação do direito infraconstitucional; negativa, de modo a inibir de inconstitucionais quaisquer atos infraconstitucionais que com elas colidam; revogadora, em relação aos atos pré-constitucionais com elas incompatíveis, e mandamental, no sentido de imporem aos órgãos constitucionais competentes o dever de proverem-nas de devida concretização normativa. Outras vezes, esses direitos chegam ainda a produzir efeitos positivos, quando, por meio de interpretação judicial, se criam direitos fundamentais a prestações, como nos casos de provimentos jurisdicionais para o fornecimento de medicamentos embasados no direito à saúde (arts. 6º e 196, CF).²⁹⁹

A partir dessa análise da eficácia das normas constitucionais, concluímos que todas as normas possuem eficácia mínima, dada a normatividade da Constituição, e, para além disso, para que surjam outros efeitos, haverá de ser analisada a densidade normativa, sendo necessária, ou não, de acordo com o conteúdo normativo, intervenção legislativa para concretização da norma e imediata produção de efeitos.

²⁹⁷ Cabível nesse caso, assim como na expressão “vinculação do legislador” o alerta de Canotilho de que a expressão legislador não está utilizada no seu sentido jurídico-constitucional, referindo-se às entidades públicas e privadas competentes para concretização normativa, como o próprio legislador, a administração, os sindicatos. Vide CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...* 7ª ed. p. 441.

²⁹⁸ SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais...* p. 252.

²⁹⁹ VIANNA, Rodrigo. *O STF como legislador positivo: justiça constitucional pela efetividade dos direitos fundamentais*. Dissertação de mestrado. PUC-RS. 2013. p. 150.

Debruçamo-nos adiante, portanto, na análise específica da eficácia dos direitos fundamentais. É de ser considerado, assim, o significado adscrito à norma baseada no art. 5º, §1º da Constituição de 1988, cujo texto prevê que as normas definidoras de direitos fundamentais terão aplicação imediata.³⁰⁰

Por evidente, o significado de tal texto não é o de afirmar que, literalmente, todas as normas que estabelecem direitos fundamentais já possuam densidade normativa suficiente para serem aplicadas imediatamente. Pelo contrário, é justamente para evitar que as disposições de direitos fundamentais – afirmados como essenciais da pessoa – que não possuem densidade normativa suficiente quedem como letra morta ou só ganhem eficácia a partir da atuação do legislador ordinário.³⁰¹ Daí a formulação de Eduardo Garcia de Enterría que tal norma se trata de um *plus* normativo³⁰² a reforçar a eficácia dos direitos fundamentais – independentemente de concretização legislativa – em relação às demais normas constitucionais, sem prejuízo de que também estas sejam plenamente eficazes e imediatamente aplicáveis quando dotadas de normatividade suficiente para tanto.

Com efeito, se, por um lado, o enunciado não tem o condão de, por si só, conferir, em todos os casos, plena eficácia e efetividade (tanto jurídica quanto material), uma vez que algumas normas não tenham densidade normativa para tanto, é certo, de outro, que a norma da aplicabilidade imediata vincula o Estado à adoção de medidas necessárias para assegurar tal aplicabilidade.

O significado essencial dessa cláusula, assim, é ressaltar que as normas que definem direitos fundamentais são normas de caráter preceptivo, e não meramente

³⁰⁰ Não discutiremos amplamente, assim, o alcance da norma. Entendemos suficiente fincar que nos filiamos à doutrina que advoga pela abrangência da norma a todos os direitos fundamentais, não só os insculpidos no art. 5º, pelos mesmos motivos pelo qual defendemos a abertura do catálogo de direitos fundamentais a todos os direitos materialmente fundamentais dispersos na Constituição e nos tratados internacionais assinados.

³⁰¹ É crítica que se faz à doutrina de Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Para o autor, a norma em questão não impede que as normas de direitos fundamentais carentes de concretização só alcancem eficácia após intervenção legislativa. Vide FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A Aplicação Imediata das Normas Definidoras de Direitos e Garantias Fundamentais*. In *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, N.º29. 1988. p. 35. Essa posição, contudo, igualaria os direitos fundamentais às demais normas constitucionais e tornaria o enunciado em questão inócuo.

³⁰² ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 2006. p. 73. O autor alude à norma espanhola de conteúdo análogo. O art. 53,1 da Constituição Espanhola afirma que "los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos".

programático³⁰³, objetivando, assim, assegurar sua força vinculante, ou seja, tornar tais prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.³⁰⁴

Cabe firmar, portanto, que o significado da aplicabilidade direta não reside, conforme lição de Vieira de Andrade, na sua exequibilidade (efetividade), mas sim na “*deverosidade estrita* da intervenção legislativa, que há de assegurar, nas condições de normalidade de um Estado de Direito, a existência da legislação”, além da produção das demais atuações necessárias ao exercício dos direitos.³⁰⁵

Nesse sentido, Canotilho ressalva que a aplicabilidade direta não significa que as normas definidoras de direitos fundamentais configurem como direitos subjetivos no sentido clássico de direitos absolutos, muito embora tais normas confirmem ao particular o direito de invocá-las – e, nesse sentido, os direitos fundamentais transportem, em regra, direitos subjetivos.³⁰⁶

A aplicabilidade imediata, pois, é norma destinada a exigir do Poder Público a concretização dos direitos fundamentais, uma vez que todos os órgãos constitucionais têm o exercício das suas competências constitucionalmente vinculado à realização dos direitos fundamentais. Vale dizer, o Poder Público deve lhes assegurar eficácia e efetividade. Assim, destaca Flávia Piovesan, a partir das lições de Canotilho, que ao legislador cabe proceder, em tempo razoável, à concretização das normas de direitos fundamentais, sem que lhe seja dado, a pretexto da concretização de tais direitos, operar uma redução da força normativa imediata das respectivas normas constitucionais, substituindo-a pela força normativa da lei, tampouco emanar preceitos legais formal ou materialmente incompatíveis com os ditames constitucionais em foco. À administração e ao governo incumbe desenvolver tarefas de realização de direitos fundamentais, no exercício de suas competências planificadora, regulamentar e prestacional. Aos órgãos jurisdicionais, por sua vez, compete interpretar as normas constitucionais consagradoras de direitos fundamentais, em sua aplicação a casos concretos, à luz do princípio da efetividade ótima, bem como densificar os preceitos

³⁰³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de Direito Constitucional...* 4ª ed. p. 285.

³⁰⁴ PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas...* p. 108.

³⁰⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de Andrade. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976...* p. 204.

³⁰⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Editora Coimbra, 2004. p. 146-147.

constitucionais de direitos fundamentais de forma a possibilitar sua aplicação imediata, na ausência de leis concretizadoras.³⁰⁷

Omitindo-se o legislador em concretizar em tempo razoável as normas de direitos fundamentais com baixa densidade normativa, recai este em inconstitucionalidade por omissão. Diante dessa situação, o Poder Judiciário encontra-se investido no poder-dever de aplicar imediatamente as normas definidoras de direitos fundamentais, realizando ele mesmo a concretização normativa, assegurando-lhes plena eficácia e efetividade jurídica.³⁰⁸ Nesse sentido, Paulo Gustavo Gonet Branco afirma que “os juízes podem e devem aplicar diretamente as normas constitucionais para resolver casos sob sua apreciação. Não é necessário que o legislador venha, antes, repetir ou esclarecer os termos da norma constitucional para que ela seja aplicada”. Afirma, assim, que o art. 5º, §1º da Constituição autoriza que os operadores do direito, mesmo à falta de comando legislativo, venham a concretizar os direitos fundamentais pela via interpretativa e, mais do que isso, que os juízes possam dar aplicação aos direitos fundamentais mesmo contra lei, se ela não se conformar ao sentido constitucional daqueles.^{309 310}

Dessa forma, ressaltando-se que a Constituição de 1988 elevou ao *status* de direitos fundamentais, juntamente com os direitos e garantias individuais, os direitos sociais, inclusive trabalhistas, ganha destaque a previsão normativa de aplicabilidade direta dos direitos fundamentais. Pouco serve, para fins de efetividade dos direitos – e, conseqüentemente, para a conformação de um Estado Democrático e Social de Direito –, uma eficácia mínima, se a imposição legiferante não é cumprida. Ganha vulto, assim, a omissão legislativa e sua superação pela via judicial.

³⁰⁷ PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas...* p. 107-108.

³⁰⁸ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988...* p. 313.

³⁰⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; *Curso de Direito Constitucional...* 4ª ed. p. 286.

³¹⁰ Tal poder-dever de viabilizar a fruição do direito fundamental mediante o preenchimento de lacunas – destaca-se desde logo – não implica a ausência de limites a essa atividade. Com efeito, o juiz, ao concretizar o direito fundamental, na ausência de densificação legal, deve ater-se ao mínimo suficiente para a tutela desse direito fundamental – tema que trataremos mais detidamente no capítulo seguinte.

2. O DEVER DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM DAR TUTELA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: DO ISOLAMENTO À COLABORAÇÃO

2.1. Da omissão legislativa: a inexistência e a insuficiência de lei.

A omissão dos poderes competentes em dotar os direitos fundamentais de densidade normativa suficiente à sua aplicabilidade atenta não só aos direitos fundamentais, mas ao próprio Estado Constitucional, constituindo flagrante inconstitucionalidade. Fundamental, assim, a lição de Canotilho, de que o reconhecimento da omissão constitucional tem como pressuposto a prevalência material e formal da Constituição sobre o poder constituído, obrigando-o a cumprir, de forma positiva, as imposições materiais da Constituição.³¹¹

Acreditamos, contudo, que o critério da densidade normativa não deve ser o único balizador da omissão legislativa inconstitucional, pois termina por restringir demasiadamente o seu reconhecimento, culminando no desprestígio dos direitos fundamentais, por falta de efetividade. Por razões didáticas, exporemos a visão da doutrina tradicional sobre a caracterização da omissão legislativa inconstitucional, seguida de nossa crítica.

A doutrina em geral reconhece a existência de omissão legislativa inconstitucional a partir do não cumprimento de um dever constitucional concreto de atuação. Daí que a omissão constitucionalmente relevante, conforme Jorge Miranda, verifica-se sempre que, exigindo a norma constitucional reguladora de certa relação ou situação a prática de certo ato ou atividade nas condições que estabelece, “o destinatário não o faça, não o faça nos termos exigidos, não o faça em tempo útil, e a esse comportamento se liguem consequências mais ou menos adequadas”.³¹²

Para a doutrina tradicional, portanto, os pressupostos caracterizadores de uma omissão legislativa são: a) a existência de uma exigência constitucional concreta de determinada ação; b) o descumprimento, no todo ou em parte, desta exigência de ação no prazo designado, ou, na ausência deste, em tempo razoável ou útil; c) a

³¹¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador...* p. 229.

³¹² MIRANDA, Jorde. *Manual de Direito Constitucional, Tomo VI*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 292.

consequente violação da ordem constitucional em razão da inércia do destinatário da norma impositiva desse determinado dever de agir.³¹³

Quanto ao primeiro pressuposto, é conhecida a lição de Canotilho de que não é suficiente para a caracterização da omissão um simples dever geral de legislar, sendo necessária a existência de uma imposição constitucional.³¹⁴ Nesse sentido, ensina Canotilho que o conceito de omissão legislativa “não é um conceito naturalístico, reconduzível a um simples não fazer”, mas significa “não fazer aquilo a que, de forma concreta, se estava constitucionalmente obrigado. A omissão legislativa, para ganhar significado autônomo e relevante, deve conexionar-se com uma exigência constitucional de acção, não bastando o simples dever geral de legislar para dar fundamento a uma omissão inconstitucional.”³¹⁵

Estariam excluídas do dever de legislar, assim, as imposições abstratas, contidas em normas-fim ou normas-tarefa, pois estas dependem de luta política e dos instrumentos democráticos.³¹⁶ A não realização das imposições abstratas, assim, situar-se-ia no âmbito do não cumprimento das exigências constitucionais, e eventualmente no terreno dos comportamentos ainda constitucionais, mas que se transmudariam, no caso de um sistemático não atuar legislativo, em situações juridicamente inconstitucionais. Somente as imposições concretas ensejariam autêntica omissão inconstitucional.

No entanto, não são todas as lacunas constitucionais, afirma Clève, que outorgam ao legislador o dever de legislar. Entre os tipos de lacunas, podemos identificar: a) lacunas ditas “técnicas” ou “de legislação”, não ofensivas ao plano de ordenação constitucional, na medida em que o constituinte deliberadamente reserva uma esfera de atuação ao legislador infraconstitucional, o que implica um dever de legislar; b) lacunas não ofensivas ao plano de ordenação constitucional que, desejadas pelo constituinte, não são colmatáveis pelo legislador infraconstitucional – o que se convencionou chamar de “silêncio eloquente”³¹⁷; c) lacunas ofensivas ao

³¹³ VIANNA, Rodrigo. *O STF como Legislador Positivo...* p. 155.

³¹⁴ MIRANDA, Jorde. *Manual de Direito Constitucional. Tomo VI...* p. 308.

³¹⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...* 7ª ed. p. 1033.

³¹⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...* 7ª ed. p. 1034.

³¹⁷ Costuma-se designar “silêncio eloquente” ou “lacuna desejável” a hipótese de omissão deliberada que, expressando um posicionamento jurídico do constituinte, não pode ser preenchida pelos métodos tradicionais de integração. Neste caso, o “vazio normativo” não resulta de simples imprevisão, mas reflete o firme propósito de excluir certa matéria do regramento constitucional.

plano de ordenação constitucional, que podem sofrer processo de integração por meio dos mecanismos normais de colmatação, que, no ordenamento brasileiro, estão elencadas no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Nesse sentido, somente as lacunas do primeiro tipo imporiam um dever de concretização normativa que, não cumprido, configuraria omissão legislativa inconstitucional.³¹⁸

Assim, para Canotilho, são hipóteses de dever específico de legislar: a) o dever de dar exequibilidade a normas constitucionais de densidade insuficiente; b) o dever de cumprir ordens de legislar, ou seja, determinações concretas e não permanentes; c) o dever de atualizar e aperfeiçoar as normas legal; e d) o dever de reparar omissão legislativa parcial atentatória à igualdade.³¹⁹

Para que se declare a inconstitucionalidade de uma omissão, é necessário ainda outro fator para além do dever de legislar: um juízo sobre o tempo. Conforme Jorge Miranda, a análise sobre a ausência ou insuficiência normativa deve ser realizada à luz de determinado tempo histórico, de forma que a declaração de uma inconstitucionalidade por omissão exige a interpretação do tempo decorrido em face de determinados eventos, não sendo possível descrever uma omissão em abstrato. A aferição desse tempo, quando não constitucionalmente prefixado, dependerá “da natureza das coisas”, ou seja, do confronto entre a norma constitucional carente de concretização com as situações da vida enfocadas.³²⁰ Canotilho, no mesmo sentido, afirma que nem toda medida se conexas com prazos ou tempos, pois “os momentos decisivos para a verificação da existência da inconstitucionalidade são mais a importância e a indispensabilidade da mediação legislativa para dar operatividade prática às normas constitucionais do que a fixação de eventuais limites *ad quem*”.³²¹

Dessa forma, mesmo que a Constituição não fixe um prazo para a intervenção do legislador, não pode este protelar indefinidamente seu dever de legislar, cabendo a análise de qual seria um tempo razoável para que se desincumbisse de seu dever. Assim a lição de André Puccinelli Júnior, para quem, inexistindo uma convicção

³¹⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 53. As ditas lacunas técnicas configuram, a princípio, situações jurídicas imperfeitas, isto é, omissões constitucionais, de modo que, vencido o prazo fixado pela Constituição ou, na ausência desse, ultrapassando-se período razoável, a situação jurídica imperfeita convola-se em omissão inconstitucional.

³¹⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...* 7ª ed. p. 1034-1036.

³²⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo VI... p. 309.

³²¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...* 7ª ed. p. 1037.

apriorística em torno do conceito de “prazo razoável”, caberá ao intérprete precisar-lhe o alcance à vista dos valores constitucionais afetados e do âmbito de incidência da norma ineficaz. É possível concluir, pois, que a maior relevância da matéria constitucional minimiza a extensão do lapso concedido ao legislador.

Por outro lado, nada obsta que se tome de empréstimo outros dispositivos constitucionais para fixar o marco a partir do qual se considera extrapolado o prazo de regulamentação. Ilustrativamente, na ausência de outros empecilhos técnicos ou materiais, julgamos factível tomar de empréstimo o prazo de conclusão dos projetos de iniciativa presidencial em trâmite sob regime de urgência (CF, art. 64, § 2o), fixando em noventa dias, ou intervalo próximo a isto, o período que se considera razoável para regulamentar uma norma constitucional carecedora de lei reservada à iniciativa exclusiva do Presidente da República. De igual modo, se a norma constitucional exigir dispêndios na implementação de programas socioeconômicos, certamente os agentes públicos, quando instados a dar consecução a tais metas, haverão de invocar motivos de conveniência e oportunidade administrativa, além da escassez de recursos, a fim de maximizar o prazo de integração normativa.³²²

Acrescenta-se, ainda, conforme Gilmar Mendes, que a omissão normativa inconstitucional pode ser declarada mesmo diante da existência de um projeto de lei sobre o assunto, quando da desídia dos órgãos legislativos em deliberar a questão.³²³ Nesse sentido, revisando posicionamento anterior, o STF passou a entender que o mero desencadeamento do processo legislativo não afasta, por si só, a consideração da inconstitucionalidade por omissão.³²⁴

Quanto ao terceiro elemento caracterizador da omissão normativa inconstitucional – o efeito objetivo de violação da Constituição –, cumpre acentuar, na esteira de Francisco Fernández Segado, que esse comportamento passivo, longe de ser neutro, produz graves consequências. Trata-se, conforme o autor, de gerar a

³²² JÚNIOR, André Puccinelli. *Omissão Legislativa Inconstitucional e Responsabilidade do Estado Legislador*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 137.

³²³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional...* 4ª ed. 1238-1239.

³²⁴ Vide ADI 3.682 (Rel Min Gilmar Mendes, DJ 06.09.2007). O caso versa sobre a mora na elaboração de lei complementar federal para a fixação de prazo para criação, incorporação, fusão e desmembramento de municípios por lei estadual (cuja edição é determinada pelo art. 18, §4º da CF, com redação dada pela Emenda Constitucional 15/96), ante o decurso de mais de dez anos desde a publicação da referida emenda, ainda que, nesse período, diversos projetos de lei com esse objetivo tenham sido apresentados e discutidos.

aplicação de normas implícitas contrárias à Constituição, ou, ainda, a persistência de situações em nítido contraste com os enunciados constitucionais.³²⁵ De fato, a violação é importante critério para o reconhecimento da omissão; seu objeto, contudo, não deve ser, necessariamente, um preceito constitucional específico, mas a Constituição como um todo, tomada como ordem objetiva de valores.

Para a doutrina em geral, portanto, a omissão legislativa inconstitucional está sempre ligada a um enunciado constitucional por meio do qual é previsto um dever constitucional concreto, expresso, específico de legislar, quando configurada ausente ou deficiente atuação legislativa durante certo período de tempo razoável, implicando, por conseguinte, violação objetiva à Constituição. Assim conceituada, está fora do campo de possibilidades da omissão inconstitucional a violação de normas autoaplicáveis, de um conjunto dessas normas ou da Constituição como um todo.

Acreditamos, na esteira das críticas tecidas por Carlos Alexandre de Azevedo Campos, em recente tese defendida na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, que esse desenvolvimento doutrinário tem encerrado alguns reducionismos, fruto de demasiado formalismo, o que se reflete no esvaziamento da efetividade dos direitos fundamentais.³²⁶

O reconhecimento, no Brasil, da inconstitucionalidade por omissão tem se dado sob a concepção puramente obrigacional, ignorando, por completo, o viés normativista da identificação da omissão. Segundo esse viés, a omissão verifica-se não propriamente no descumprimento de um dever específico de legislar, e sim em razão das consequências no plano normativo, político e social da inércia legislativa. O foco recai, assim, sobre as consequências derivadas da inação do legislador em dar cumprimento à Constituição, mais precisamente sobre as situações jurídicas e sociais que se revelam opostas à Constituição em decorrência da omissão legislativa.³²⁷

A visão tradicional da nossa doutrina tem sido a de vincular a omissão legislativa inconstitucional à estrutura semântica dos enunciados normativos e à

³²⁵ SEGADO, Francisco Fernández. *El control de constitucionalidad delas omisiones legislativas: algunas cuestiones dogmáticas*. In *Direitos Fundamentais & Justiça*. vol. 3, n. 7. Porto Alegre: HS Editora, 2009. p. 69.

³²⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da inconstitucionalidade por omissão ao "Estado de coisas inconstitucional"*. 248 fl. Tese - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Sociais. 2015.

³²⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da inconstitucionalidade por omissão...* p. 25.

correlata eficácia jurídica desses enunciados. Assim, a omissão só poderia ser declarada diante de normas de eficácia limitada, carentes de densidade normativa para sua aplicação. As normas com densidade normativa suficiente, “exequíveis por si mesmas”, não ensejariam, em nenhuma hipótese, omissão legislativa inconstitucional.

Esse entendimento parte do pressuposto que a constatação da densidade normativa do enunciado dispensa qualquer providência legislativa ulterior para concretizá-lo, para torná-lo uma realidade concreta, de forma que não haveria nenhum dever constitucional de legislar. Conforme Carlos Alexandre de Azevedo Campos, ao afirmar que dispositivos com alta densidade normativa não podem implicar omissão legislativa, a doutrina cria direitos assegurados e efetivos *a priori*, ou atestam uma relevância apenas parcial do papel do legislador para assegurar o sucesso do projeto constitucional tomado como um todo.³²⁸ Essa postura, contudo, favorece a irresponsabilidade política e institucional do legislativo frente à ausência de efetividade da Constituição.

Além do critério da densidade normativa, grande parte da doutrina tradicional ainda acrescenta, baseada nas lições de Canotilho, a necessidade de que haja comandos específicos para legislar. O próprio autor, contudo, na segunda edição do seu *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, acusa que uma “análise gramatical”, feita artigo por artigo, levou a doutrina a identificar o preceito com a imposição, interpretando de forma restritiva as imposições constitucionais de legislar, caracterizando-os apenas quando houvesse uma ordem inequívoca dirigida ao legislador.³²⁹

É preciso ter em vista que a interpretação dos enunciados constitucionais, em ordem de aplicar as normas e proporcionar efetividade aos direitos, leva em conta questões fáticas e variáveis sociais e institucionais. Essas circunstâncias permitem afirmar que a omissão não é vinculada apenas à configuração formal de dispositivos particulares e à sua eficácia, mas dizem respeito sobretudo ao processo de reconstrução desses enunciados em normas e sua aplicação efetiva. Ao preocupar-se mais com os enunciados normativos, buscando uma identidade entre a

³²⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da inconstitucionalidade por omissão...* p. 31-33.

³²⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 302.

necessidade de intervenção legislativa e as expressões dos dispositivos constitucionais, a doutrina acaba preocupando-se mais com o objeto do que com o resultado da interpretação.

Defendemos, assim, uma ampliação da caracterização da omissão legislativa, abrangendo também as normas baseadas em texto com suficiente normatividade, pois o processo de interpretação e aplicação revela, frequentemente, a necessidade de intervenção legislativa para afastar limitações fáticas e permitir a atuação concreta dos direitos. A deficiência ou a insuficiência da atuação legislativa está relacionada à norma, não ao texto. Nesse sentido, afirma Carlos Alexandre Azevedo Campos que, ao interpretar e aplicar um enunciado normativo abstratamente autoaplicável

podem surgir obstáculos e necessidades organizacionais que exijam intermediação e coordenação do legislador como sujeito político mais democraticamente legitimado e institucionalmente capacitado para criar as condições necessárias e essenciais para o pleno gozo dos respectivos direitos fundamentais. A falta dessas condições institucionais, em decorrência da inércia ou atuação insuficiente do legislador, prejudicará a atuação concreta das normas constitucionais, caracterizando a omissão legislativa inconstitucional independentemente de elementos puramente semântico-estruturais terem, apenas formalmente, dispensado atuação legislativa. A estrutura semântica do enunciado constitucional nunca será garantia do implemento do direito fundamental enunciado.³³⁰

Também preocupado com o dever do Estado em proporcionar efetividade às normas constitucionais, Eros Roberto Grau defende o reconhecimento da omissão a partir do descumprimento de imposições abstratas, pois, segundo o autor, a desídia do Executivo e do Legislativo associada à fragilidade e subserviência do Judiciário poderão, no futuro, “dar lugar à conclusão de que o novo texto constitucional não foi produzido senão para propiciar avanço nominal, que terá prosperado apenas para restaurar a ideologia jurídica entre nós”.³³¹ No mesmo sentido, afirma Luiz Guilherme Marinoni:

As omissões que invalidam direitos fundamentais evidentemente não podem ser vistas como simples opções do legislador, pois ou a Constituição tem força normativa ou força para impedir que o legislador despreze direitos fundamentais, e assim confere ao juiz o poder de controlar a lei e as omissões do legislador, ou a Constituição constituirá apenas proclamação retórica e demagógica.³³²

³³⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da inconstitucionalidade por omissão...* p. 59.

³³¹ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988...* p. 319 e 325.

³³² MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional...* p. 797.

Assim, em síntese, a omissão legislativa inconstitucional pressupõe a falta de condições materiais para o gozo dos direitos fundamentais no momento da aplicação concreta da norma constitucional, mesmo quando o enunciado não exigir, a princípio, intermediação legislativa.³³³ Desse modo, a inércia ou a insuficiência do legislador no estabelecimento de condições necessárias, até mesmo imprescindíveis, diante de contextos sociais e institucionais particulares, para o gozo dos direitos fundamentais configuram inação legislativa inconstitucional, passível de correção ou superação judicial, também nos casos de “normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata”.³³⁴

Veja-se, não se trata de exclusão de um imperativo constitucional de legislar como pressuposto da caracterização da omissão legislativa, mas da compreensão de que essa ordem não advém de enunciado constitucional expresso, e sim do dever geral de proteção dos direitos fundamentais, reforçado pela norma da aplicabilidade imediata. O critério de identificação desloca-se, assim, de considerações semânticas para alcançar elementos materiais que avaliem os efeitos negativos da omissão total ou parcial do legislador sobre o exercício dos direitos. Assim, conforme Gilmar Mendes, “a omissão legislativa inconstitucional pressupõe a observância de um dever constitucional de legislar, que resulta tanto de comandos explícitos da Lei Magna como de decisões fundamentais da Constituição identificadas no processo de interpretação”.³³⁵ Em outra passagem, afirma o autor a importância de se levar em consideração a dinamicidade fática e jurídica na observação do dever de legislar:

Se se considerar que, após algum tempo, o legislador terá editado as leis mais relevantes exigidas expressamente no texto constitucional, não há como deixar de reconhecer que os casos significativos de omissão passarão a ser aqueles referentes à execução insatisfatória ou imperfeita do dever constitucional de legislar (omissão parcial), seja porque o legislador editou norma que não atende plenamente às exigências constitucionais, seja porque as mudanças nas situações fáticas ou jurídicas estão a exigir uma ação corretiva do legislador. É certo, pois, que, com a ressalva de alguns casos especiais, não mais se encontrará uma omissão pura do legislador. Não há como negar que o cumprimento imperfeito ou insatisfatório de determinada exigência constitucional configura ofensa ao dever que o constituinte impôs ao legislador.³³⁶

³³³ SEGADO, Francisco Fernández. *El control de constitucionalidad delas omisiones legislativas...* p.

³³⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da inconstitucionalidade por omissão...* p. 61.

³³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1239-1240.

³³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 430.

O objetivo de ampliar as possibilidades de reconhecimento da omissão legislativa não significa, de forma alguma, aumentar o poder do Judiciário, valendo-se de sua função normativa supletiva para atuar como se legislador fosse. A ampliação das possibilidades é, antes, consequência de uma exigência maior de participação do legislador na concretização dos direitos fundamentais, de forma que ambos os poderes atuem em conjunto para concretizar os direitos fundamentais e, ao fim e ao cabo, também um Estado Constitucional. Daí a defesa de Carlos Alexandre de Azevedo Campos de que a superação da omissão inconstitucional deva se dar por meio de relação interinstitucional dialógica. É demonstração, como afirmamos já na primeira parte deste trabalho, de uma relação de colaboração entre Legislativo e Judiciário.

Cabe frisar que a omissão legislativa inconstitucional não pode ser confundida com a omissão legislativa constitucional, baseada na liberdade de conformação do legislador. A fronteira entre o que é omissão normativa legítima e o que é proteção insuficiente de direito fundamental deve ser delimitada por critérios que levem a uma conclusão segura acerca da existência ou não de um dever de legislar. Tais critérios são identificados no caso concreto por meio do postulado da proporcionalidade³³⁷ e da proibição da proteção insuficiente de direitos fundamentais.

Dessa forma, quando o Estado se abster, total ou parcialmente, de adotar alguma medida que favoreça a promoção ou a proteção de determinado direito fundamental, deverá ser analisado: a) se a omissão ou atuação deficiente contribuiu para a promoção de algum objetivo legítimo (adequação); b) se não existia outro meio menos prejudicial ao direito fundamental que favorecesse, em igual intensidade, o citado objetivo (necessidade); e c) se a promoção do referido objetivo compensa, sob o ângulo constitucional, a deficiência na proteção ou promoção do direito em discussão (proporcionalidade em sentido estrito).³³⁸

Expostas nossas críticas à doutrina tradicional no que diz com a possibilidade de reconhecimento da omissão legislativa inconstitucional, cabe analisar os tipos de omissão inconstitucional: total ou parcial. Por omissão total diz-se da inexistência de

³³⁷ Sobre o postulado da proporcionalidade, vide ÁVILA, Humberto. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade...* e ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios...*

³³⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da inconstitucionalidade por omissão...* p. 79.

lei, ou seja, da inércia completa do legislador, que não editou a lei reclamada. A omissão parcial, por sua vez, dá-se em perspectiva vertical e em perspectiva horizontal, comporta duas espécies: a omissão relativa e a omissão parcial propriamente dita. A omissão em perspectiva vertical refere-se à intensidade ou suficiência de realização da norma constitucional: se a lei não é capaz de realizar, de modo adequado – e, assim, na intensidade devida – a norma constitucional, ela responde à Constituição de modo parcial, existindo, portanto, omissão inconstitucional parcial. De outro lado, a atuação legislativa, ainda que capaz de responder ao comando constitucional em termos de intensidade, pode atender apenas parcela dos beneficiários da norma constitucional, havendo, assim, também omissão parcial, dita relativa.³³⁹

A partir de outro critério, mas no mesmo campo conceitual, como bem observa Clève, classifica-se como omissão formal a ausência de ato normativo, e como omissão material a enunciação legislativa realizada de modo ofensivo ao conteúdo da constituição.³⁴⁰ Estariam identificadas, assim, a omissão total com a formal, e a omissão parcial com a material. Entretanto, preferimos não utilizar tal classificação e nomenclatura, tendo em vista que toda omissão formal será também material, pois a não atuação é também atentatória ao conteúdo da Constituição.

A omissão total está configurada quando o legislador, tendo o dever jurídico de atuar, abstém-se inteiramente de fazê-lo, deixando um vazio normativo na matéria. Nessa situação, conforme Barroso, abrem-se, em tese, três possibilidades de atuação judicial no âmbito da jurisdição constitucional: a) reconhecer autoaplicabilidade à norma constitucional e fazê-la incidir diretamente; b) apenas declarar a omissão, constituindo em mora o órgão competente para saná-la; c) não sendo a norma autoaplicável, criar para o caso concreto a norma faltante.³⁴¹

A omissão parcial relativa, por sua vez, configura-se pela exclusão, pela lei, do seu âmbito de incidência a determinada categoria que nele deveria estar abrangida,

³³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional...* p. 793.

³⁴⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro...* p. 328.

³⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 57.

privando-a de um benefício, em violação ao princípio da isonomia.³⁴² Neste caso, Barroso aponta as seguintes alternativas judiciais: a) a declaração de inconstitucionalidade por ação da lei que criou a desequiparação; b) a declaração de inconstitucionalidade por omissão parcial da lei, com ciência ao órgão legislativo para tomar as providências necessárias; c) a extensão ao benefício à categoria dele excluída.³⁴³

A primeira opção, de cassação da norma inconstitucional a partir da declaração da nulidade, segundo Gilmar Mendes, não se mostra apta para resolver os problemas decorrentes da omissão parcial relativa. “É que ela haveria de suprimir o benefício concedido, em princípio licitamente, a certos setores, sem permitir a extensão da vantagem aos segmentos discriminados”.³⁴⁴ A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, contudo, rechaça a possibilidade de extensão do benefício. Em vigor desde 1963, a Súmula 339 foi convertida, em 2014, na Súmula Vinculante 37, que segue vigente com enunciado idêntico ao original: “Não cabe ao poder judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia”. Enquanto a Corte sustenta essa posição, resta somente a possibilidade de comunicação da inconstitucionalidade ao Poder competente sem prazo para correção normativa, alternativa que se mostra inócua para a tutela dos direitos.³⁴⁵

A omissão parcial propriamente dita, por outro lado, não afeta o princípio da isonomia, mas consiste em uma atuação legislativa insuficiente ou deficiente em relação à obrigação que lhe era imposta. O exemplo típico desse caso, no direito brasileiro, é a fixação de salário mínimo em valor que não satisfaça a exigência constitucional. A declaração de inconstitucionalidade por ação da lei que instituiu o

³⁴² Tal classificação foi elaborada por Fue Wessel, Juiz do Tribunal Constitucional Federal alemão, em estudo apresentado em 1952 sobre a jurisprudência daquela Corte, distinguindo entre omissões absolutas e relativas. Enquanto as primeiras decorrem da violação, pela inércia, de um dever de legislar, estas derivam da violação ao princípio da igualdade, pois omitem a um determinado grupo de pessoas o gozo de um direito. **A partir dessa classificação, Wessel identifica a sindicabilidade das omissões relativas, pois importam a lesões a direitos fundamentais pelo legislador por violarem a isonomia, e a insindicabilidade das omissões absolutas, as quais se tratariam, na verdade, de questão política.** Muito embora não tenha acolhido as conclusões de Wessel quanto à sindicabilidade, a doutrina, de modo geral, adotou tal tipologia, designando como absolutas as omissões concernentes ao descumprimento de um dever de legislar e como relativas as omissões em que, mesmo não tendo um dever de legislar, o legislador o faz, mas com afronta ao princípio da isonomia. Vide CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro...* p. 328.

³⁴³ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro...* p. 59.

³⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional...* p. 439.

³⁴⁵ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988...* p. 322.

reajuste insuficiente, entretanto, teria como consequência o vácuo legislativo ou a restauração da lei anterior, fixadora de valor ainda mais baixo, de forma que não se mostra uma via sustentável. Defende Barroso, assim, que se declare a inconstitucionalidade por omissão parcial do legislador. Diante dessa situação, estão abertas duas possibilidades de atuação: a mera declaração da omissão, constituindo o órgão competente em mora, ou a criação de norma que supra a insuficiência.³⁴⁶

Com efeito, a omissão legislativa constitui a ausência de previsão normativa para determinada situação, o que outorga ao Poder Judiciário a tarefa de suprir a omissão estatal e dar aplicabilidade aos direitos. Pode fazê-lo, contudo, de diferentes formas, arrogando para si maior ou menor poder normativo. Para enfrentarmos tal situação e delinear os meios de atuação do Supremo Tribunal Federal, apresentamos dois casos paradigmáticos colocados à Corte para a tutela de direitos frente à omissão legislativa.

2.1.1. Dos casos paradigmáticos

2.1.1.1. Da inexistência de lei: o direito à greve dos servidores públicos

O art. 9º da Constituição de 1988 abriga o princípio da garantia do direito de greve.³⁴⁷ O direito de greve dos servidores públicos em específico, é assegurado pela Constituição no art. 37, VII, nos seguintes termos:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;

Reconhecendo o direito de greve como a arma mais eficaz de que dispõem os trabalhadores para as melhorias em suas condições de trabalho, Eros Roberto Grau

³⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro...* p. 60.

³⁴⁷ “Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender. § 1º A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. § 2º Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.”

afirma a greve como um poder de fato, recebendo concreção imediata como direito fundamental de natureza instrumental, com auto-aplicabilidade inquestionável.³⁴⁸

Tratando da greve dos servidores em geral, assim, a Constituição não prevê regulamentação, mas somente a proteção do direito. Aos trabalhadores compete decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dela proteger. A greve dos servidores públicos, contudo, deve ser regulamentada em lei, já que a sua realização pode comprometer o interesse dos cidadãos que necessitam da prestação do serviço público. Assim, o preceito enunciado no art. 37, VII da CF exige a edição de ato normativo que integre sua eficácia.

As primeiras decisões que reconheceram a omissão legislativa referente à concretização do direito de greve dos servidores públicos são datadas de 1994, no MI 20 e no MI 438. Nesses julgados, reconheceu-se a omissão pela ausência de regulamentação do direito, comunicando-se o Poder Legislativo para que fossem adotadas as medidas necessárias para a fruição do direito de greve.

Prevalecia o entendimento, nesse sentido, que o Mandado de Injunção deveria ter efeitos limitados à declaração da omissão legislativa. Já sustentavam alguns ministros, entretanto, a necessidade de tutela aos direitos, aplicando-se provisoriamente a lei de greve relativa aos trabalhadores em geral (Lei Federal 7.783/1989).³⁴⁹

Tal entendimento minoritário tornou-se predominante em 2007, com o julgamento dos MI 670, 708 e 712. Nessas decisões, além de reconhecer por unanimidade a omissão e declarar o Poder Legislativo em mora, o STF determinou, por maioria, que, na falta de regulamentação do art. 37, VII da CF, deveria ser aplicada a lei de greve dos trabalhadores em geral. Mas não só. Além de aplicar a Lei 7.783/89 aos impetrantes, optou por estendê-la a todos os servidores públicos.

³⁴⁸ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988...* p. 218.

³⁴⁹ Entre esses, foi a defesa do Ministro Carlos Velloso: “Assim, Sr. Presidente, passo a fazer aquilo que a Constituição determina que eu faça, como juiz: elaborar a norma para o caso concreto, a norma que viabilizará, na forma do disposto no art. 5º, LXXI da Lei Maior, o exercício de greve do servidor público. A norma para o caso concreto será a lei de greve dos trabalhadores, a Lei 7.783, de 28.06.89. É dizer, determino que seja aplicada, no caso concreto, a lei que dispõe sobre o exercício do direito de greve dos trabalhadores em geral, que define as atividades essenciais e que regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. Sei que na Lei 7.783 está disposto que ela não se aplicará aos servidores públicos. Todavia, como devo fixar norma para o caso concreto, penso que devo e posso estender aos servidores públicos a norma já existente que dispõe respeito ao direito de greve. (MI 631/MS, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 15.05.2002).

Como a regulamentação do direito de greve do servidor público envolve a definição de “serviços ou atividades essenciais”, bem como de “necessidades inadiáveis da coletividade”, a mera aplicação da lei 7.783/89 não seria suficiente. Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal, rechaçando o argumento de que estaria legislando, traçou os parâmetros atinentes ao exercício da greve dos servidores públicos, afirmando-se o poder-dever de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o ordenamento jurídico, para tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos.

No MI 670, o Min. Gilmar Mendes chamou atenção para a persistente desídia do Poder Legislativo, cuja omissão já havia sido reconhecida em diversas oportunidades, muito embora tenha ressaltado a existência de recorrentes debates legislativos sobre o tema em questão. No mesmo sentido o Min. Eros Grau, no MI 712, discutiu a efetividade das decisões do STF que se restringiram a declarar a omissão: “importa verificarmos é se o Supremo Tribunal Federal emite decisões ineficazes; decisões que bastam em solicitar ao Poder Legislativo que cumpra seu dever, inutilmente”.³⁵⁰ Conclui, assim, que “é certo que este Tribunal exercerá, ao formular supletivamente a norma regulamentadora que carece o art. 37, VII da Constituição, função normativa”, o que não afrontaria, contudo, a separação de Poderes, pois a função normativa é exercida pelo Legislativo e pelo Judiciário em conjunto.

Com efeito, a partir desses julgados, o STF modificou substancialmente sua técnica de decisão no julgamento de inconstitucionalidade por omissão, abandonando o mero apelo ao legislador para adotar uma postura ativa, assumindo seu papel normativo. Antes de adentrarmos o estudo dos instrumentos e técnicas pelos quais o STF pode agir, procederemos à exposição de um caso de omissão parcial de lei.

³⁵⁰ O site do Supremo Tribunal Federal indica mais de 40 processos em que foram declaradas a inconstitucionalidade por omissão do legislador e cuja matéria ainda se encontra pendente de disciplina. Tais processos foram julgados entre os anos de 1992 e 2009, e versam sobre a aposentadoria especial do art. 40, §4º da CF, direito de greve dos servidores públicos, lei complementar para federal para criação de municípios, aviso prévio proporcional e criação de cargos no modelo federal no Tribunal de Contas do Estado do Ceará. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional>.

2.1.1.2. De insuficiência de lei: Estado de Coisas Inconstitucional e os presídios brasileiros

Em junho de 2015, foi ajuizada, pelo partido Socialismo e Liberdade (PSOL), Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, pedindo que se reconheça um estado de coisas inconstitucional diante da massiva violação de direitos fundamentais da população carcerária brasileira, bem como a adoção de providências estruturais para sanar as lesões, geradas e agravadas por atos e omissões do Poder Público.

Na inicial são apontadas as diversas violações a direitos fundamentais sofridas por essa população, tais como superlotação carcerária, instalações prisionais insalubres, tortura policial, falta de segurança interna, inexistência de medida de divisão de presos, ausência de oferta de direitos básicos como saúde, alimentação minimamente saudável, educação e trabalho, número excessivo de prisões provisórias, assistência judiciária precária, entre outras violações que implicam tratamento desumano e condições indignas de sobrevivência dos presos.

O partido alega que esse estado é gerado e agravado por uma multiplicidade de atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, incluídos os de natureza normativa, administrativa e judicial. No que toca à administração, a União estaria contingenciando recursos do Fundo Penitenciário – FUNPEN, deixando de repassá-los aos Estados, não obstante estejam disponíveis e sejam necessários à melhoria do quadro. Quanto ao Judiciário, não estaria sendo observado os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, nos quais é previsto o direito à audiência de custódia. Além disso, haveria a sistemática imposição, sem a devida fundamentação, de medidas cautelares alternativas à prisão, bem como definição e execução de pena sem serem consideradas as condições degradantes das penitenciárias brasileiras. Quanto ao Poder Legislativo, este estaria influenciado pela mídia e pela opinião pública, estabelecendo políticas criminais insensíveis ao cenário, contribuindo para a superlotação dos presídios e com a conseqüente falta de segurança na sociedade, pois a situação atual dos presídios leva à taxa de 70% de reincidência.

Ressalta, ainda, que as autoridades públicas e a sociedade têm conhecimento da situação. A Câmara dos Deputados, mediante a “CPI do Sistema Carcerário” (2007-2009)³⁵¹, e o Conselho Nacional de Justiça – CNJ (que promove mutirões carcerários desde 2008)³⁵² já produziram relatórios a revelarem o quadro inconstitucional do sistema prisional brasileiro. São citadas também intervenções da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a condenação do Brasil a tomar medidas que erradiquem “situações de risco e a proteção à vida e à integridade pessoal, psíquica e moral de pessoas privadas de liberdade em várias penitenciárias do país”.

Assevera, por fim, que a situação retratada decorre de falhas estruturais em políticas públicas, de modo que a solução do problema depende da adoção de providências por parte dos diferentes órgãos legislativos, administrativos e judiciais da União, do Estado e do Distrito Federal. Esse quadro configuraria o que a Corte Constitucional da Colômbia denominou de “estado de coisas inconstitucional”, sendo necessária a intervenção do Supremo Tribunal Federal, no exercício do papel contramajoritário próprio das cortes constitucionais, em proteção da dignidade de grupos vulneráveis.

Desse modo, conclui que o STF deveria impor aos poderes públicos, em síntese: elaboração e implementação de planos de ação sob monitoramento judicial; realização de audiências de custódia; fundamentação das decisões que não aplicarem medidas cautelares diversas da prisão; consideração do estado de coisas inconstitucional quando da aplicação da execução da pena. Liminarmente, postula uma série de medidas, entre elas uma ordem aos juízes e tribunais para motivação das sentenças; realização das audiências de custódia; a realização de mutirões, coordenados pelo CNJ, para revisão dos processos de execução penal; a liberação

³⁵¹ Com relatório enviado para os seguintes órgãos e autoridades: Ministro da Justiça, Diretor do DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional, Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Ministério Público da União, Ministério do Planejamento, Ministério da Educação, Ministério da Saúde, Ministério do Trabalho, Conselho Nacional de Justiça, Conselho Nacional do Ministério Público, Governadores e Secretarias de Justiça, Segurança e Administração Penitenciária de todos os Estados da Federação, Defensoria Pública da União de todos os Estados, Controladoria Geral da União, Ordem dos Advogados do Brasil (Federal e de todos os Estados) e aos Ministérios Públicos dos Estados e Corregedorias que menciona, ao Poder Judiciário e suas Corregedorias e às seguintes Comissões Permanentes da Câmara dos Deputados: Constituição e Justiça e de Cidadania, Direitos Humanos e Minorias, Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado.

³⁵² Tais mutirões objetivam a garantia do devido processo legal com a revisão das prisões de presos definitivos e provisórios, e a inspeção nos estabelecimentos prisionais do Estado. Os resultados dessas diligências podem ser conferidos no Portal do CNJ: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-mutirao-carcerario>.

das verbas do Fundo Penitenciário Nacional; declaração do estado de coisas inconstitucional existente; determinação ao Governo Federal para elaborar e encaminhar ao STF, em um prazo de três meses, um plano nacional visando a superação, em um prazo de três anos, do quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro.

A ADPF em questão já teve julgado seu pedido cautelar, concedendo-o parcialmente, a fim de declarar o estado de coisas inconstitucional e, com isso, determinar aos Juízes e Tribunais que passem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão. Os Ministros também entenderam que deve ser liberado, sem qualquer tipo de limitação, o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização na finalidade para a qual foi criado, proibindo a realização de novos contingenciamentos. Por maioria dos votos, a Corte determinou à União e ao Estado de São Paulo que forneçam informações sobre a situação do sistema prisional. Aguarda-se o julgamento definitivo.

Nota-se que esse caso faz alusão a uma nova técnica, exigindo do Supremo Tribunal Federal que sustente nova postura diante de problemas estruturais. O chamado “estado de coisas inconstitucional” é elaboração teórica colombiana que contempla uma omissão inconstitucional derivada de omissão estatal permanente, de uma ampla falha estrutural de proteção a direitos fundamentais pelo Estado. Tido como modalidade extremada de omissão inconstitucional, reclama a adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações, que envolva medidas legislativas e políticas públicas.

A técnica da declaração do estado de coisas inconstitucional, assim, permite ao juiz constitucional impor aos Poderes Públicos a tomada de ações necessárias ao afastamento das violações massivas de direitos fundamentais, acompanhando e supervisionando a efetiva implementação. Conforme Carlos Alexandre de Azevedo Campos, a Corte assume papel de vanguarda na correção de falhas estruturais em nome da garantia da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, núcleo axiológico e normativo das constituições contemporâneas. Contudo, como há utilização de remédios processuais que escapam ao esquema tradicional de controle de constitucionalidade, seus pressupostos devem estar claramente sistematizados a fim de assegurar que a medida tomada seja excepcional. São três os pressupostos do

estado de coisas inconstitucional por ele apontado: a) para além da mera proteção deficiente, deve haver violação massiva e generalizada de direitos fundamentais que afeta a um número amplo de pessoas; b) tal violação deve estar ligada a uma falha estrutural, à omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção dos direitos fundamentais – inserindo-se a omissão legislativa inconstitucional sob a perspectiva material, em que leis insuficientes e defeituosas podem ser o ponto de partida das falhas estruturais, mesmo quando ausente disposição constitucional expressa do dever de legislar; e c) a superação do quadro de inconstitucionalidade depende de remédios e ordens dirigidas a uma pluralidade de órgãos – o mesmo fator estrutural que se faz presente na origem e na manutenção das violações existe na busca por soluções.³⁵³

Presentes os pressupostos, o juiz tem o dever de intervir na formulação de políticas públicas, estabelecendo remédios judiciais capazes de assegurar efetividade ao projeto constitucional. O papel do juiz, contudo, não deve ser o de detalhar as políticas públicas, mas sim exigir que estas sejam feitas, de forma que a declaração do estado de coisas inconstitucional seja um gatilho para a superação da situação decorrente da falha estrutural. Assim, o juiz não chega – nem deve chegar – a ser um elaborador de políticas públicas, estando restrito à atividade de coordenação institucional.

Tal cuidado é necessário para que não se afronte a separação de poderes. A declaração do estado de coisas inconstitucional é medida extrema, a qual, conforme Carlos Alexandre de Azevedo Campos, comporta inegavelmente um ativismo judicial. Aduz o autor, contudo, que nem todo ativismo é ilegítimo, o sendo somente quando voltado a promover a supremacia do Poder Judiciário sobre os demais.³⁵⁴ Assim, o ativismo exercido pelo Supremo Tribunal Constitucional nesses casos deve ser no intuito de articular os Poderes Públicos na superação da falha estrutural e promover o

³⁵³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da inconstitucionalidade por omissão...* p. 129-131.

³⁵⁴ Para o autor, “as cortes realmente assumem papéis típicos de agente político: apontam falhas estruturais de omissões inconstitucionais; definem se e quando formular políticas públicas; determinam os parâmetros dessas políticas; estabelecem a alocação de recursos orçamentários; coordenam a atuação das instituições de governo; supervisionam os resultados dessa atuação. As cortes assumem para si a tarefa de transformação social e, para tanto, comportam-se para além do papel judicial tradicional, atraindo críticas de ordem democrática e questionamentos acerca de sua capacidade institucional”. Buscaremos superar tais críticas no capítulo final desse trabalho. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da inconstitucionalidade por omissão...* p. 140.

debate com a sociedade, o que o autor chama de “ativismo judicial estrutural dialógico”.³⁵⁵

É papel da Corte, assim, assegurar que os outros poderes envidem esforços para alcançar a efetividade dos direitos fundamentais, deixando, contudo, os detalhes sobre esses meios para legisladores e administradores. Ela deve apontar a omissão estatal inconstitucional e a consequente violação massiva de direitos, fixar parâmetros e até prazos para a superação desse estado, mas deve deixar as escolhas técnicas de meios para os outros poderes.

Acreditamos que a técnica da declaração do estado de coisas inconstitucional seja uma possibilidade para nosso sistema de controle de constitucionalidade da omissão legislativa, compreendendo-se essa sob a ótica material defendida nesse trabalho, de proteção deficiente aos direitos fundamentais. Em busca da efetividade dos direitos garantidos em nossa Constituição e do sucesso do projeto constitucional, as falhas estruturais demandam medidas que tenham condições de atacar o problema em suas raízes, sem que seja ofendido, com isso, o sistema de separação de poderes.

2.2. Das formas de colaboração

Sustentamos até então o dever de o Supremo Tribunal Federal tutelar direitos fundamentais diante da omissão legislativa. Tanto o dever de atuação legislativa quanto o dever de o Supremo outorgar tutela efetiva decorrem do dever de proteção estatal aos direitos fundamentais. Nos propomos, então, a analisar os instrumentos e as técnicas de julgamento por meio dos quais a Corte pode atingir esse fim.

2.2.1. Mediante quais instrumentos

2.2.1.1. Mandado de Injunção

De acordo com o art. 5º, LXXI da Constituição Federal, “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. Ressai da norma constitucional que o

³⁵⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da inconstitucionalidade por omissão...* p. 176 e ss.

mandado de injunção constitui instrumento processual destinado a viabilizar, diante de falta de norma infraconstitucional, o exercício desses direitos. Por isso, pode ser impetrado por toda e qualquer pessoa que deixe de usufruir de direito em função da falta de regulamentação deste, além dos legitimados à tutela dos direitos coletivos, inclusive sindicatos e demais associações representativas.

Conforme Flávia Piovesan, a norma institui, para a concessão da injunção, o reconhecimento de uma relação de causa e efeito, vale dizer, entre a falta de lei e o exercício do direito.³⁵⁶ Dessa forma, o mandado de injunção objetiva dar tutela a um direito subjetivo, constituindo mecanismo que permite a fiscalização concreta da inconstitucionalidade por omissão. É de competência do STF processar e julgar o mandado de injunção quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, entre outros.³⁵⁷

Enquanto pressupostos para a concessão do mandado de injunção, tem-se reconhecido o dever de legislar e a mora do legislador.

Para o Supremo Tribunal Federal, o dever de legislar advém de ordem constitucional expressa.³⁵⁸ A esse respeito já enunciamos nossas críticas, entendendo que o dever de legislar decorre do dever de proteção aos direitos fundamentais, estando ligado à necessidade de outorgar-se efetividade a estes. Tal perspectiva da omissão legislativa inconstitucional é compatível com o cabimento do mandado de injunção, pois a norma que o prevê estabelece seu cabimento em casos de inviabilização do exercício de direito diante de falta de norma regulamentadora. A falta de norma regulamentadora, no entendimento da Corte, engloba a omissão parcial,

³⁵⁶ PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial contra omissões legislativas...* p. 134. NÃO ENCONTREI ESTA REFERÊNCIA COMPLETA NA BIBLIOGRAFIA E NEM NAS NOTAS ANTERIORES.

³⁵⁷ A Competência do STF é prevista no art. 102 da CF:

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

(...)

q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de cada uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal.

II – julgar, em recurso ordinário:

a) o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão.”

³⁵⁸ Vide MI 242 – DF. Rel. Min. Celso de Mello, DJ 14.08.2001.

pois o legislador não se desincumbe de sua obrigação ao emitir normas insuficientes. Dessa forma, protegendo insuficientemente os direitos constitucionais – havendo dever expresso de legislar ou não – deverá ser reconhecido o dever de legislar.

O Supremo exige, ainda, a caracterização da mora do legislador para conceder o mandado de injunção. Vale dizer, quando a Constituição não estabelecer prazo para legislar, o atraso deve ser gravado de significado, deve revelar a não intenção em legislar. Utiliza como critério, assim, a superação de “prazo razoável”, definindo-o a partir das situações concretas.

De início, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal dava-se no sentido de não permitir ao Poder Judiciário o poder de emitir a norma faltante, nem lhe conferir o poder de tutelar o direito dependente de norma. Cabia somente a declaração da omissão legislativa, notificando-se o poder competente para suprir a omissão. Nem mesmo prazo poderia ser fixado para a elaboração de lei.³⁵⁹

Após uma série de decisões ampliando paulatinamente os poderes do órgão judiciário competente para declarar a omissão via mandado de injunção, o STF definiu, com o MI 712 – o caso acerca do direito de greve do servidor público, como visto anteriormente – novas funções ao instituto. Nesse caso, a Corte, além de retirar consequências práticas da não observância de uma decisão que impõe prazo para legislar, ainda definiu que possui, ao decidir o mandado de injunção, o poder de editar norma jurídica em substituição à devida pelo legislador, enquanto não sobrevier a lei devida.

Via mandado de injunção, portanto, é possível declarar a omissão inconstitucional, criar a norma faltante ou ainda ordenar ao demandado alguma providência³⁶⁰. Deixa de ter o mandado de injunção somente natureza declaratória, podendo possuir ainda natureza constitutiva ou mandamental.

³⁵⁹ Vide MI 168 - RS. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 20.04.1990.

³⁶⁰ Deve estar no polo passivo do mandado de injunção, já tem por fim tutelar o direito dependente de norma, além do legislador competente, o devedor da prestação decorrente da omissão inconstitucional. Vide MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, INGO; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional...* p. 1072. Defendendo como legitimado passivo apenas a pessoa a quem incumbe a eventual satisfação da prestação, afirmando que o objeto da ação é a efetivação do direito subjetivo e não a declaração em tese da omissão de determinado órgão, Luís Roberto Barroso. Alude o autor, contudo, que é conveniente que se dê ciência ao responsável pela omissão, que poderá, inclusive, levar elementos e informações relevantes para a decisão. BARROSO, Luís Roberto. *Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro – Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 155 e 158. A posição do STF, entretanto, é a de

Há quem defenda, ainda, que a declaração da inconstitucionalidade por omissão não implica a possibilidade de determinação ao órgão competente para que supra a norma faltante, pois o objetivo do mandado de injunção é somente o de tutelar o direito no caso concreto. A notificação ao órgão legislativo constituiria o escopo da ação direta de inconstitucionalidade por omissão – e seria a título de ciência, não de determinação.³⁶¹

Entendemos respeitosamente, contudo, que não há razões para que, declarando a inconstitucionalidade por omissão legislativa, não possa o Supremo Tribunal Federal determinar ao órgão competente a elaboração normativa. Do contrário, não haverá perspectiva de superação da inconstitucionalidade, sucedendo-se ações judiciais para que os direitos constitucionais possam ser efetivados. Note-se, ainda, que, sendo possível tal determinação na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, também será possível no mandado de injunção. Afinal, não é a via processual – e, ao fim e ao cabo, quem são os legitimados para propor o controle da inconstitucionalidade – que define a forma como o Supremo Tribunal Federal tutela os direitos fundamentais.³⁶²

Questão importante a ser analisada é dos efeitos da decisão do mandado de injunção. O STF, conforme paradigmática decisão no MI 712, reconhece eficácia erga omnes. Com isso, a norma criada pelo STF para regulamentar o caso concreto passa a vigorar para todas as pessoas que tem seu direito afetado pela falta de regulamentação normativa até que o órgão legislativo competente supere a omissão e regulamente o direito afirmado.

Luiz Guilherme Marinoni, em crítica à posição sustentada pelo STF, afirma que o mandado de injunção possui coisa julgada para as partes, não ocorrendo coisa

que a legitimação passiva recai somente sobre a autoridade ou órgão omissor, sem incluir a parte privada ou pública devedora da prestação. Vide Embargos de Declaração no MI 5088 – DF. Rel. Min. Dias Toffoli. DJ 22.10.2013. Tal entendimento decorre de uma errônea sustentação de que o mandado de injunção tem natureza mandamental, pois estaria dirigido ao órgão estatal omissor. Como exposto, a natureza do mandado de injunção está relacionada ao efeito da sentença, que pode ser declaratório, constitutivo ou mandamental.

³⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. *Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro...* p. 160. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público. Em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição.* 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 539.

³⁶² A posição do STF se dá no sentido de determinar a elaboração legislativa, assinalando um prazo para tanto. Diante do descumprimento, persistindo a mora, ao impetrante é assegurada, pela via processual adequada, a reparação por perdas e danos. Vide MI 283-5. Rel. Min Sepúlveda Pertence. DJ de 14.11.1991.

julgada com efeito *erga omnes*. Tal situação, para o autor, é mera decorrência de a parte, no mandado de injunção, pedir tutela de posição jurídica individual.³⁶³ No mesmo sentido, Calmon de Passos afirma que o mandado de injunção

não é remédio certificador de direito, e sim de atuação de um direito já certificado. Seu objeto é exclusivamente definir a norma regulamentadora do caso concreto, dada a omissão do poder constitucionalmente competente, originariamente, para isso. Age o Judiciário, substitutivamente, exercitando a função que seria do legislador, mas limitado ao caso concreto.³⁶⁴

Conforme pontua Clèmerson Merlin Clève – em posição ligeiramente distinta –, o órgão jurisdicional, em mandado de injunção, não irá exercer propriamente a função normativa genérica, mas sim possibilitar ao impetrante, caso mereça procedência sua pretensão, a fruição do direito não exercitado em face da falta de norma regulamentadora. “A norma jurídica individual ‘criada’ pelo Judiciário não seria diferente das normas jurídicas concretas veiculadas por qualquer decisão judicial. O papel do Judiciário, então, não seria o de ‘legislar’, mas o de ‘aplicar’ o direito ao caso concreto, revelando a normatividade já inscrita no dispositivo constitucional, e removendo eventuais obstáculos a sua efetividade”.³⁶⁵

Com efeito, ao estabelecer a norma para o caso concreto, o juiz o faz exercendo atividade interpretativa, para aplicação do direito constitucional. Nesse sentido a lição de Cappelletti, de que a afirmação do juiz como criador do direito é uma óbvia banalidade, pois toda interpretação é criativa, e toda interpretação judiciária é *law making*.³⁶⁶ Como assevera o autor, a questão não reside na criatividade do juiz, mas sim no grau dela, nos limites da atividade jurisdicional. Nesse sentido, adiantamos nosso posicionamento, a ser trabalhado no tópico seguinte, de que o juiz está restrito ao mínimo necessário para dar efetividade ao direito não exercitado.

³⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, INGO; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional...* p. 1090. No mesmo sentido, PIOVESAN, Flávia; CHADDAD, Maria Cecília Cury. *Efeitos da Decisão em Mandado de Injunção*. In MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima Quintas. (org.). *Mandado de Injunção – Estudos sobre sua regulamentação*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 446.

³⁶⁴ PASSOS, Calmon J. J. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data. Constituição e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 98-99.

³⁶⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro...* p. 24.

³⁶⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 24. Publicação original *Giudici Legislatori?*, 1984.

Muito embora entendamos que não é possível estender os efeitos da coisa julgada a todas as pessoas que se encontram na mesma situação, inclusive por ofensa ao contraditório, as decisões tomadas em mandado de injunção possuem a eficácia vinculante dos precedentes. A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em mandado de injunção, como toda e qualquer decisão por ele proferida em controle difuso, constitui precedente.

A *ratio decidendi* é constituída pelo dever de legislar a respeito de determinada questão, bem como a própria norma elaborada pela Corte. Os demais juízos e tribunais, assim, deverão aplicar a norma formulada pelo Supremo no mandado de injunção sempre que, num caso conflitivo concreto, reclamar-se contra a não regulamentação da mesma norma constitucional. Trata-se de eficácia vinculante vertical. Isso significa que a norma regulamentada no precedente pode fundamentar ação direta proposta em face de quem é sujeito passivo de uma relação substancial, sendo desnecessário novo mandado de injunção. Não obstante, havendo novos mandados de injunção envolvendo a necessidade de regulação da mesma norma, o Supremo estará, em princípio, vinculado à decisão pretérita, podendo alterá-la somente ao reconhecer necessidades anteriormente não vislumbradas. Trata-se de eficácia vinculante horizontal.³⁶⁷

2.2.1.2. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por omissão

Além do mandado de injunção, a Constituição também previu, para o controle da inconstitucionalidade por omissão, uma forma de fiscalização abstrata, por meio da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Tal ação é voltada para a efetividade da norma constitucional por meio da tutela do direito objetivo. Não há, portanto, caso conflitivo concreto entre as partes³⁶⁸, de forma que a sentença atua no

³⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, INGO; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional...* p. 1091.

³⁶⁸ Como legitimados ativos, o art. 103 da CF enumera: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Entende-se que a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional têm legitimidade para a ação apenas quando presente a denominada "pertinência temática", vide ADIn 3.906-AgRg, Rel. Min. Menezes Direito, DJe 05.09.2008. Está em tramitação na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 2253/2015, que altera as leis 9.868/99 e 9.882/99 para exigir do Conselho

plano normativo, operando, sobre sobre seu dispositivo, a coisa julgada e a eficácia erga omnes, e, sobre a *ratio decidendi*, os efeitos vinculantes em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal, conforme art. 102, §2º da CF e parágrafo único do art. 28 da Lei 9.868/1999.³⁶⁹

A previsão constitucional de tal ação encontra-se no art. 103, §2º da CF.³⁷⁰ O Supremo Tribunal Federal, interpretando este dispositivo, entende que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão viabiliza somente a declaração da inconstitucionalidade e, conforme o caso, ciência ao poder incumbido de editar a norma ou ordem para a autoridade administrativa tomar as providências necessárias. Dessa forma, apenas quando a ação se dirige contra órgão administrativo é cabível uma ordem, assumindo a sentença uma natureza mandamental. Quando a ação é dirigida a órgão legislativo, a sentença é de natureza meramente declaratória. A sentença meramente declaratória da omissão inconstitucional, contudo, é completamente incapaz de dar efetividade à norma constitucional e de defender adequadamente a ordem jurídica.

Em razão disso, é preciso revisar a ideia de que a decisão de procedência pode apenas declarar a omissão, tendo em conta que a tutela da Constituição não pode deixar a força normativa da Constituição à tutela do parlamento. Merece referência, novamente, junto à crítica à natureza meramente declaratória da decisão, nossa defesa de que o dever de legislar deve ser ampliado no sentido de outorgar-se efetividade à Constituição.

Nesse sentido, também defendendo a ampliação do conceito de dever de legislar, Luiz Guilherme Marinoni afirma que a ação de inconstitucionalidade por omissão não tem como objeto apenas a falta de atendimento a norma constitucional

Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e de confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional o requisito da pertinência temática direta para serem considerados legitimados à propositura de ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental. A legitimidade passiva para a ação direta de inconstitucionalidade por omissão cabe ao órgão ou à pessoa responsável pela edição do ato normativo faltante.

³⁶⁹ Sobre coisa julgada, eficácia *erga omnes* e eficácia vinculante das decisões do STF que declaram a inconstitucionalidade de atos normativos, MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa Julgada Erga Omnes e Eficácia Vinculante*. Disponível em <https://processoemdebate.files.wordpress.com/2010/09/coisa-julgada_erga_omnes_vinculante_Marinoni.pdf>. Acesso em 20 de fevereiro de 2016.

³⁷⁰ “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”.

que expressamente obriga o legislador, mas também a falta de lei imprescindível à proteção normativa de direito fundamental. Conclui, assim, que o dever de legislar deve ser compreendido “como dever de editar normas para dar plena efetividade e proteção aos direitos constitucionais, tomando-se as previsões de legislar constantes nas normas constitucionais como imposições não necessárias ao surgimento da obrigação legislativa”.³⁷¹

Afastando-se o legislador do cumprimento deste dever, a mera declaração de inconstitucionalidade por omissão não é suficiente para outorgar efetividade aos direitos fundamentais. Limitar-se a essa declaração é reconhecer que a rebeldia do legislador tem maior eficácia que a própria Constituição, que a inércia legislativa vincula contra a força normativa da Constituição. Para Gilmar Mendes, portanto, a decisão que constata a existência de omissão inconstitucional determina ao legislador que empreenda as medidas necessárias à colmatação da lacuna inconstitucional. Conclui, nesse sentido, que a sentença tem caráter nitidamente mandamental que impõe ao legislador em mora o dever de, dentro de um prazo razoável, proceder a eliminação do estado de inconstitucionalidade.³⁷²

Essa ordem, contudo, pode ainda ser desobedecida.³⁷³ Para evitar que isso aconteça, Clèmerson Merlin Clève sugere que, além da ordem para legislar, adote-se um regime de deliberação nos moldes daquele definido no art. 64, §2º, da CF.³⁷⁴ De

³⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional...* p. 1104.

³⁷² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1250. No mesmo sentido, José Afonso da Silva afirma que a sentença não se trata de mera ciência ao legislador competente, mas de ato mandamental. Conclui, assim, que “se o Poder Legislativo não responder ao mandamento judicial, incidirá em omissão ainda mais grave, devendo dar, ao menos, alguma satisfação ao Poder Judiciário.” Observa, contudo, que, se não o fizer, praticamente nada se poderá fazer, pois não há como obrigar o legislador a legislar. Sugere, assim, a adoção da “sentença normativa”. Vide SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo...* p. 58.

³⁷³ Nesse sentido, o STF afirmou o dever de o Estado indenizar os prejuízos causados pela sua omissão, devendo haver, além da omissão (dever de legislar e mora legislativa), dano e nexo de causalidade entre a falta de lei e o dano. Vide RE 424.584 (2ª T. Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 07.05.2010) e RE 565.089 (Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 25.03.2013). Muito embora o Min. Gilmar Mendes, em seu voto no RE 424.584, tenha afirmado a necessidade de reconhecimento da mora e permanência da omissão para que seja possível a omissão, adotamos opinião manifestada por Luiz Guilherme Marinoni, no sentido de que é a mora legislativa, e não o retardo culposo, que institui o dever de legislar. Como a mora legislativa pode ser fixada a partir de data no passado, o legislador se encontrará a praticar ato ilícito a partir de tal data, ensejando a produção de danos desde então. Vide MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional...* p. 1125. O MI 283-DF, DJ 14.11.1991, já havia fixado o dever de indenizar a partir de ultrapassado prazo para que o legislador pürgasse a mora.

³⁷⁴ É a previsão do art. 64, §2º: “se, no caso do § 1º [situação em que o Presidente da República solicita urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa], a Câmara dos Deputados e o Senado Federal

outro lado, Flávia Piovesan sustenta que o Supremo Tribunal Federal, finalizado o prazo estabelecido ao legislador sem qualquer providência adotada, poderá dispor normativamente da matéria a título provisório, até que o legislador viesse a elaborar norma faltante.³⁷⁵

Trata-se, a respeito desta possibilidade, de analisar se o texto do art. 103, §2º da CF, ao dizer que “declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente (...)”, e verificar se a norma constitucional vem a proibir a elaboração da norma judicial. Conforme Luiz Guilherme Marinoni, a circunstância de se ter previsto o provimento declaratório não impede que seja proferido provimento de natureza constitutiva quando consciente da inefetividade da mera declaração. Escorreita a lição do autor de que

as sentenças e os meios executivos sempre devem ser pensados à luz do princípio da tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV, da CF), o que significa dizer que, especialmente diante da tutela da ordem constitucional, o Judiciário, mais do que em qualquer outro lugar, não pode renunciar ao seu dever em razão da falta de efetividade de determinada espécie da sentença.³⁷⁶

Assim, declarada a inconstitucionalidade da omissão, dada a extrapolação de prazo razoável para a elaboração normativa ou a criação de normativa insuficiente para a proteção da norma constitucional por parte do Legislativo, a interpretação normativa mais adequada, a nosso ver, deve ser aquela que possibilite ao Supremo Tribunal Federal elaborar a norma faltante para suprir a inércia do legislador. Evita-se, assim, que se gere um estado consolidado e permanente de inconstitucionalidade com o qual o Direito não pode conviver – o que poderia ensejar, inclusive, a declaração de um estado de coisas inconstitucional e uma intervenção judicial mais forte.

Com efeito, admitir que o Supremo Tribunal Federal nada possa fazer quando o Legislativo se nega a tutelar as normas constitucionais é não perceber que o dever

não se manifestarem sobre a proposição, cada qual sucessivamente, em até quarenta e cinco dias, sobrestar-se-ão todas as demais deliberações legislativas da respectiva Casa, com exceção das que tenham prazo constitucional determinado, até que se ultime a votação”. Afirma Clève que esse regime, além de ser eficaz, em nada ofende a autonomia do legislador. Para o autor, em nenhuma hipótese de omissão inconstitucional será permitida disposição normativa por parte de órgão judicial. Vide CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro...* p. 347-348.

³⁷⁵ PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas...* p. 126.

³⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional...* p. 1117.

de tutela da Constituição é do Estado, e não apenas do Legislativo. Quando o Legislativo não atua, o Supremo tem o dever de elaborar a norma faltante para dar efetividade à Constituição como decorrência do dever de proteção à Constituição e aos direitos fundamentais. Dessa forma, vamos um passo adiante para afirmar que o *dever* de o Supremo Tribunal Federal reger normativamente a matéria, de forma provisória, existe desde o momento em que declarada a omissão, não sendo necessário o descumprimento do prazo indicado ao legislador para que esse dever se imponha.³⁷⁷ Ora, se a omissão legislativa inconstitucional já foi declarada a partir da mora do legislador, ou se o legislador acredita já ter se desincumbido desse dever, tendo-o feito, entretanto, de forma insuficiente, não há razões para que o direito constitucional siga sem tutela até que o legislador supere sua omissão.

Importante estabelecer que a norma criada pela Corte não deve ir além do necessário à tutela da norma constitucional, bem como possui eficácia temporal até o pronunciamento superveniente do legislador. Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal não atua usurpando o poder do legislador ou ferindo a separação dos poderes, mas sim desincumbindo-se do seu dever de tutelar a ordem constitucional.³⁷⁸

Ademais, é de ressaltar que a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão deve estar acompanhada de amplo contraditório. Afirma, o art. 12-E, §1º, da Lei 9.868/1999³⁷⁹, que, no prazo atribuído à prestação de informações, qualquer um dos legitimados à ação de inconstitucionalidade por omissão poderá manifestar-se, por escrito, sobre o objeto da ação e pedir a juntada de documentos reputados úteis para o exame da matéria, bem como apresentar memoriais. Além disso, devem ser ouvidos o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República. Há a possibilidade, ainda, de otimização do debate da questão constitucional por meio da intervenção de *amicus curiae*, considerando a pertinência temática do órgão ou da

³⁷⁷ José Afonso da Silva possui lição semelhante. Em análise ao disposto no §2º do art. 103 da CF, o autor afirma que “nos termos estabelecidos, o princípio da discricionariedade do legislador continua intacto, e está bem que assim seja. Mas isso não impediria que a sentença que reconhecesse a omissão inconstitucional já pudesse dispor normativamente sobre a matéria até que a omissão legislativa fosse suprida. Com isso, conciliar-se-iam o princípio político da autonomia do legislador e a exigência do efetivo cumprimento das normas constitucionais.” Vide SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo...* p. 50-51.

³⁷⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público...* p. 570.

³⁷⁹ Trata-se de lei que regulamenta o processo e julgamento da ação declaratória de constitucionalidade e da ação direta de inconstitucionalidade. Uma seção destinada à ação direta de inconstitucionalidade por omissão foi adicionada pela Lei 12.063/2009.

entidade que deseja se manifestar.³⁸⁰ Conforme art. 9º, §1º da Lei 9.868/1999, cabe ainda a realização de audiências públicas e a oitiva de depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

2.2.1.3. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

A arguição de descumprimento de preceito fundamental está prevista no art. 102, §1º da CF³⁸¹. Definiu o texto somente que a competência para apreciação é do Supremo Tribunal Federal, ficando à cargo do legislador a sua concretização. A Lei 9.882/1999, assim, dispôs sobre seu processo e julgamento. Conforme seu art. 1º, o objeto da ação é “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público”. Não obstante, no julgamento da ADPF n. 4³⁸², o Supremo Tribunal Federal admitiu a arguição como instrumento eficaz para o controle da inconstitucionalidade por omissão.

Primeira questão de relevo é que a ação é destinada para proteger somente os preceitos fundamentais, e não todas as normas constitucionais. Quais são, entretanto, os preceitos fundamentais? Conforme Dirley da Cunha Júnior, a questão deve ser solucionada a partir da compreensão da Constituição como uma ordem de valores. A partir dessa ideia se pode identificar quais são os preceitos que estão diretamente ligados aos valores supremos do Estado e da Sociedade. Conceitua preceito fundamental, assim, como

toda norma constitucional que serve de fundamento básico de conformação e preservação da ordem jurídica e política do Estado. São as normas que veiculam os valores supremos de uma sociedade, sem os quais a mesma tende a desagregar-se, por lhe faltarem os pressupostos jurídicos e políticos essenciais. Enfim, é aquilo de mais relevante numa Constituição, aferível pela nota da indispensabilidade. É o seu núcleo-central, sua alma, o seu espírito, um conjunto de elementos que dá vida e identidade, sem o qual não há falar em Constituição. É por essa razão que o constituinte deliberou

³⁸⁰ Quanto aos requisitos para admissibilidade de *amicus curiae*, vide BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3ª ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2012; e BISCH, Isabel da Cunha. *O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade: um estudo à luz das experiências americana, europeia e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

³⁸¹ É o texto: “A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”.

³⁸² ADPF n. 4, Rel. Min. Ellen Gracie. DJ 22.09.2006.

por destinar aos preceitos fundamentais uma proteção especial, através de uma ação também especial.³⁸³

Nem a constituição nem a lei, acertadamente, indicaram quais são esses preceitos fundamentais. Como os fatos da vida social são dinâmicos, a essencialidade dos preceitos constitucionais é variável. O rol de normas que indicam os valores mais importantes de uma sociedade, portanto, não pode ser taxativo. Caberá à doutrina a indicação e, ao Supremo Tribunal Federal, de forma vinculante³⁸⁴, o estabelecimento de quais são os preceitos fundamentais merecedores de tutela pela via da arguição.

Há, por ora, um consenso em identificar como preceitos fundamentais: os princípios fundamentais do Título I da CF, os direitos e garantias fundamentais (tanto os previstos no Título II quanto os abarcados pela norma que prevê a abertura material da Constituição), os princípios sensíveis previstos no art. 34, VII da CF e as cláusulas pétreas.³⁸⁵

Dois ritos foram definidos pela Lei 9.882/99 para a ADPF, ensejando duas modalidades de arguição, uma autônoma e outra incidental. Ambas são propostas diretamente ao Supremo Tribunal Federal. A arguição autônoma independe de caso concreto em que tenha surgido questão relevante, sendo destinada para a defesa objetiva dos preceitos fundamentais ameaçados ou lesados por qualquer ato do Poder Público. Na arguição incidental, a questão constitucional deve ser fundamento relevante nos aspectos econômico, político, social ou jurídico, e sua controvérsia deve surgir em caso concreto em curso.³⁸⁶ Ressalta Luiz Guilherme Marinoni que a arguição incidental não é realizada “no processo”, mas sim em face dele, perante o

³⁸³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público...* p. 587-588.

³⁸⁴ Já na ADPF 1, afirmou o Min. Néri da Silveira que “compete ao STF o juízo acerca do que há de compreender, no sistema constitucional brasileiro, como preceito fundamental”. (ADPF n. 1, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 07.11.2003). É decorrência lógica de se entender o Supremo Tribunal Federal enquanto Corte Suprema, responsável por interpretar e a Constituição e outorgar-lhe unidade.

³⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro...* p. 306; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional...* 1216-1217; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público...* p. 589. Tais referências também foram citadas pelo Min. Gilmar Mendes no julgamento da ADPF 33 (ADPF 33, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 06.08.2004).

³⁸⁶ A modalidade incidental é destinada à definição da constitucionalidade somente de lei ou ato normativo imprescindível para a resolução do mérito da ação concreta. Tal modalidade permite a resolução da controvérsia constitucional ainda no curso do processo que julga o caso concreto, ficando este suspenso ao longo do julgamento da arguição. A arguição incidental evita, assim, que tais controvérsias venham a ter um desfecho definitivo somente após longo período de tempo, quando as questões constitucionais relevantes debatidas fossem levadas ao STF por meio de recurso extraordinário.

STF.³⁸⁷ Ambas as modalidades possuem eficácia *erga omnes* e vinculante, conforme art. 10, §3º da Lei 9.882/99.

Quanto à legitimidade ativa, estão previstos os mesmos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade, conforme art. 2º da Lei 9.882/99. O art. 2º, II da Lei 9.882/99, que previa a legitimidade de “qualquer pessoa lesada ou ameaça por ato do Poder Público” para propositura da arguição incidental, foi vetado pelo Presidente da República. Diante disso, restou ao cidadão somente a possibilidade prevista no art. 2º, §1º da referida lei, de representar ao Procurador-Geral da República para que este proponha a arguição. Tal situação termina por desfigurar a razão de ser da arguição incidental e minimizar sua importância, uma vez que os mesmos legitimados ativos podem ingressar, com mais facilidade, pela via abstrata, pois esta não se submete ao requisito da prévia demonstração de controvérsia constitucional relevante, além de ter objeto mais amplo, podendo ser utilizada em face de qualquer ato do Poder Público.³⁸⁸

Requisito imposto pelo art. 4º, §1º da Lei 9.882/99 é a subsidiariedade: a ADPF não será admitida quando houver outro meio capaz de sanar, de modo eficaz, a lesividade ao preceito fundamental. Mais especificamente, outro meio abstrato para controlar a constitucionalidade capaz de tutelar o direito objetivo mediante decisão dotada de efeitos gerais e vinculantes.³⁸⁹ O reconhecimento do Supremo Tribunal Federal do cabimento da arguição nos casos de omissão legislativa, assim, se deu diante da reafirmação da Corte de que a ação direta de inconstitucionalidade não é meio eficaz apto a sanar a lesão, pois limitada à declaração da inconstitucionalidade.³⁹⁰ O art. 10 da Lei 9.882/99, ao prever que, além da comunicação ao órgão responsável pelo ato (ou omissão), deverão ser fixadas as “condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental”, abre

³⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional...* p. 1128.

³⁸⁸ Encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 6.543/2006, que busca superar o veto presidencial para permitir que “qualquer pessoa lesada ou ameaçada de lesão por ato do Poder Público” possa propor arguição de descumprimento de preceito fundamental. O projeto ainda prevê que a propositura deverá atender a requisitos fixados no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, exigindo-se que a questão constitucional discutida no caso atenda aos mesmos requisitos exigidos para a caracterização da repercussão geral.

³⁸⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional...* 4ª ed. p. 1202-1203.

³⁹⁰ ADPF 4, Pleno, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 22.09.2006.

espaço para que a ADPF possa ser utilizada como meio para o Supremo Tribunal Federal atuar na concretização do preceito fundamental.

Se as normas constitucionais em geral não mereceram a efetiva proteção da Corte via ação direta de inconstitucionalidade por omissão, espera-se que ao menos os preceitos fundamentais sejam devidamente tutelados e aplicados. Se o óbice para uma atitude mais ativa do Supremo na ação direta de inconstitucionalidade era a sua interpretação sobre o disposto no §2º do art. 103 da CF, o texto do art. 10 da Lei 9.882 permite uma interpretação diferente quanto às possibilidades de atuação do Supremo Tribunal Federal via arguição de descumprimento de preceito fundamental. Acredita-se, assim, haver fundamento para uma postura mais ativa do Supremo na defesa dos valores mais fundamentais da ordem jurídica. Para tanto, ressalta-se que a arguição comporta contraditório tão amplo quanto o previsto para a ação direta de inconstitucionalidade.³⁹¹

Com efeito, a arguição é cabível para tornar efetivo o preceito fundamental, seja diante de medidas de responsabilidade do legislador, sejam de responsabilidade dos órgãos ou agentes da administração pública. Nesse sentido a defesa de Carlos Alexandre de Azevedo Campos de que a arguição é a via mais adequada para ação que requeira a declaração do estado de coisas inconstitucional e sua superação por meio de medidas estruturais exigidas e acompanhadas pelo Supremo Tribunal Federal.

2.2.1.4. Instrumento atípico – Recurso Extraordinário

Para além do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão – previstos constitucionalmente –, e da arguição de descumprimento de preceito fundamental, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, indicamos a necessidade de o Supremo Tribunal Federal reconhecer a possibilidade de declaração

³⁹¹ Muito embora a Lei 9.882/99 não preveja expressamente a intervenção de *amicus curiae*, O STF tem admitido essa intervenção também na ADPF, invocando as razões que abrem oportunidade para tal intervenção na ação direta de inconstitucionalidade. A intervenção se dá nos mesmos moldes, inclusive sendo possibilitada fora do prazo para informações, vide ADPF 97, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 06.02.2007.

de inconstitucionalidade por omissão com a consequente superação da omissão na sua competência recursal, por meio de recurso ordinário e extraordinário³⁹².

Ao lado do controle abstrato de inconstitucionalidade por omissão, a Constituição previu o mandado de injunção para permitir também o controle concreto. Por meio desse instrumento, a análise da omissão – e o seu suprimento, conforme defendido por nós e reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal – constitui o objeto do processo. Acreditamos, contudo, que essa não deve ser a única forma de tutela da omissão inconstitucional no caso concreto. A declaração da inconstitucionalidade da omissão e a sua superação pela Corte Suprema pode se dar também de forma incidental, quando a omissão legislativa não permite que o fim do processo – a tutela de determinado direito subjetivo – seja alcançado.

Defendemos, ao longo desse trabalho, que o Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição, deve zelar pela efetividade das normas constitucionais. Assim, ao se deparar, no julgamento de recurso extraordinário, com omissão legislativa (inexistência ou insuficiência de lei) que leve à inefetividade de direito fundamental, entendemos ser dever da Corte não só declarar a omissão inconstitucional e comunicá-la ao órgão legislativo competente, mas também suprir a omissão no caso concreto, promovendo a efetividade do direito fundamental.³⁹³

³⁹² “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...)

II - julgar, em recurso ordinário:

a) o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;

b) o crime político;

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

(...)”

³⁹³ A referência exclusiva ao dever do Supremo Tribunal Federal de reconhecer a omissão e superá-la em nome da efetividade da Constituição dá-se em razão do objeto do presente trabalho, que versa sobre as possibilidades de atuação da Corte. Devemos ressaltar, contudo, que é dever de todo e qualquer juiz ou Tribunal, no controle difuso de constitucionalidade, declarar a omissão inconstitucional, notificar o legislador competente e buscar meios adequados para superá-la. Conforme lucidamente afirma Luiz Guilherme Marinoni, os juízes reiteradamente deparam-se com casos de omissão inconstitucional, muitas vezes até sem consciência de que estão suprindo a ausência de lei. “Mais do que detectar que a omissão inconstitucional está inserida no poder conferido a todo e qualquer juiz de controlar a constitucionalidade, é importante perceber que este poder vem sendo exercido de forma escamoteada e que, bem por isso, não existe qualquer metodologia para tanto e, muito menos, modo

Como vimos, a tendência, com o passar dos anos, é que haja cada vez menos omissões puras ou totais do legislador, e mais omissões parciais – derivando essas omissões do cumprimento imperfeito do dever de legislar, seja este imposição expressa do legislador, seja decorrência do dever de proteção à Constituição diante de alterações fáticas ou jurídicas. Assim, o Supremo Tribunal Federal irá se deparar, invariavelmente, com controvérsias a respeito de leis que cumpram deficientemente o dever de legislar, devendo declarar sua inconstitucionalidade por omissão. Perceba-se que necessariamente há uma análise da constitucionalidade de toda norma antes de sua aplicação, pois não há falar, em princípio, em aplicação de norma inconstitucional.

Nesse sentido, conforme defendemos ao longo desse trabalho, declarada a omissão inconstitucional, tem o Supremo Tribunal Federal o dever de outorgar efetividade às normas constitucionais, atuando positivamente, exercendo seu papel normativo. Não há sentido prescrever que a Corte possa atuar ativa e efetivamente no controle concreto via mandado de injunção, mas não possa fazê-lo via recurso. Com efeito, importam mais as técnicas utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal (e sua legitimidade) do que a via processual utilizada para que este tome conhecimento da omissão inconstitucional. Nas palavras de Gilmar Mendes:

Vê-se, pois, que a declaração da inconstitucionalidade de uma omissão parcial do legislador — mesmo nesses processos especiais de controle da omissão, como o mandado de injunção e o controle abstrato da omissão — contém, implicitamente, uma afirmação sobre a inconstitucionalidade da lei. Portanto, a distinção imprecisa entre a ofensa constitucional praticada através de uma atividade do legislador ou mediante eventual omissão leva, necessariamente, a uma relativização do significado processual-constitucional desses instrumentos, concebidos especialmente para defesa da ordem constitucional e de direitos subjetivos contra eventual inércia do legislador.

Assim, pode-se afirmar que, de uma perspectiva estritamente processual, situa-se a problemática principal da omissão legislativa menos na necessidade de instituição de processos para o controle dessa modalidade de ofensa constitucional, do que no desenvolvimento de formas adequadas de decisão para superar o estado de inconstitucionalidade decorrente da omissão legislativa, mesmo nos processos tradicionais de controle de normas.³⁹⁴

de controle do raciocínio judicial. Note-se que se o juiz, sem dizer nem muito menos justificar, supre a ausência de lei, ele assume um poder que, ainda que possa ser dele, é exercido de modo completamente arbitrário e destituído de legitimação, a reclamar atenção da academia e dos tribunais”. Vide MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional...* p. 890-891.

³⁹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional...* p. 429-430.

Passamos, portanto, à análise das técnicas de decisão que podem ser empregadas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de omissão legislativa inconstitucional.

2.2.2. Mediante quais técnicas de julgamento

2.2.2.1. A necessidade de adequação do procedimento

O dever de proteção aos direitos fundamentais incide sobre o Estado. Descumprido pelo legislador, o juiz tem o dever de suprir essa omissão inconstitucional e outorgar tutela efetiva aos direitos.

A obrigação de compreender as normas processuais a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF), considerando, assim, as várias necessidades do direito substancial, dá ao juiz o poder-dever de encontrar técnica processual idônea à tutela do direito material.

Quando o juiz não encontra técnica processual idônea à tutela do direito – podendo-se falar, assim, em omissão de regra processual –, ele deve suprir esta insuficiência com sua atuação voltada às exigências do direito material que reclama proteção. Consoante Canotilho, o direito de acesso aos tribunais, também reconhecido pelo autor como direito a uma prestação jurisdicional adequada, “é um direito fundamental formal que carece de densificação através de outros direitos fundamentais materiais”.³⁹⁵

Leciona Luiz Guilherme Marinoni que a dúvida se coloca apenas quando existe mais de um meio apto a satisfazer o direito tutelado. Não existe debate sobre meios mais ou menos eficazes, simplesmente porque ou o meio é plenamente eficaz e

³⁹⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...* p. 464.

satisfaz o direito protegido ou o meio não é plenamente eficaz e, então, não satisfaz o direito protegido.³⁹⁶

Conforme defendemos ao longo desse trabalho, a mera declaração da inconstitucionalidade por omissão e comunicação ao órgão legislativo competente para supri-la não é suficiente à tutela do direito, não configurando meio idôneo, pois não existe forma de coagir o Poder Legislativo a legislar. A solução encontrada pelo Supremo Tribunal em reconhecer o direito de indenização à pessoa lesada pela omissão legislativa não configura proteção suficiente, pois é mera forma pecuniária de ressarcimento do dano. A tutela deve se dar na forma específica, tutelando-se adequada e efetivamente os direitos fundamentais.

Como observado nos tópicos anteriores, a Constituição e a lei que regulamenta a ação direta de inconstitucionalidade limitam-se a afirmar que o Supremo Tribunal tem o dever de declarar a inconstitucionalidade e comunicá-la ao órgão competente.³⁹⁷ A lei que regulamenta a arguição de descumprimento de preceito fundamental vai mais além, e afirma que deverão ser fixadas as condições e o modo de aplicação do preceito fundamental.³⁹⁸ Quanto ao mandado de injunção, ainda não há previsão legal para sua regulamentação, havendo apenas construção jurisprudencial.

Entendemos que a interpretação mais adequada a essas previsões não é aquela restritiva que proíbe que outras técnicas sejam utilizadas, mas sim o resultado de uma interpretação sistemática, que entende que a declaração da inconstitucionalidade e a notificação às autoridades competentes é o mínimo a ser realizado pelo Supremo Tribunal Federal, devendo esse encontrar, à luz do caso concreto, técnica adequada à tutela efetiva do direito constitucional invocado.

³⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional...* p. 902.

³⁹⁷ Art. 103, § 2º, CF: “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.” Art. 12-E, Lei 9.868/99: “Declarada a inconstitucionalidade por omissão, com observância do disposto no art. 22, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias”. O art. 22 refere-se à necessidade da presença de oito Ministros na sessão em que a ação for decidida.

³⁹⁸ Lei 9.882/99. Art. 10. Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.

Deve-se, portanto, escolher entre diferentes meios aptos, havendo critérios para tanto. O judiciário, tutelando a omissão legislativa, deve estar restrito ao mínimo necessário para a tutela efetiva do direito material, e, ao fazê-lo, deve observar um meio legítimo, empregando, entre as técnicas que alcancem o mesmo benefício, aquela que seja menos lesiva aos afetados pela decisão – seja o Estado, seja o devedor não-estatal da prestação decorrente do reconhecimento do direito.

O juiz, diante da ausência ou da insuficiência da lei, não tem a mesma elasticidade ou a mesma latitude de ação do legislador. Este possui ampla esfera de liberdade para a definição da providência ou do meio para a tutela do direito fundamental, enquanto o juiz deve atuar apenas para garantir que o dever de proteção satisfaça as exigências mínimas na sua eficiência. O juiz age apenas para controlar e superar a proteção insuficiente. Dessa forma, incumbe ao juiz atuar de modo a impor não mais que o mínimo necessário à proteção do direito fundamental.³⁹⁹

2.2.2.2. Declaração de situação constitucional em trânsito para a inconstitucionalidade

A primeira técnica por nós esboçada foi desenvolvida pelo Tribunal Constitucional alemão, e é conhecida como apelo ao legislador (*Appellentscheidung*). Tal técnica é utilizada em situações ainda constitucionais, mas em trânsito para a inconstitucionalidade. Assim, o tribunal rejeita a arguição de inconstitucionalidade, no entanto sinaliza uma possível conversão da situação de constitucionalidade imperfeita para um estado de inconstitucionalidade. Conclama, então, o legislador, às vezes com expressa fixação de prazo, a atuar no sentido de corrigir ou adequar essa situação, de modo a prevenir uma futura inconstitucionalidade.⁴⁰⁰

Essa técnica tem aplicação não só em casos em que ainda não se faça evidente a ofensa à Constituição, como principalmente em virtude de mudanças de relações

³⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Do controle da insuficiência de tutela normativa aos direitos fundamentais processuais*. In CUNHA, J. S. Fagundes (coord.). *O Direito nos Tribunais Superiores – com ênfase no Novo Direito Processual Civil. Homenagem ao Ministro Sérgio Luiz Kukina*. Curitiba: Bonijuris, 2015. p. 243-244.

⁴⁰⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional...* p. 307 e 336.

fáticas e jurídicas que demandem adequação legislativa⁴⁰¹, ou, ainda, de descumprimento do dever de legislar devido a atuação deficiente.

Nesse último caso, o Tribunal entende que o dever de legislar pode decorrer não só de expressa previsão constitucional, como também pode derivar de dever de proteção (Schutzpflicht), que obriga o Estado a atuar na defesa e proteção de determinados valores fundamentais. Conforme lição de Gilmar Mendes, o Tribunal tem identificado ultimamente como fundamento do dever constitucional de legislar o dever geral de adequação (allgemeiner Nachbesserungsvorbehalt), que impõe ao legislador atuar de forma protetora e construtiva no âmbito dos direitos fundamentais.⁴⁰² Assim, no que concerne a matérias complexas, que exigem uma constante aferição para eventual correção ou adequação de providências legislativas, o Tribunal, muito embora reconheça a constitucionalidade da lei, muitas vezes inclui, na parte dispositiva da decisão, recomendação para que o legislador edite disposição supletiva ou complementar.⁴⁰³

Um exemplo desse caso foi a decisão proferida pelo Tribunal alemão sobre a sistemática da pensão alimentícia devida pelos cônjuges no caso de separação. O Tribunal declarou a constitucionalidade da legislação introduzida ao BGB pela Lei de revisão do regime jurídico do casamento, porém estabeleceu, na parte dispositiva da decisão, que o legislador, em conformidade com os fundamentos da decisão, deveria promulgar normas complementares necessárias a evitar a configuração de um estado de flagrante injustiça.⁴⁰⁴

A aplicação da técnica do apelo ao legislador também é cabível em hipótese de omissão legislativa total, como na decisão do Tribunal Constitucional Federal em sede de recurso constitucional interposto contra decisão do Tribunal Estadual de Keil, em que a Corte considerou ainda não ter expirado prazo razoável para que o parlamento regulamentasse o Art. 6º, V, da Lei Fundamental, segundo o qual o legislador deve assegurar aos filhos havidos fora do casamento condições idênticas de desenvolvimento físico, espiritual e social àqueles vigentes aos filhos “legítimos”. Estipulou que o prazo razoável expiraria ao término da legislatura, após o que,

⁴⁰¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional...* p. 338-341.

⁴⁰² MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional...* p. 341-432.

⁴⁰³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional...* p. 343.

⁴⁰⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional...* p. 343.

configurada a mora do legislador, dado o grau de precisão da norma constitucional, poderiam os juízes e tribunais aplicá-la diretamente. O Tribunal, portanto, pode fixar prazo para a atuação do órgão competente para a emissão do ato normativo reclamado, sob pena de, em não o fazendo, haver omissão normativa inconstitucional, podendo a própria Corte removê-la.⁴⁰⁵

Alerta Gilmar Mendes, contudo, que, mesmo quando a advertência constar na parte dispositiva da decisão, não está coberta pela coisa julgada, já que este desenvolvimento posterior não é objeto do controle. Acentua, ainda, que o apelo não vincula o legislador a empreender qualquer providência, devendo ser considerado simples *obiter dictum*.⁴⁰⁶

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal já aplicou a técnica de declaração de constitucionalidade com trânsito para a inconstitucionalidade. Trata-se do HC 70.514, o “caso das Defensorias Públicas”, em que se discutiu a constitucionalidade do art. §5º do art. 1º da Lei 1.060/1950, acrescentado pela Lei 7.871/1989, que estabeleceu às Defensorias Públicas prazo em dobro para recurso. A constitucionalidade da norma foi declarada a partir da situação de fato em que se encontram as defensorias, ressaltando-se que, com a mudança da realidade, a norma poderia vir a se tornar inconstitucional. Entendeu-se que não era o caso de inconstitucionalidade ao menos até que a organização das Defensorias, em cada estado, alcance o nível de organização do respectivo Ministério Público, que é a parte adversa, como órgão de acusação, no processo da ação penal pública.⁴⁰⁷

O uso de tal técnica é decorrência do entendimento da natureza eminentemente transitória do direito. Assim, a situação constitucional pode vir a se tornar inconstitucional diante da transformação da realidade. Não só a transformação dos fatos, mas também a dos valores e da própria compreensão geral do direito.⁴⁰⁸

Fica evidente, pois, que o Supremo Tribunal deu um passo significativo rumo à flexibilização das técnicas de decisão no juízo de controle de constitucionalidade, introduzindo, ao lado da declaração de inconstitucionalidade, o reconhecimento de um

⁴⁰⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro...* p. 334.

⁴⁰⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional...* p. 348.

⁴⁰⁷ HC 70.514, Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, Julg. 23.03.1994, DJ 27.06.1997.

⁴⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional...* p. 1055.

estado imperfeito, insuficiente para justificar a declaração de ilegitimidade da lei. Conforme lição do Min. Sepúlveda Pertence, "a alternativa radical da jurisdição constitucional ortodoxa entre constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade ou revogação por inconstitucionalidade da lei com fulminante eficácia *ex tunc* faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo (...)".⁴⁰⁹

Assim, por meio dessa técnica se promove um alerta para a situação, com o que o legislador pode agir, em sendo o caso, para evitar que a situação de inconstitucionalidade se concretize.

2.2.2.3. Declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e a possibilidade de modulação de efeitos temporais

Nas hipóteses de omissão parcial, por atendimento insatisfatório ou incompleto do dever de legislar, a declaração da inconstitucionalidade por omissão traz implícita a declaração de inconstitucionalidade da própria norma insuficientemente positivada, o que leva a uma relativização da distinção entre a ofensa realizada pela atividade do legislador e aquela resultante da sua omissão. Essa situação se verifica sobretudo no enfrentamento das omissões relativas⁴¹⁰, e dá azo à fungibilidade dos meios processuais adequados ao controle da ação e da omissão inconstitucionais.⁴¹¹

Independentemente da sede processual adotada, entretanto, é certo que a decretação de nulidade não configura técnica mais adequada para eliminação das situações de inconstitucionalidade por omissão, uma vez que a cassação do ato normativo aprofundaria o estado de inconstitucionalidade, convolvendo uma omissão parcial em omissão total. A declaração da nulidade, nesses casos, levaria à uma minimização da vontade constitucional, ao invés de otimizá-la.⁴¹²

Diante dessa situação, desenvolveu o Tribunal Constitucional Federal alemão a técnica da declaração da inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, pela

⁴⁰⁹ RE 147.776-SP. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. 1ª T. DJ 19.6.1998.

⁴¹⁰ SEGADO, Francisco Fernández. *El Control de Constitucionalidad de las Omissiones Legislativas...* p. 73.

⁴¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional...* p. 437.

⁴¹² MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional...* p. 315.

qual se obriga o legislador, nos termos dos arts. 1º, III (vinculação dos órgãos estatais aos direitos fundamentais), e 20, III, da Lei Fundamental (garantia do Estado de Direito e vinculação dos órgãos estatais aos princípios estabelecidos na Lei Fundamental), a empreender as medidas necessárias à supressão do estado de inconstitucionalidade.⁴¹³

O desenvolvimento dessa técnica teve como ponto de partida a chamada “exclusão do benefício incompatível com o princípio da igualdade”, vindo a ser estendida posteriormente a outras hipóteses. Diante da concessão de benefícios a determinados grupo sem contemplar outros que se encontram em situação idêntica, algumas maneiras se colocaram possíveis para afastar a lesão ao princípio da isonomia: a supressão do próprio benefício, a inclusão dos grupos discriminados, ou a edição de nova regra, condicionando a outorga de benefícios ao princípio da igualdade. Se, por um lado, a declaração da nulidade da norma cessaria o benefício a todos, não se mostrando a melhor opção, a declaração de inconstitucionalidade de eventual cláusula de exclusão ou a concessão do benefício a todos esbarraria em repercussões orçamentárias. Nesse sentido, o Tribunal abstém-se de declarar a nulidade, sob o argumento de que a violação da Constituição não decorre de norma, mas da disciplina diferenciada das situações.⁴¹⁴

Com a declaração da inconstitucionalidade, surgem dúvidas quanto à aplicação da lei declarada inconstitucional. Para evitar que haja um vácuo legislativo a partir da suspensão da lei inconstitucional, o Tribunal Constitucional Federal alemão reconhece a legitimidade da aplicação provisória da lei declarada inconstitucional quando razões de índole constitucional, como a segurança jurídica, tornam imperiosa a vigência temporária da referida lei. Essa decisão, portanto, varia conforme o caso concreto.⁴¹⁵

No direito brasileiro, a disposição contida no art. 27 da Lei 9.868/99 oficializou⁴¹⁶ fórmula que permite ao Supremo Tribunal Federal dispor sobre os efeitos

⁴¹³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional...* p. 308.

⁴¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional...* p. 309-312.

⁴¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional...* p. 325-326.

⁴¹⁶ Conforme Ana Paula Oliveira Ávila, algumas decisões precedentes do Supremo Tribunal Federal, como a do “caso das Defensorias”, por nós referido, já demonstravam, antes mesmo da edição da Lei 9.868/99, a possibilidade de modificação do tradicional efeito *ex tunc* do controle de constitucionalidade. É que, diante da declaração de situação “ainda constitucional”, o Tribunal, ao ter que, posteriormente, declarar a inconstitucionalidade da norma, deveria fazê-lo com eficácia restritiva ou limitada, o que demonstra a afinidade entre as técnicas de apelo ao legislador e de declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade. Vide ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *A Modulação de Efeitos Temporais pelo*

produzidos pela norma a partir da decisão de sua inconstitucionalidade com fundamento no princípio da segurança jurídica e no interesse público excepcional.⁴¹⁷ É que a lei inconstitucional, ao nascer com presunção de constitucionalidade, dá origem a inúmeras relações jurídicas que se estabelecem durante sua vigência, criando, em seus destinatários, a legítima expectativa de que sua pauta de conduta seja cumprida.⁴¹⁸

Dessa forma, a nulidade das normas inconstitucionais só será afastada por meio de ponderação concreta: se o juízo de proporcionalidade recomendar que se declare a inconstitucionalidade sem nulidade, poder-se-á congelar a situação jurídica até que o legislador emita norma destinada a superar a situação inconstitucional.⁴¹⁹ Conforme Gilmar Mendes, em voto proferido na ADI 2669, “não se deve perder de vista que, em determinados casos, a aplicação excepcional da lei inconstitucional traduz exigência do próprio ordenamento constitucional. De fato, há situações em que a aplicação da lei mostra-se, do prisma constitucional, indispensável no período de transição, até a promulgação da nova lei”⁴²⁰.

Um exemplo dessa situação é a lei que institui salário mínimo em valor insuficiente em relação ao previsto pelo art. 7º, IV, da CF. A declaração de nulidade da lei teria consequências mais gravosas, qual seja, o retorno à valor anterior de salário mínimo, ainda menor que o fixado em valor já insuficiente, ou mesmo a ausência de valor estipulado.⁴²¹ Nesses casos, a atribuição de efeitos *pro futuro*

STF no Controle de Constitucionalidade. Ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 53-54.

⁴¹⁷ É o texto legal: “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.” Tal fórmula foi seguida pela Lei 9.882/99, que regulamenta a arguição de descumprimento de preceito fundamental, em seu art. 11.

⁴¹⁸ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *A Modulação de Efeitos Temporais pelo STF no Controle de Constitucionalidade...* p. 57.

⁴¹⁹ Sobre o exame de proporcionalidade na modulação de efeitos, vide ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *A Modulação de Efeitos Temporais pelo STF no Controle de Constitucionalidade...* p. 134-138.

⁴²⁰ Voto do Min. Gilmar Mendes, na ADI 2669-DF. Rel. Min. Nelson Jobim. DJe 06.08.2014.

⁴²¹ Vide ADI 1442-DF. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 29.04.2005. Nesse caso, o STF deixou de reconhecer a invalidade do valor fixado por entender que a falta de um valor para o salário teria consequências mais graves que o valor fixado, ainda que insuficiente.

garantiria a subsistência daquilo que já foi atendido em termos de prestação de direitos fundamentais até que o legislador procedesse à adequação da norma.⁴²²

Muito embora a possibilidade de modulação de efeitos na decisão de inconstitucionalidade esteja prevista positivamente na lei que regulamenta controle abstrato de constitucionalidade, defendemos, na esteira da doutrina de Ana Paula Oliveira Ávila, que tal técnica seja utilizada pelo Supremo Tribunal Federal tanto no controle abstrato quanto no concreto, pois o que efetivamente suscita a necessidade de superação da regra *ex tunc* são as normas constitucionais que tutelam a manutenção das situações geradas pela norma inconstitucional.⁴²³

Nesse sentido, a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade tem como principais efeitos, no controle da omissão inconstitucional, seja concreta ou abstrata, a imposição ao órgão constitucional competente de emanar a norma reclamada aliada à suspensão da aplicação da norma defeituosa ou incompleta. Não obstante, reconhece-se a possibilidade de modulação dos efeitos temporais da decisão quando a suspensão da aplicação da lei for mais gravosa que sua aplicação. Permite-se, com isso, a aplicação da norma declarada inconstitucional ou alguns de seus efeitos enquanto não sobrevier emanação legislativa que supere a situação inconstitucional.

2.2.2.4. Decisões interpretativas aditivas

As técnicas acima descritas, muito embora possam ser empregadas no enfrentamento à omissão legislativa, não constituem técnicas específicas para sua superação. Daí que, apesar de ordenarem ao legislador a emanação da regulação faltante, não têm o condão de, por si só, suprir a normativa ausente, insuficiente ou desigual e suplantar a omissão inconstitucional.

⁴²² MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional...* p. 1053.

⁴²³ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *A Modulação de Efeitos Temporais pelo STF no Controle de Constitucionalidade...* p. 60. No mesmo sentido o entendimento do STF, vide os seguintes precedentes: RE 197.917, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 07.05.2004 (preservou o mandato dos vereadores eleitos com base em norma municipal declarada inconstitucional); RE 442.683, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 24.03.2006 (manteve-se a progressão funcional de servidores públicos obtida com base em norma declarada inconstitucional); HC 82.959, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 01.09.2006 (manteve-se, em relação a penas já extintas, a aplicação da norma, declarada inconstitucional, sobre o regime de cumprimento da pena em crimes hediondos).

Por meio de decisão interpretativa, por outro lado, o Supremo Tribunal Federal encontra condições de preencher supletivamente a omissão, outorgando efetividade aos direitos fundamentais, quando as outras técnicas, dadas as peculiaridades do caso concreto, não tiverem o condão de fazê-lo. Tal técnica decisória⁴²⁴ abriga desde a interpretação conforme à Constituição até as chamadas decisões corretivas ou substitutivas. Por preferência didática, optamos por expor de início as técnicas para, posteriormente, referir seu uso pelo Supremo Tribunal Federal.

A interpretação conforme é técnica de controle de constitucionalidade por meio da qual a Corte declara qual das possíveis interpretações se revela compatível com a Constituição, quando, dentre as possibilidades, uma ou mais são incompatíveis.⁴²⁵ A técnica é utilizada pelo Tribunal Constitucional alemão também para colmatar lacunas, geradas, entre outras causas, pela omissão legislativa relativa ou parcial. Considera-se que o Tribunal opera nesses casos promovendo uma otimização constitucional, por meio de construção em conformidade com a Constituição mediante analogia, redução, ou derivação de premissas extraídas diretamente da Lei Fundamental.⁴²⁶

Deve-se, no entanto, reconhecer limites à interpretação conforme, que resultam da literalidade do texto e da vontade do legislador. Nesse sentido, uma dupla função é desempenhada pela expressão literal: de um lado, sua plurissignificatividade permite separar as interpretações compatíveis com a Constituição das incompatíveis; de outro, configura um limite à interpretação conforme à Constituição.⁴²⁷

Com efeito, o texto é resultado de uma manifestação de vontade do legislador, de um fim por ele almejado, de forma que a interpretação conforme não constitui uma delegação ao Tribunal para que proceda à melhoria da lei. Isso porque à interpretação gramatical deve-se associar a interpretação teleológica. Conforme Rui Medeiros, não

⁴²⁴ Muito embora se reconheça que toda decisão judicial tem cunho criativo, tais decisões, por interferirem fortemente na literalidade dos dispositivos, seja para restringi-los, enriquece-los, corrigi-los ou até substituí-los, são denominadas pela doutrina como sentenças manipulativas, integrativas, sentenças-lei ou sentenças normativas. Vide PALADIN, Lívio. *Diritto Costituzionale...* p. 785.

⁴²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional...* p. 328 e 392.

⁴²⁶ SEGADO, Francisco Fernández. *El control de las omisiones legislativas por el Bundesverfassungsgericht. In Revista de Derecho. n. 4.* Montevideo: Universidad Católica del Uruguay, 2009. p. 179.

⁴²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional...* p. 330.

se pode permitir a transformação da pretensa interpretação adequada em verdadeira e própria modificação da disposição fiscalizada.⁴²⁸

Obviamente, a interpretação conforme não se refere a casos de omissão total, quando não há previsão normativa a ser interpretada, mas adquire relevo nos casos de omissão parcial, a fim de excluir, entre as opções de interpretação, aquela que possa promover a desigualdade, elegendo como interpretação adequada a que não ofenda a isonomia. É técnica a ser utilizada, assim, dadas as limitações referidas, quando a desigualdade promovida pela lei não é intencional.

No mesmo sentido, a jurisprudência constitucional italiana desenvolveu a técnica das sentenças aditivas, voltadas ao controle da omissão normativa, especialmente a omissão relativa. Consoante lição de Crisafulli, as omissões podem decorrer tanto de exclusões ilegítimas – caso em que devem ser afastadas, por inconstitucionais – quanto de uma pura e simples omissão, abrindo lacuna legal a ser colmatada mediante atividade interpretativa do Tribunal.⁴²⁹ As decisões aditivas são cabíveis nessa última espécie, caso em que o texto legal não é censurado pelo que diz, mas pelo que omite. Considera-se que uma omissão, inserida no contexto lógico e teleológico de uma disciplina legislativa, adquire a natureza, a função e o efeito de uma norma negativa de exclusão.⁴³⁰ Por meio delas, portanto, se estende o campo de aplicação da norma, enriquecendo-se o conteúdo normativo da disposição legal, com a adição do que lhe falta para estar em conformidade com a constituição.

Sobre tal técnica, duas observações importam. A primeira, de que a introdução da disciplina que faltava, conforme alerta de Crisafulli, não decorre “da fantasia da Corte”, mas é feita por meio de analogia a outras normas e princípios contidos no sistema.⁴³¹ A segunda, é de que o manejo das decisões aditivas encontra limites, não sendo admitido pelo Tribunal Constitucional italiano quando não configurar a única solução possível para eliminar efetivamente uma inconstitucionalidade.⁴³²

⁴²⁸ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 301.

⁴²⁹ CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni di Diritto Costituzionale. vol. II. L'ordinamento Costituzionale Italiano (La Corte costituzionale)*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1984. p. 402-403.

⁴³⁰ CLÈVE, Clémerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro...* p. 336.

⁴³¹ CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni di Diritto Costituzionale...* p. 404.

⁴³² CLÈVE, Clémerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro...* p. 334.

No mesmo sentido, a doutrina francesa individuou uma categoria de decisões de *conformité sous réserve d'interprétation constructive*, com a qual o juiz constitucional acrescenta ao texto, mediante interpretação, o que lhe faltava para ser conforme. Tal operação é expressamente assemelhada às sentenças aditivas italianas.⁴³³

Recentemente, o Tribunal Constitucional italiano tem abrandado sua atuação por meio do emprego das chamadas sentenças aditivas de princípio. Por seu intermédio, a Corte declara a inconstitucionalidade de uma omissão normativa, mas não introduz a regra destinada a preencher a lacuna, limitando-se a indicar um ou mais princípios aos quais o legislador deve observação ao adotar nova regulamentação que satisfaça as exigências constitucionais. Enquanto não ocorre a emanção legislativa, incumbe aos juízes ordinários reportar-se aos princípios indicados pela Corte para resolução dos casos concretos.⁴³⁴

Jorge Miranda dá notícias, ainda, da interpretação dita integrativa. Segundo o autor, tal técnica destina-se a interpretar certa lei que possui preceitos insuficientes – e, por isso, eventualmente inconstitucionais – completando-a com preceitos da Constituição sobre esse objeto que lhe são diretamente aplicáveis.⁴³⁵ Alude o autor que a diferença entre as decisões integrativas e as decisões aditivas está em que, nestas, o órgão de fiscalização formula, implícita ou indiretamente, uma norma, ao passo que nas decisões integrativas ele vai apoiar-se diretamente em uma norma constitucional.⁴³⁶

Na esteira dos Tribunais Constitucionais citados, o STF também tem utilizado de técnicas de interpretação aditiva, tendo utilizado para tanto, contudo, a expressão “interpretação conforme a constituição” de forma ampla – e, diga-se, indevida.⁴³⁷ Sobre o manejo pelo STF das decisões interpretativas, manifestou-se assim, o Ministro Gilmar Mendes, em voto proferido na ADI 1351:

Uma breve análise retrospectiva dos Tribunais Constitucionais e de
nosso Supremo Tribunal Federal bem demonstra que a ampla utilização

⁴³³ CLÈVE, Clémerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro...* p. 336.

⁴³⁴ FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. Tradução de Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004. p. 87.

⁴³⁵ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 660.

⁴³⁶ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição...* p. 746.

⁴³⁷ Segundo Rodrigo Vianna, tal expressão é mais palatável para a tradição de autocontenção do STF. Vide VIANNA, Rodrigo. *O STF como legislador positivo...* p. 233.

dessas decisões, comumente denominadas “atípicas”, as convertem em modalidades “típicas” de decisão no controle de constitucionalidade, de forma que o debate atual não deve mais estar centrado na admissibilidade de tais decisões, mas nos limites que elas devem respeitar. O Supremo Tribunal Federal, quase sempre imbuído do dogma kelseniano do legislador negativo, costuma adotar uma posição de *self-restraint* ao se deparar com situações em que a interpretação conforme possa descambar para uma decisão interpretativa corretiva da lei. Ao se analisar detidamente a jurisprudência do Tribunal, no entanto, é possível verificar que, em muitos casos, a Corte não se atenta para os limites, sempre imprecisos, entre interpretação conforme delimitada negativamente pelos sentidos literais do texto e a decisão interpretativa modificativa desses sentidos originais posto pelo legislador.

Tendo referido alguns exemplos que comprovam sua afirmação, concluiu:

Portanto, é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional.⁴³⁸

Paradigmático exemplo da aplicação da técnica da interpretação aditiva foi o julgamento da ADPF 132-RJ e da ADI 4277-DF, que deu “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1723 do Código Civil para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Por meio dessa decisão, o STF eliminou exclusão tida como inconstitucional, estendendo o a possibilidade de reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar na forma do art. 1723, cuja literalidade não abarcava tal situação.

O óbice da literalidade foi contornado pelo STF mediante interpretação constitucional sistemática. Destacou-se que a Constituição proíbe expressamente o preconceito em razão do sexo para afirmar o direito líquido e certo à isonomia entre homem e mulher. Acrescentou-se que a sexualidade humana diz respeito à intimidade e à vida privada, constituindo direito fundamental de personalidade, que possui aplicação imediata. Afirmou-se, ainda, que a liberdade de dispor da própria sexualidade se insere no rol de direitos fundamentais, sendo emanção direta do princípio da dignidade humana. Com isso, concluiu-se que a isonomia entre casais heteroafetivos e homoafetivos somente se concretizaria com o reconhecimento de igual direito subjetivo à formação de família.

⁴³⁸ Vide voto proferido na ADI 1351-DF. Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio. DJ 30.03.2007.

Outro exemplo de uso de técnica aditiva pelo STF foi o julgamento de Recurso em Mandado de Segurança 22.307, que versava sobre a omissão relativa devido a reajuste concedido pelas leis 8.622/93 e 8.627/93 aos militares e a algumas categorias de servidores públicos civis. O STF, em uso de técnica aditiva, entendeu que se tratava de revisão geral da remuneração prevista no art. 37, X, da CF⁴³⁹, e não aumento de remuneração de determinada categoria, ao que estendeu o reajuste de 28,86% aos demais servidores civis do Poder Executivo.⁴⁴⁰

Entendeu-se, nesse sentido, que não era o caso de aplicação da Súmula 339 do STF, publicada em 1963, que prevê: “Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia”. Tal súmula foi convertida, em 2014, por proposta do Min. Gilmar Mendes, na Súmula Vinculante 37, com idêntica redação.

Por mais que se defenda o enunciado na Súmula Vinculante 37 como interpretação devida à reserva legal prevista no art. 37, X, da CF, não se pode defender a atual atuação da Corte nesses casos. É que, baseada na súmula, a Corte tem se limitado a negar provimento aos pedidos de reajuste salarial fundamentados no princípio da isonomia. Consoante entendimento formulado a partir do art. 932, IV, *a e b*, do Novo Código de Processo Civil, o relator realmente pode negar provimento a recurso contrário aos precedentes da Corte.⁴⁴¹ Contudo, não entendemos que essa deva ser a posição do relator diante de flagrante caso de inconstitucionalidade. Como vimos, a atribuição de diferentes benefícios para grupos que se encontram em idêntica situação é caso de omissão relativa, por afronta à igualdade.

Assim, deveria o Supremo ao menos dar provimento ao recurso extraordinário para declarar a inconstitucionalidade da exclusão indevida, modulando

⁴³⁹ Tal enunciado foi alterado pela Emenda Constitucional 19/1998, passando a prever expressamente competência exclusiva do legislativo para reajustar vencimentos de servidores públicos: “a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índice”. À época do julgado, era o enunciado constitucional: “a revisão geral da remuneração dos servidores públicos, sem distinção de índices entre servidores públicos civis e militares, far-se-á sempre na mesma data”.

⁴⁴⁰ RMS 22.307-DF. Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio. DJ 13.06.1997.

⁴⁴¹ “Art. 932. Incumbe ao relator: (...)

IV- negar provimento a recurso que for contrário a:

- a) Súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio Tribunal;
- b) Acórdão proferido pelo Supremo

os efeitos da decisão quando necessário, comunicando o Poder Legislativo para que supere a omissão inconstitucional em prazo razoável. Insistindo o poder legislativo competente na omissão, resta ao Poder Judiciário o dever de estender o benefício, pois a vontade do legislador não pode estar acima da vontade da Constituição. Quanto às questões orçamentárias, resta a possibilidade de sua superação por meio da técnica da modulação de efeitos, prevendo-se, por exemplo, que a eficácia da decisão terá início somente no exercício seguinte.

3. O FIEL DE LEGITIMIDADE DA ATUAÇÃO: DO LEGISLADOR NEGATIVO À NECESSIDADE DE JUSTIFICAÇÃO

3.1. A necessidade de superação da fórmula do legislador negativo

Conforme André Ramos Tavares, um Tribunal Constitucional identifica-se pela atribuição constitucional de competências típicas de Justiça Constitucional, ou seja, ligadas notadamente à defesa e ao cumprimento da Constituição, garantindo sua supremacia normativa – não se identifica, portanto, com critérios de exclusividade ou monopólio no exercício dessas funções.⁴⁴²

O Supremo Tribunal Federal exerce, no Brasil, a função de Tribunal Constitucional. Foi a própria Constituição Federal de 1988, em seu art. 102, que assim o caracterizou, outorgando-lhe competência precípua para a guarda da Constituição. Compete-lhe, assim, mais que a tarefa de controle de constitucionalidade dos atos normativos: enumera Tavares cinco grandes funções.

A primeira das funções é interpretativa, tendo o Tribunal Constitucional atuação normativa ativa – na medida em que reconstrói o direito e atua proporcionando unidade a esse, como vimos na primeira parte desse trabalho; a segunda é estruturante, atinente a promoção, adequação e harmonização formais do ordenamento jurídico, envolvendo a eliminação dos elementos e das omissões incongruentes com a Constituição; também uma função arbitral, competindo a ele velar pela harmonia da organização constitucional da repartição e compartilhamento

⁴⁴² TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 159.

do exercício das funções do Estado, além de proteger as minorias políticas, velando pela harmonia das relações do Estado com a sociedade civil; quarta função é legislativa, correspondente ao desenvolvimento de atividade geradora de comandos, de forma inaugural, com efeitos de caráter geral. Distingue-se da função interpretativa porque esta é instrumental, enquanto a atividade legislativa é exercida como finalidade última do processo. Por meio da função legislativa, o Tribunal Constitucional produz decisões com patamar de lei, que se concretizam, por exemplo, na edição de normas regulamentadoras da atividade processual, nos seus regimentos internos, e também no controle da constitucionalidade por omissão, no suprimento da lacuna legislativa inconstitucional, por meio de decisões aditivas⁴⁴³; por fim, cumpre também função governativa, na medida em que suas ações estão atreladas à direção do Estado e à persecução dos seus fins. Afirma o autor reiteradamente, aliás, que a função governativa é concretizada pelo exercício das demais funções arroladas, já que todas implicam, em alguma medida, o compartilhamento da função de governo pela Justiça Constitucional.⁴⁴⁴

A nosso ver, o exercício da função estruturante pelo Supremo Tribunal Federal, controlando a constitucionalidade – tanto pela via concentrada, quanto pela difusa – e outorgando unidade à interpretação constitucional, envolve um nítido caráter normativo, não só pelo aspecto negativo, mas também por meio do manejo das técnicas decisórias citadas no tópico anterior. Como ressalta Tavares, destaca-se, como parte da função estruturante desempenhada pelo STF, a tutela dos direitos fundamentais – seja objetiva, seja em concreto.^{445 446}

Defendemos, assim, que, para a tutela efetiva dos direitos fundamentais, especialmente por meio do enfrentamento da omissão legislativa inconstitucional, mostra-se necessária a superação da tese Kelseniana do Tribunal Constitucional como legislador negativo.

⁴⁴³ Entendemos, entretanto, que as decisões interpretativas de perfil aditivo, por constituírem atividade normativa em sentido amplo, mas não atividade legislativa em sentido estrito, ficam melhor alocadas no complexo de competências que o autor classifica como função estruturante.

⁴⁴⁴ TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional...* p. 217-358.

⁴⁴⁵ TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional...* p. 287-288 e 293-294.

⁴⁴⁶ Importante observar que o desempenho das funções típicas de um Tribunal Constitucional, conferidas ao STF pela Constituição, são interpenetráveis. Assim, o desempenho da função estruturante, no controle da omissão legislativa inconstitucional, parte da atividade interpretativa e pode culminar em atuação legislativa, arbitral ou governativa pelo Tribunal. A bem da verdade, o exercício de todas as funções do Tribunal inicia por meio do desempenho da função interpretativa.

Demonstramos, por meio dos precedentes do Supremo Tribunal Federal no manejo das técnicas decisivas, que esse sustenta postura contraditória – ora utiliza técnicas aditivas, por vezes camufladas como mera interpretação conforme, exercendo postura ativa, ora incorre em excessiva autocontenção, abstendo-se de tutelar direitos fundamentais, apegando-se ao princípio da separação dos poderes.⁴⁴⁷ Muitas vezes, o STF sequer reconhece a existência de ofensa ao princípio da isonomia, obstando, portanto, a possibilidade de reconhecer a omissão inconstitucional e, mais ainda, de saná-la.

A fórmula do legislador negativo, sustentada pelo Supremo Tribunal Federal, foi consagrada por Kelsen, ao sustentar o controle abstrato da constitucionalidade das leis, aduzindo que anular uma lei significaria ditar uma norma geral, pois a anulação possuiria o mesmo caráter de generalidade que a sua produção, sendo, na verdade, uma produção com sinal negativo, e, assim, uma função legislativa.⁴⁴⁸ Nessa perspectiva, as decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade das leis limitar-se-iam ao binômio constitucionalidade/invalidade.

Reconhece o autor, contudo, a natureza jurisdicional da função desempenhada pelo legislador negativo, estabelecendo uma distinção entre elaboração e anulação das leis. Na sua doutrina, a anulação das leis constitui essencialmente aplicação das normas constitucionais, sendo sua atividade determinada pela Constituição (com atividade criativa praticamente ausente), enquanto a atividade legislativa requer ampla liberdade de criação, restrita pela Constituição somente no que tange ao procedimento

⁴⁴⁷ Muitas vezes, faz referência expressa em negação à fórmula do legislador positivo, como nos trechos abaixo, retirados das ementas das decisões citadas: “a jurisprudência firmada no âmbito deste Supremo Tribunal Federal, no sentido de ser vedado ao Poder Judiciário, sob pretexto de atenção ao princípio da igualdade, atuar como legislador positivo concedendo benefícios tributários não previstos em lei” (Re 933.337, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 24.02.20016); “O Poder Judiciário não pode, com fundamento em ofensa ao princípio da isonomia, agir na condição anômala de legislador positivo.” (RE 867.468, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 18.05.2015); “o acórdão recorrido não destoa da jurisprudência desta Corte, fincada na impossibilidade de o Poder Judiciário atuar como legislador positivo, resguardada a sua atuação como legislador negativo nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade” (AG. Reg no AI 737.185 - SP. Rel. Min. Dias Toffoli. DJe 18.12.2012); “A extensão de benefícios isençiais, por via jurisdicional, encontra limitação absoluta no dogma da separação dos poderes. Os magistrados e Tribunais, que não dispõem de função legislativa – considerado o princípio da divisão funcional do poder –, não podem ainda que sob fundamento de isonomia, conceder isenção tributária em favor daqueles a quem o legislador, com apoio em critérios impessoais, racionais e objetivos, não quis contemplar com a vantagem desse benefício de ordem legal.” (AI 350.461 – MG, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello. DJe 28.03.2008).

⁴⁴⁸ KELSEN, Hans. *Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Tradução de Roberto J. Brie. 2ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1999 (reimpressão 2002). p. 37. Publicação original: *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* 1931.

e, quanto ao conteúdo, a princípios ou diretivas gerais. Por isso, a atividade do Tribunal Constitucional é “principalmente aplicação e somente em pequena medida criação do direito”.⁴⁴⁹ Como vimos na primeira parte desse trabalho, para Kelsen, todo ato jurídico é, ao mesmo tempo, aplicação de uma norma superior e criação de uma norma inferior. Dessa forma, a diferença entre a legislação e a jurisdição está no grau de liberdade de criação.

A doutrina de Kelsen, entretanto, muito embora ainda pertinente e atual em muitos pontos, reflete o pensamento específico de uma época. Frente ao acúmulo e à complexidade das funções assumidas pela Justiça Constitucional com o advento do Estado Social de Direito, a fórmula do legislador negativo mostra-se insuficiente para a guarda da Constituição.

Com efeito, as duas grandes guerras mundiais do século XX marcaram a passagem do Estado Liberal para um Estado Democrático e Social de Direito, o qual chamamos de Estado Constitucional. De um constitucionalismo que se restringia a declarações de direitos individuais, com princípios com caráter meramente aconselhadores e não vinculantes, ancorada em uma rígida separação de poderes, as constituições sintéticas cederam lugar a constituições analíticas, com extenso catálogo de direitos fundamentais, que exigem uma postura ativa do Estado, marcado pela divisão funcional do poder, na sua concretização.

Nesse contexto, Francisco Fernández Segado enumera diversos fatores que explicam a função positiva que os Tribunais Constitucionais vêm assumindo com naturalidade, entre eles: o princípio da conservação das normas frente às exigências decorrentes do princípio da segurança jurídica; os graves problemas que podem decorrer de sentenças declaratórias de inconstitucionalidade, com a subsequente busca de fórmulas mais flexíveis do que a dicotomia validade/nulidade; a multiplicação de leis a partir dos extensos textos constitucionais; a natureza objetiva dos direitos fundamentais, que demandam interpretação como uma ordem objetiva de valores; a

⁴⁴⁹ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 153.

grande relevância assumida pelo princípio da igualdade em suas vertentes formal e material.⁴⁵⁰

Assim, as fórmulas previstas para simplesmente declarar a inconstitucionalidade por ação e invalidar os efeitos das normas inconstitucionais não são eficientes para o controle da omissão legislativa inconstitucional. Como lucidamente manifesta Canotilho, o instituto da inconstitucionalidade por omissão reflete as insuficiências resultantes da redução do Estado Democrático de Direito aos processos e instrumentos típicos dos ordenamentos liberais.⁴⁵¹

Nesse sentido, Rui Medeiros afirma que, se na época liberal bastava cassar a lei, o Estado Social reconhece que a omissão também pode comprometer o ordenamento constitucional, de forma que se torna necessária a intervenção ativa do Tribunal Constitucional. “A reivindicação de um papel positivo para o Tribunal Constitucional é um corolário da falência do Estado Liberal”, afirma o autor. Em seguida, conclui que

Urge, por isso, criar um sistema de justiça constitucional adequado ao moderno Estado Social. Numa palavra: a configuração actual das constituições não permite qualquer veleidade aos tribunais constitucionais em actuarem de forma meramente negativa, antes lhes exige uma esforçada atividade que muitas vezes pode se confundir com um *indirizzo* político na efectiva concretização e desenvolvimento do programa constitucional.⁴⁵²

Daí o desenvolvimento pelos Tribunais Constitucionais das técnicas, ainda ditas atípicas, de atuação positiva para superação da situação de inconstitucionalidade por omissão legislativa. Seu uso pelo Supremo Tribunal não deve ser reprimido ou dissimulado. É exata a observação de Rodrigo Vianna:

Ilegítimo seria que o Tribunal Constitucional Brasileiro, em nome de uma mal compreendida “separação de poderes”, totalmente apartada da estrutura institucional e funcional dinâmica e dialógica efetivamente traçada pela Constituição Federal, e a bem da preservação de uma democracia meramente formal, que também não se coaduna com os princípios, direitos e objetivos fixados pela Lei Maior, deixasse de cumprir o que a Constituição não apenas lhe autoriza a fazer, mas, antes, ordena-lhe cumprir.⁴⁵³

⁴⁵⁰ SEGADO, Francisco Fernández. *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*. In *Revista Pensamiento Constitucional*, ano XI, n. 11. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005. p. 53.

⁴⁵¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...* p. 1006.

⁴⁵² MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade...* p. 494.

⁴⁵³ VIANNA, Rodrigo. *O STF como legislador positivo...* p. 218.

Pertine reafirmar, assim, a tese de que Poder Legislativo e Poder Judiciário colaboram na criação do direito. Segundo Böckenförde, “se nivela la diferencia cualitativa anterior entre legislación y jurisdicción. Ambos – legislador y TCF – ejercen, de manera concurrente, construcción de Derecho en forma de concretización. En esta relación de concurrencia el legislador tiene la preferencia, pero el Tribunal Constitucional tiene la supremacia”.⁴⁵⁴

3.2. A legitimidade por meio da concretização dos direitos fundamentais e do contraditório

Conforme defendemos ao longo desse trabalho, é dever do Supremo Tribunal Federal tutelar e promover a realização dos valores e dos objetivos constitucionalmente consagrados, conformadores do Estado Constitucional. A nosso ver, é a busca pela eficácia e efetividade dos direitos fundamentais o que legitima o Supremo enquanto agente democrático.

Nesse sentido, Cappelletti afirma que, assim como somente em sistemas democráticos de governo os direitos do homem têm a chance de serem respeitados, “a democracia não pode sobreviver em um sistema em que fiquem desprotegidos os direitos e as liberdades fundamentais”.⁴⁵⁵ No mesmo sentido, afirma Peter Häberle que a democracia, muito mais do que representação, consiste em realização dos direitos fundamentais:

(...)a democracia não se desenvolve apenas no contexto de delegação de responsabilidade formal do povo para os órgãos estatais (legitimação mediante eleições), até o último intérprete formalmente “competente”, a Corte Constitucional. Numa sociedade aberta, ela se desenvolve também por meio de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente mediante a realização dos Direitos Fundamentais (*Grundrechtsverwirklichung*), tema muitas vezes referido sob a epígrafe do “aspecto democrático” dos Direitos Fundamentais. Democracia desenvolve-se mediante a controvérsia sobre alternativas, sobre possibilidades e sobre necessidades da realidade e também o “concerto” científico sobre questões constitucionais, nas quais não pode haver interrupção e nas quais não existe e nem deve existir dirigente.

“Povo” não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade ao processo de

⁴⁵⁴ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales...* p. 129-130.

⁴⁵⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?...* p. 106.

decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional(...)⁴⁵⁶

Desenvolve Häberle, assim, a tese da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: a interpretação não é atividade exclusiva do Tribunal Constitucional, mas é atividade compartilhada por todos. Para o autor, subsiste sempre a responsabilidade da jurisdição constitucional, pois essa fornece, em geral, a última palavra sobre a interpretação. Contudo, quem vive a norma acaba por interpretá-la ou, pelo menos, co-interpretá-la. Estão vinculados a esse processo cidadãos, grupos organizados, órgãos estatais, potências públicas, doutrina.⁴⁵⁷

Uma vez que a norma não é uma decisão prévia, acabada, dada pronta pelo legislador, é preciso indagar-se sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional. A ampliação do círculo de intérpretes, assim, não é apenas consequência da necessidade de integração da realidade no processo de interpretação. É que esses intérpretes em sentido amplo são exatamente o que compõe essa realidade.⁴⁵⁸ Diante disso, escreve a constatação do autor, que reproduzimos com empolgação:

Seria errôneo reconhecer as influências, as expectativas, as obrigações sociais a que estão submetidos os juízes apenas sob o aspecto de uma ameaça a sua independência. Essas influências contêm também uma parte de legitimação e evitam o arbítrio da interpretação judicial.⁴⁵⁹

Nesse sentido, é fundamental, para a legitimidade da jurisdição constitucional, a abertura do processo de interpretação, participando do processo o maior número possível de pessoas e entidades que possam contribuir para o debate da questão. O amplo contraditório é, pois, um dos requisitos inafastáveis para a legitimidade da jurisdição, desviando-a do arbítrio.

A necessidade de se admitir a participação da sociedade na jurisdição constitucional sobre-eleva nos casos em que se discute a omissão legislativa inconstitucional. O poder legislativo consiste em representação política majoritária, de

⁴⁵⁶ 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 Editor, 1997. Reimpressão 2002. p. 36-37. Publicação original *Die offene Gesellschaft der Verfassunginterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und "prozessualen" Verfassunginterpretation*, 1975.

⁴⁵⁷ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional...* p. 13-14.

⁴⁵⁸ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional...* p. 30.

⁴⁵⁹ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional...* p. 31.

forma que é até mesmo natural no jogo político que o legislador se abstenha de tomar decisões impopulares, vale dizer, que promovam os direitos fundamentais das minorias, sobretudo diante de restrições orçamentárias. O poder judiciário, no seu exercício de controle de constitucionalidade, inclusive da omissão, se mostra, nesse sentido, como ferramenta contramajoritária para a garantia dos direitos fundamentais.⁴⁶⁰

Importante ressaltar que o jogo político representativo é ainda mais complexo. Como bem observou Cappelletti⁴⁶¹, “a maioria” é expressão vaga, não existindo uma vontade popular majoritária a que dá voz o legislador. Na verdade, o resultado legislativo é expressão de acordos políticos entre grupos com interesses conflitantes. A maioria assim, é sempre numérica, mas sua composição é dinâmica. Além disso, os “grupos” levados em consideração refletem circunstâncias de poder – econômico, social, de informação e formação, etc – de forma que a manifestação da maioria é, na verdade, manifestação da maioria entre aqueles que têm acesso aos órgãos dos poderes políticos.

A ampla participação da sociedade na jurisdição constitucional, assim, permite superar, em parte, essas barreiras. A história da sociedade e das instituições, efetivamente, demonstra como não raramente certos grupos (raciais, religiosos, econômicos, etc) encontraram justamente nos tribunais o acesso e a proteção, sem os quais teriam permanecido, pelo menos por mais tempo, marginalizados.⁴⁶² Nesse sentido, “o processo jurisdicional é até o mais participatório de todos os processos da atividade pública”, afirma Cappelletti. O mais participatório de todos os processos da atividade pública *estatal*, diríamos nós.⁴⁶³

Não se pode menosprezar, entretanto, os obstáculos no acesso ao Judiciário, sobretudo ao Supremo Tribunal Federal. Não só barreiras jurídicas, como o rol dos legitimados à proposição de ações e os requisitos para o conhecimento de recursos, mas também barreiras econômicas, culturais e sociais. Defendemos enfaticamente,

⁴⁶⁰ TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional...* p. 502 e 508.

⁴⁶¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?...* p. 94-96.

⁴⁶² A título de exemplo, o reconhecimento de vínculo familiar homoafetivo, pelo STF, em 2011, e a proibição de segregação racial nas escolas, nos Estados Unidos, a partir do famoso caso *Brown x Board of Education of Topeka*, julgado pela Suprema Corte em 1954.

⁴⁶³ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?...* p. 100. Fazemos questão de ressaltar o âmbito estatal na afirmação de Cappelletti pois não consideramos ignorar a promoção da democracia material e da cidadania por meio de atividades públicas não estatais e não institucionais, levadas à cabo pela própria população, que se mobiliza e se organiza independentemente de incentivo estatal.

assim, a necessidade de o Supremo Tribunal Federal aproximar-se da população, realizando audiências públicas e admitindo a contribuição de *amicus curiae*.

É nesse sentido que entendemos a afirmação do juiz Koopmans, da Corte Europeia de Justiça, reproduzida por Cappelletti:

Democracia e direitos do homem, falando de forma empírica, são estreitamente conexos; a proteção de um às expensas de outros (ou vice-versa) corre sempre o risco de ser contraproducente (...). Se se deseja a preservação da democracia, os tribunais devem assumir a sua parte na tarefa.⁴⁶⁴

Assim, entendemos que o Supremo Tribunal deve não somente permitir, mas também promover e estimular a participação pública nos processos sob sua jurisdição. Na esteira do entendimento de Häberle acerca do caráter aberto do sistema constitucional, entendemos que deve existir também “uma jurisdição aberta, concebida como um espaço privilegiado de participação democrática e cidadã”⁴⁶⁵.

Além do próprio direito fundamental à participação, é dever do Supremo Tribunal Federal, como já reiterado, resguardar e promover todos os direitos fundamentais, exercendo efetivamente a guarda da Constituição. Quando a postura do legislador competente é omissa, não vemos como o Supremo possa cumprir sua função senão por meio de postura ativa.⁴⁶⁶ Sobretudo na inconstitucionalidade por omissão, quanto mais fraca for a atuação do legislador na concretização dos direitos fundamentais, mais forte deverá ser a atuação do Tribunal Constitucional.⁴⁶⁷

⁴⁶⁴ KOOPMANS, T. *Legislature and Judiciary*, apud CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?...* p. 94.

⁴⁶⁵ LEAL, Mônia Clarissa Henning. *Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição Constitucional na ordem democrática*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 195.

⁴⁶⁶ Entendemos, na esteira do pensamento de Cláudio Ari Mello, que os tribunais devem levar em consideração a qualidade democrática da deliberação parlamentar e social sobre a matéria da legislação examinada, exercendo assim o Judiciário uma postura de deferência às decisões do legislador quando nelas reconhecer legitimidade democrática. Vide MELLO, Cláudio Ari. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais...* p. 298. Ausente esse debate, contudo, descumprindo o legislador sua função, deve ser ativa a postura do Supremo Tribunal Federal.

⁴⁶⁷ Demonstra Cappelletti que a emergência do Estado Social expandiu a competência e os poderes do Estado, tanto legislador quanto administrador, e, com isso, também a exigência do controle judiciário da atividade do Estado tornou-se mais aguda e urgente. Assim afirma: “tenha-se presente que os ‘direitos sociais’ - típico produto jurídico do Estado social ou de *welfare* - são caracterizados pelo fato de que têm natureza, por assim dizer, puramente normativa; eles são ‘promocionais’ e projetados no futuro, exigindo para sua gradual realização a intervenção ativa e prolongada no tempo pelo Estado. Na proteção de tais direitos, o papel do juiz não pode, absolutamente, limitar-se a decidir de maneira estática o que é agora legítimo ou ilegítimo, justo ou injusto; ao contrário, constitui frequente responsabilidade do juiz decidir se determinada atividade estatal, mesmo quando largamente discricionária - ou a inércia, ou em geral dado comportamento dos órgãos públicos -, está *alinhada* com

Seguimos, assim, o entendimento de Cappelletti, acerca da prudência e da assertividade as quais deve sustentar a Corte:

Trata-se, em minha opinião, de problema que não se pode resolver com um claro sim ou não à criatividade dos juízes. Tal criatividade, – ou, para ser mais preciso, alto grau de criatividade, pois bem vimos como se trata essencialmente de problema de natureza quantitativa –, pode ser benéfica ou maléfica, segundo as muitas circunstâncias contingentes, de tempo e lugar, de cultura, de necessidades reais de determinada sociedade, circunstâncias, de mais a mais, de organização e estrutura das instituições e, não por último, dos tipos de magistratura que exercem tal criatividade. Retornarei a esse ponto na conclusão deste ensaio. Limitar-me-ei, por ora, a sugerir que bom juiz é o consciente das limitações e fraquezas acima analisadas, sensível às muitas circunstâncias capazes de aconselhar circunspecta prudência em determinadas épocas, domínios e casos, e pelo contrário, dinâmico atrevimento em outros. Só quando colocadas em perigo por ela as suas características naturais – as “virtudes passivas” de natureza “processual-estrutural”, analisadas no §11 –, deveria o bom juiz, sem qualquer hesitação, negar-se à audácia ativista. Mas esse imperativo pode ser válido, outrossim, em face do posicionamento oposto, ou seja, em face da “abstenção” (“*restraint*”) ou cautela conservadora dos juízes. Diz-se efetivamente, com muita clareza e firmeza, que também o conservadorismo judiciário, e não apenas o ativismo, pode em certas situações e circunstâncias constituir uma espécie de compromisso partidário, de parcialidade portanto, e por isso de derrogação daquelas “virtudes” – uma verdade que às vezes é necessário recordar aos juízes, sobretudo aos tribunais superiores.⁴⁶⁸

A postura ativa que defendemos ser sustentada pelo Tribunal nesses casos de forma alguma pode revestir-se de arbitrariedade, entretanto. A corte, no reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão e na sua superação, tem o dever de promover amplo contraditório. Assim, deve propiciar a manifestação do próprio legislador, da sociedade, sob a forma de audiências públicas, e das entidades e pessoas interessadas, em sentido lato, no objeto da discussão, as quais possam contribuir ao debate, sob a forma de *amicus curiae*.

Exercer o contraditório, porém, não significa apenas dar voz no processo. Significa ouvi-la. O Contraditório é visto, assim, como direito de influência. Aos ministros do STF, na condução do processo, impõe-se a instauração de verdadeiro debate judicial sobre as questões nele discutidas.⁴⁶⁹ Nesse sentido, o processo é

os programas prescritos, frequentemente de maneira um tanto vaga, pela legislação social e pelos direitos sociais.” Vide CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989. p. 22. Publicação original *Giudici irresponsabili?* 1988.

⁴⁶⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?...* p. 92.

⁴⁶⁹ CABRAL, Antonio do Passo. *O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva*. Revista de Processo. Vol 126. Ano 30. São Paulo: Ed. RT, 2005.

ambiente dialético, uma comunidade de trabalho, em que todos os sujeitos do juízo concorrem para a formação de uma decisão justa.⁴⁷⁰

Com efeito, a função da jurisdição, sobretudo em uma Corte Suprema como o Supremo Tribunal Federal, é atuar não só na declaração e efetivação de direitos, mas na reconstrução da ordem jurídica mediante o processo. Seria inadequado, assim, conceber o processo somente como um mero ordenamento de atividades dotado de cunho exclusivamente técnico. A estrutura que lhe é inerente depende dos valores adotados pela ordem constitucional, é a adaptação da técnica do instrumento processual a um objetivo determinado.⁴⁷¹ Vale dizer, a conformação do processo é uma escolha de natureza também política: o processo no Estado Constitucional elege valores a serem promovidos por meio de técnicas que ele propõe.⁴⁷²

Como já ressaltado anteriormente, o Estado Constitucional é concebido como Estado de Direito e Estado Democrático. O Estado de Direito funda-se na dignidade da pessoa humana, enquanto o Estado Democrático funda-se no valor da participação e da autodeterminação da sociedade. O Estado Constitucional, portanto, tem como fim a promoção da liberdade e da igualdade – para isso, como meio, necessita do controle do arbítrio e do poder estatais, erigindo a segurança jurídica como instrumento. Afirmar, então, que o processo depende de valores a serem adotados significa dizer, conforme ressaltam Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero, que o processo, enquanto instrumento, e o Direito, como um todo, são fenômenos culturais. Assim, enquanto produto do homem, são formados por ideias, projetos, interesses sociais, econômicos, políticos. Significa dizer, portanto, que o processo e o direito são estratégias de poder construídos pela sociedade, com notas específicas de tempo e espaço.⁴⁷³

⁴⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo. *Curso de Direito Constitucional...* p. 648.

⁴⁷¹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil. Proposta de um formalismo-valorativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 21.

⁴⁷² SILVEIRA, Daniela Gonsalves da. *Direito ao contraditório, dever de fundamentação e direito à publicidade no novo Código de Processo Civil brasileira*. *Revista de Processo*. Vol. 248. Ano 40. São Paulo: Ed. RT, out. 2015. p. 70.

⁴⁷³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *A garantia do contraditório*. *Revista da Faculdade de Direito Ritter dos Reis*. vol. I. ano I. Porto Alegre: Faculdades Integradas Ritter dos Reis, 1998. p. 7; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

A partir do contexto social de redemocratização que edificou a Constituição Federal de 1988, claramente se percebe que a sua preocupação acerca do processo enquanto instrumento jurídico está no aspecto social, potencializando os meios postos à disposição do cidadão para sua luta contra a opressão política, social ou econômica.⁴⁷⁴ Dessa forma, a Constituição enunciou não só diversos direitos fundamentais materiais a serem promovidos, como também previu garantias inafastáveis, estando, entre estas, direitos fundamentais processuais conformadores do processo justo, entre eles o direito fundamental ao contraditório.

O contraditório, enquanto garantia processual, grava o juiz e as partes. Em termos de jurisdição constitucional, que inclui processos abstratos, sem a figura concreta das partes, sendo essas somente figuras formais, como legitimados em polo ativo e passivo, deve-se conformar o entendimento de quem são os sujeitos do contraditório. A nosso ver, o contraditório na jurisdição constitucional abstrata deve ser entendido e garantido enquanto instrumento de participação e influência da sociedade na reconstrução da ordem jurídica. A discussão não pode estar fechada e reduzida somente aos ministros e legitimados, e a garantia da publicidade dos atos não é suficiente: é preciso que haja efetiva participação da sociedade como forma de legitimação da atuação da jurisdição constitucional. A sociedade, com toda sua pluralidade, tem direito de real influência na interpretação da Constituição e, portanto, na reconstrução do Direito.⁴⁷⁵

O mesmo entendimento aplica-se à jurisdição constitucional concreta. O controle de constitucionalidade pela via concreta, mesmo envolvendo direito subjetivo, envolve um processo de objetivação, na medida em que se exige o requisito da repercussão geral para a admissão do recurso extraordinário. Da mesma forma no mandado de injunção, pois a omissão legislativa na concretização dos direitos fundamentais afeta não só as partes do caso concreto, mas outras pessoas em situação semelhante, as quais estarão sujeitas ao precedente formado. O dever do Supremo Tribunal Federal em ampliar o contraditório no mandado de injunção mostra-

⁴⁷⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *A garantia do contraditório...* p. 148.

⁴⁷⁵ Não se nega, evidentemente, que devem haver limites ao contraditório exercido, para se evitar improdutivo tumulto processual. Devem ser obedecidos, assim, critérios de interesse e representatividade, como a pertinência temática, além de respeitado o momento processual adequado para contribuições.

se ainda mais evidente caso persista no seu entendimento de que a decisão possui efeitos *erga omnes*.

O debate sobre os rumos constitucionais, portanto, não pode ficar restrito à elite jurídica e política. O direito constitucional é reconstruído continuamente nos tribunais, devendo a sociedade influir diretamente nos seus rumos. Somente assim se concretiza a máxima *do povo, pelo povo, para o povo*.

3.3. A necessidade da justificação das decisões

Além de propiciar ampla participação social nos debates constitucionais, o Supremo Tribunal Federal tem o dever de justificar suas decisões, pois é justamente por meio da motivação das decisões que se verifica a atenção do Tribunal ao contraditório enquanto direito de participação e influência.⁴⁷⁶

Com efeito, a fundamentação é fator de legitimação e controle da atividade judicial na medida em que o Tribunal não pode apoiar suas decisões somente na sua autoridade.⁴⁷⁷ A extensão da motivação mede-se, assim, em função do direito ao contraditório⁴⁷⁸, correspondendo essencialmente, por isso, a um diálogo.⁴⁷⁹

Se a produção de normas é o resultado de um processo de interpretação, uma decisão judicial é permeada de escolhas, valorações, decisões. Tais questões são ainda mais intensas diante do déficit legislativo, exigindo uma fundamentação mais densa, para que não haja abuso no manejo da Constituição.⁴⁸⁰ É preciso demonstrar que as decisões dos tribunais não resultam de caprichos ou idiosincrasias e predileções subjetivas dos ministros. Assim, suas decisões ficam sujeitas ao controle por parte da comunidade, tornando-os mais responsáveis perante ela.⁴⁸¹

⁴⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo. *Curso de Direito Constitucional...* p. 665.

⁴⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; OJEDA, Raúl Nunez; RAGONE, Álvaro Pérez. *Fundamentos del proceso civil: hacia una teoría de la adjudicación*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2010. p. 106.

⁴⁷⁸ MITIDIERO, Daniel. *Fundamentação e precedente...* p. 63.

⁴⁷⁹ QUEIROZ, Cristina. *Interpretação Constitucional e Poder Judicial. Sobre a Epistemologia da Construção Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 170.

⁴⁸⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no Processo Civil...* p. 12-26.

⁴⁸¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?...* p. 98.

As Constituições elaboradas a partir do segundo pós-guerra, como vimos, estabelecem ampla carta de direitos fundamentais, os quais admitem diferentes leituras pelos intérpretes. A decisão, assim, é problema interpretativo, cujas respostas devem estar baseadas em procedimentos racionais. A justificação, como momento último desse procedimento, só será racionalmente justificada se o for do ponto de vista lógico-dedutivo (justificação interna) e do ponto de vista da adequação de suas premissas normativas e de fato (justificação externa).⁴⁸²

A justificação interna estabelece que uma decisão judicial é racionalmente justificada se, e somente se, segue logicamente das premissas – entre as quais pelo menos uma normativa e uma qualificatória – explicitadas na sentença, ou nela pacificamente implícita.⁴⁸³ A justificação interna, assim, trata do nexó lógico entre premissas e conclusão, conferindo coerência interna à decisão. A Justificação externa, por sua vez, está relacionada às premissas e as escolhas argumentativas que são realizadas no curso interpretativo, devendo também ser racionais.⁴⁸⁴ De modo geral, portanto, a justificação envolve um núcleo dedutivo e outro argumentativo.⁴⁸⁵

Esse entendimento da justificação, com efeito, revela a própria forma de compreender o direito.⁴⁸⁶ Em uma visão formalista da interpretação, sustentada pelo Estado Liberal, a justificação era o retrato de um raciocínio meramente lógico. A lei constituía a única fonte necessária do direito, a qual – defendia-se – poderia ser perfeitamente conhecida e declarada pelos juízes, na medida em que estes estivessem atentos à vontade do legislador. A busca pela segurança na vontade do legislador escondia, entretanto, as verdadeiras escolhas efetuadas no processo de interpretação, revelando-se a motivação como um instrumento de autoritarismo e arbitrariedade.⁴⁸⁷

⁴⁸² AARNIO, Aulis. *The rational as reasonable – a treatise on legal justification*. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1987. p. 119; CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione...* p. 13-14; MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores...* p. 60.

⁴⁸³ CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione...* p. 14.

⁴⁸⁴ CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione...* p. 15.

⁴⁸⁵ AARNIO, Aulis. *The rational as reasonable...* p. 119.

⁴⁸⁶ MOTTA, Otávio Verdi. *Justificação da Decisão Judicial. A Elaboração da Motivação e a Formação de Precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 142.

⁴⁸⁷ TARUFFO, Michele. *La Motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975. p. 161 e ss. No mesmo sentido, Ovídio Baptista da Silva, para quem a motivação sustentada pelo formalismo dava origem a “mais variadas formas de arbitrariedades, cometidas em nome do que se imagina ser a imparcial aplicação da ‘vontade da lei, m sentenças que, antes de alicerçarem-se em fundamentos válidos, ocultam as verdadeiras razões de decidir”. Vide BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A.

No paradigma do Estado Constitucional, contudo, as decisões devem ser fruto de processo justo, conformado pela atenção aos direitos fundamentais processuais, como a imparcialidade judicial, a publicidade, o contraditório e a fundamentação racional das decisões. É tarefa da justificação das decisões, por conseguinte, impedir que a natural discricionariedade do ato jurisdicional se transforme em arbitrariedade.⁴⁸⁸

Como em qualquer decisão, mas com maior nitidez no caso de a Corte superar a omissão legislativa por meio de sentenças interpretativas aditivas, as normas criadas não obedecem a critérios de oportunidade, mas fundamentalmente a critérios jurídicos.⁴⁸⁹ Por meio da justificação, assim, os ministros prestam contas do modo sobre como exercitam o poder, sendo esta uma manifestação daquilo que Taruffo denominou como “princípio da controlabilidade”.⁴⁹⁰

Com efeito, para que a jurisdição seja legítima, a decisão deve ser justificada. Nesse sentido Taruffo define a função extraprocessual da motivação das decisões: ela corresponde à possibilidade de controle externo por parte da sociedade a respeito dos fundamentos da decisão judicial.⁴⁹¹

Conforme Cláudio Ari Mello, a própria natureza do processo judicial em uma democracia constitucional implica um diálogo racional permanente entre o Poder Judiciário e a cidadania em geral.⁴⁹² Assim, não exerce o Supremo Tribunal Federal poder absoluto: sua atuação é controlada pela própria sociedade, remanescendo a possibilidade de atuação do Poder Legislativo, inclusive. É a lição de Cappelletti:

Uma sadia consequência de nossa liberdade de expressão está no fato que também os juízes, dia após dia, estão sujeitos à crítica pública. Quando falamos hoje na separação de poderes, certamente não queremos dizer “*séparation*” no sentido original francês; queremos dizer, isso sim, conexões recíprocas e controles mútuos. A irresponsabilidade judicial é uma irresponsabilidade *política* e *legal* – com importantes limitações no caso de abusos sérios. No entanto, não se trata de uma irresponsabilidade *social*.⁴⁹³

Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. Jurisdição, Direito Material e Processo. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 141.

⁴⁸⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Fundamentação das sentenças como garantia constitucional...* p. 139.

⁴⁸⁹ QUEIROZ, Cristina. *Interpretação Constitucional...* p. 173.

⁴⁹⁰ TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile...* p. 405.

⁴⁹¹ TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile...* p. 333-334.

⁴⁹² MELLO, Cláudio Ari. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais...* p. 192.

⁴⁹³ CAPPELLETTI, Mauro. *Repudiando Montesquieu...* p. 282.

O diálogo, por conseguinte, é permanente na lógica democrática do Estado Constitucional. Por esse motivo acolhemos, neste trabalho, a posição adotada por Conrado Hübner Mendes de que o Supremo Tribunal Federal detém somente uma “última palavra provisória”, pois, a fundo, a existência da previsão de uma última palavra obedece apenas a uma exigência de autoridade, e não de supremacia. Mesmo após a prolação “das últimas palavras provisórias”, os poderes seguem interagindo ininterruptamente.⁴⁹⁴

Assim, a superação da omissão legislativa por parte do Supremo Tribunal Federal não deve ser vista, de forma alguma, como invasão da competência legislativa, erigindo-se o dogma do legislador negativo como impedimento. Durante o processo e após a decisão do Supremo Tribunal Federal, exerce a sociedade o controle da atuação judicial, permanecendo o legislativo com a competência para editar a lei que até então se absteve (ou que editou de forma insuficiente), caso não acolha as razões sustentadas pelo Supremo Tribunal Federal no exercício de sua competência. A “última palavra”, assim, é só parte da história, e não toda ela.⁴⁹⁵

A tensão deliberativa que se exerce entre as instituições, assim, pode ser até mesmo funcional para a produção de boas decisões.⁴⁹⁶ Sobretudo a partir do entendimento de que a norma é construção e reconstrução, que não enseja uma resposta correta, mas é fruto de argumentação e deliberação, o diálogo entre Poder Legislativo, Poder Judiciário e sociedade em geral é altamente produtivo. Ganham efetividade, com isso, a Constituição e os direitos fundamentais.

⁴⁹⁴ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes, e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 188.

⁴⁹⁵ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes, e Deliberação...* p. 182.

⁴⁹⁶ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes, e Deliberação...* p. 192.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A passagem do Estado Liberal para o Estado Constitucional constituiu significativa mudança de paradigma sobre nosso entendimento acerca do que é o direito. Essa mudança implica mais que simplesmente entender que texto é diferente de norma, que a interpretação é atividade de reconstrução, que a Constituição está acima da legislação. Essa mudança significa uma necessária recompreensão das nossas estruturas estatais e do modo como buscamos promover a tutela dos direitos.

Com efeito, entendemos que o ideal democrático do Estado Constitucional é a participação social nas decisões. Assim, além de mecanismos de participação direta, o Poder Legislativo, por meio de sua representatividade, concretiza a Constituição por meio de proposições textuais que devem ser dotadas de significado em conformidade com a Constituição. O Poder Judiciário, por sua vez, exerce função contramajoritária de fiscalização e controle da atenção do legislativo à Constituição, sofrendo influência da sociedade por meio de sua participação no processo e seu controle social.

Disso se depreende que legislativo e judiciário trabalham em conjunto. Colaboram para a concretização da Constituição. Não existe nem deve existir supremacia de um sobre o outro, pois suas atividades concorrem para um mesmo fim.

Para que a vontade constitucional seja realizada, ao legislador incumbe a tarefa de iniciar a concretização das diretrizes constitucionais por meio de suas escolhas, traduzidas em textos legislativos. Em algumas situações, existe liberdade de conformação, em outras, dever de legislar. A doutrina tradicional, como vimos, defende a existência desse dever somente quando expresso em um dispositivo da Constituição. Nossa visão, contudo, é de que esse entendimento, baseado somente na estrutura e densidade normativa, é excessivamente restritivo, e, quando defendido também pelo judiciário, por meio da aplicação do dogma do legislador negativo, culmina na não aplicabilidade dos direitos fundamentais.

Assim, tanto o dever de legislar quanto o dever de o STF suprir a omissão legislativa inconstitucional devem estar baseados no dever do Estado em proteger os direitos fundamentais e concretizar os desígnios constitucionais, incluindo aí, portanto, a proibição de proteção insuficiente. A atenção do debate sobre a omissão legislativa

e sua superação, assim, deve levar em conta a atuação real e concreta dos enunciados constitucionais, ou seja, a transformação desses enunciados em normas no âmbito da realidade social. A preocupação deve se dar com o projeto da Constituição como um todo, e não com dispositivos específicos.

Assim, a omissão legislativa inconstitucional torna evidente a importância da lei para a concretização dos direitos fundamentais. Contudo, a ausência ou insuficiência da lei não pode obstar o reconhecimento e o exercício de direitos fundamentais aos cidadãos. Mesmo diante da omissão do legislador, o judiciário ainda deve proteção à Constituição.

É dever inescusável do STF, assim, analisar a constitucionalidade da ausência legislativa. Quando a ausência de lei ultrapassa os limites da liberdade de conformação do legislador, vendo-se a concretização da Constituição ser prejudicada por essa abstenção, é dever do STF declarar a inconstitucionalidade por omissão e buscar formas adequadas de superá-la. Afinal, à omissão não se responde com mais omissão.

Assim, a mera constatação e declaração da mora legislativa não são suficientes para tutelar os direitos fundamentais, e efetividade é requisito de tutela. Já é passada a hora, portanto, de o STF se despirm das amarras do dogma do legislador negativo.

Cabe ao STF, por meio de interpretação da previsão constitucional – ou da interpretação da previsão legislativa deficiente à luz da Constituição – suprir a omissão. Não é uma escolha, é um dever. Sua tarefa é a de encontrar o meio mais adequados para suprir a omissão em cada caso.

O afastamento do dogma do legislador negativo deve significar postura ativa do Supremo Tribunal Federal na defesa dos direitos fundamentais. Esse ativismo, com efeito, não é essencialmente antidemocrático. A relação entre arbítrio e ativismo é apenas contingente: o arbítrio só é fruto de ativismo quando o STF, no exercício de suas atribuições, não cumpre deveres constitucionais que lhe são outorgados para a persecução de procedimento justo.

Dessa forma, a decisão, para que seja justa, deve ser fruto de amplo contraditório, de diálogo entre a Corte, a sociedade e os demais poderes estatais. Mas não só deve haver diálogo, como a Corte deve permitir-se influenciar por eles, dever

que é comprovado mediante a justificação das decisões. É por meio da justificação que é possibilitado o controle da atuação jurisdicional, comprovando-se que a decisão foi racional, e não arbitrária, e que o debate foi efetivo. A legitimidade da Corte, nesse sentido, quando atendidos esses pressupostos, é jurídica e democrática.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AARNIO, Aulis. *The rational as reasonable – a treatise on legal justification*. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1987.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Carlos Bernal Pulido. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2007. Publicação original: *Theorie der Grundrechte*, 1986.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *A garantia do contraditório*. *Revista da Faculdade de Direito Ritter dos Reis*. vol. I. ano I. Porto Alegre: Faculdades Integradas Ritter dos Reis, 1998.

_____. *Do formalismo no processo civil. Proposta de um formalismo-valorativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais*. In ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (org.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *A Modulação de Efeitos Temporais pelo STF no Controle de Constitucionalidade. Ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a Constituição do artigo 27 da Lei 9.868/99*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. In *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. n. 17. Bahia: IBDP, jan./fev./mar. 2009. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf>>. Acesso em 1 setembro de 2015.

_____. *A Distinção entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade*. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Renovar: jan./mar. 1999.

_____. *Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo*. In: *Revista Direito Tributário Atual*, n. 29. São Paulo: Dialética, 2013.

_____. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2ª. Ed. São Paulo: Malheiros Editores: 2012.

_____. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015. Publicação original em 2003.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Fundamentação das sentenças como garantia constitucional*. *Jurisdição, Direito Material e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BACHOF, Otto. *Jueces y Constitución*. Trad. Rodrigo Bercovitz Rodrigues-Cano. Madrid: Civitas, 1987.

BARBOSA, Ruy. *Commentarios á Constituição Federal Brasileira*. vol. 2. São Paulo: Livraria Academica, 1933.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os Conceitos Fundamentais e a Construção de um Novo Modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BISCH, Isabel da Cunha. *O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade: um estudo à luz das experiências americana, europeia e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: ícone, 2006. Tradução de Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. Publicação original: Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto, 1996.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Tradução de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 1993.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28ª ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3ª ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BURDEAU, Georges. *A Democracia – ensaio sintético*. Tradução de Paulo Antônio dos Anjos. 3ª ed. Publicações Europa-América, 1975.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do Precedente judicial e o desafio do Novo CPC. In Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes*. Fredie Didier Jr (coord. geral). Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

BUZOID, Alfredo. *Apresentação à obra Compêndio de Hermenêutica Jurídica. In PAULA BATISTA, Francisco de. Compêndio de Hermenêutica Jurídica*. São Paulo: Editora Saraiva, 1984.

CABRAL, Antonio do Passo. *O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva*. *Revista de Processo*. Vol 126. Ano 30. São Paulo: Ed. RT, 2005.

CALAMANDREI, Piero. *La casación civil*. vol. 2 Buenos Aires: EBA, 1945.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da inconstitucionalidade por omissão ao “Estado de coisas inconstitucional”*. 248 fls. Tese - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Sociais. 2015.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. *Direito Constitucional*. 6ª ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Editora Coimbra, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. Publicação original *Giudici Legislatori?* 1984.

_____. *Juízes irresponsáveis?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989. Publicação original *Giudici irresponsabili?* 1988.

_____. *Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “justiça constitucional”*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. In *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 20. Porto Alegre: UFRGS, out. 2001.

CARVALHO NETTO, M. *A Hermenêutica Constitucional e os desafios postos aos Direitos Constitucionais*. In SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CHIASSONI, Pierluigi. *L'indirizzo analítico nella filosofia del diritto: da Bentham a Kelsen*. Torino: Giappichelli, 2009.

CITTADINO, Gisele. *Princípios Constitucionais, Direitos Fundamentais e História*. In PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; FILHO, Firly Nascimento (org.). *Os Princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2000.

CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni di Diritto Costituzionale. v. II. L'ordinamento Costituzionale Italiano (La Corte costituzionale)*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1984.

CROSS, Rupert e HARRIS, Jim W. *Precedent in English Law*. 4ª ed. Nova York: Oxford University Press, 2004.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público. Em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito Privado e Constituição. Drittwirkung dos direitos fundamentais – construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Ed. RT, 2013.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

EISENBERG, Melvin. *The Nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos Fundamentales. In Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Edição de Antonio de Cabo e Geraldo Pisarello. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. 7ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 1980.

Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *A Aplicação Imediata das Normas Definidoras de Direitos e Garantias Fundamentais. In Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, Nº29. 1988.

Ferreira Neto, Arthur Maria. *O cognitivismo e não cognitivismo moral e sua influência na formação do pensamento jurídico*. Tese de doutorado. 2013. Programa de Pós-Graduação em Filosofia da PUCRS. Disponível em <<http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/2914/1/446750.pdf>>. Acesso em 30 de janeiro de 2016.

Flores, Alfredo de J. *O monopólio estatal do Direito: um mito da modernidade*. In: ALVAREZ, Alejandro; TEIXEIRA, Anderson V.; FELONIUK, Wagner

S. (org.). *Perspectivas do discurso jurídico: argumentação, hermenêutica e cultura*. Porto Alegre: DM, 2015. p. 265-280.

GERHARDT, Michael J. *The Power of Precedent*. Nova York: Oxford University Press, 2011.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

_____. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 6ª ed. refundida do *Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011.

GUASTINI, Riccardo. *Dalle Fonti alle Norme*. 2ª ed. Torino: Giappichelli Editore, 1992.

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 Editor, 1997. Reimpressão 2002. Publicação original *Die offene Gesellschaft der Verfassunginterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und "prozessualen" Verfassunginterpretation*. 1975.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*. Vol. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, H. L. A. *The Concept of Law*. 2ª ed. Nova York: Oxford University Press: 1994.

HESSE, Konrad (1919-2005). *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor: 1991. Publicação original: *Die normative Kraft der Verfassung* em 1959.

_____. *Significado dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Carlos dos Santos Almeida. In *Temas Fundamentais do Direito Constitucional – Konrad Hesse; textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho*. São Paulo: Saraiva, 2009.

JÚNIOR, André Puccinelli. *Omissão Legislativa Inconstitucional e Responsabilidade do Estado Legislador*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Tradução de Roberto J. Brie. 2ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1999 (reimpressão 2002). Publicação original: *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* 1931.

_____. *Teoría Pura del Derecho*. Tradução de Moisés Nilve. Buenos Aires: Editorial Universitaria, 1960.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

LEAL, Mônia Clarissa Henning. *Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição Constitucional na ordem democrática*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 6ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1999.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. Tradução de Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro, Elsevier, 2008. Publicação original: *Rhetoric and the Rule of Law*, 1995.

_____; SUMMERS, Robert. “*Interpretation and Justification*”, *Interpreting Statutes – A Comparative Study*. Dartmouth: Ashgate, 1991.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa Julgada Erga Omnes e Eficácia Vinculante*. Disponível em <https://processoemdebate.files.wordpress.com/2010/09/coisa-julgada_erga_omnes_vinculante_Marinoni.pdf>. Acesso em 20 de fevereiro de 2016.

_____. *Do controle da insuficiência de tutela normativa aos direitos fundamentais processuais*. In CUNHA, J. S. Fagundes (coord.). *O Direito nos Tribunais Superiores – com ênfase no Novo Direito Processual Civil. Homenagem ao Ministro Sérgio Luiz Kukina*. Curitiba: Bonijuris, 2015.

_____. *O STJ Enquanto Corte de Precedentes. Recompreensão do Sistema Processual da Corte Suprema*. São Paulo: Ed. RT, 2013.

_____. *Precedentes Obrigatórios*. 2ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

_____. OJEDA, Raúl Nunez; RAGONE, Álvaro Pérez. *Fundamentos del proceso civil: hacia una teoría de la adjudicación*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2010.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de Processo Civil: teoria do processo civil, vol. 1*. São Paulo: Ed. RT, 2015.

_____; _____; _____. *Novo Curso de Processo Civil. Tutela dos direitos mediante procedimento comum, vol. 2*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____; _____. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Ed. RT, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Ed. RT, 2000.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 5ª ed. Livraria Freitas Bastos S.A., 1951.

MAZZUOLI, V. O. *Direito Internacional Público: Parte Geral*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

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

MELLO, Cláudio Ari. *Contribuição para uma Teoria Híbrida dos Direitos da Personalidade*. In SARLET, Ingo (org.) *O Novo Código Civil e a Constituição*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

_____. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional. O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Tomo VI*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

_____. *Manual de Direito Constitucional. Tomo IV – Direitos Fundamentais*. 3ª ed. Lisboa: Coimbra Editora, 2000.

MITIDIERO, Daniel. *Antecipação de tutela: da técnica cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Ed. RT, 2013.

_____. *Colaboração no Processo Civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

_____. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. São Paulo: Ed. RT, 2013.

_____. *Fundamentação e Precedente – dois discursos a partir da decisão judicial*. In *Revista de Processo*. n. 206. São Paulo: Ed. RT, 2012.

_____. *O Processualismo e a Formação do Código Buzaid*. In *Revista de Processo*. n. 183, ano 35. São Paulo: Ed. RT, maio/2010.

_____. *Por uma reforma da justiça civil no Brasil – um diálogo entre Mauro Cappelletti, Vittorio Denti, Ovídio Baptista e Luiz Guilherme Marinoni*. *Revista de Processo*. n. 199. São Paulo: Ed. RT, 2011.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de (1689-1755). *O Espírito das Leis*. Tradução de Cristina Murachco. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MOTTA, Otávio Verdi. *Justificação da Decisão Judicial. A Elaboração da Motivação e a Formação de Precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A Questão Fundamental da Democracia*. Tradução de Peter Naumann, revisão da tradução de Paulo Bonavides. 7ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. Publicação original: *Wer ist das Volk? die grundfrage der demokratie: elemente einer Verfassungstheorie VI*, de 1997.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de. *Teoria Jurídica e Novos Direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

PASSOS, Calmon J. J. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data. Constituição e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

PAULA BATISTA, Francisco de. *Compêndio de Hermenêutica Jurídica*. São Paulo: Editora Saraiva, 1984.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013;

_____. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1996.

_____; CHADDAD, Maria Cecília Cury. *Efeitos da Decisão em Mandado de Injunção*. In MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima Quintas (org.). *Mandado de Injunção – Estudos sobre sua regulamentação*. São Paulo: Saraiva, 2013.

QUEIROZ, Cristina. *Interpretação Constitucional e Poder Judicial. Sobre a Epistemologia da Construção Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo. *Integração dos tratados de Direitos Humanos no ordenamento jurídico*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-27/direitos-fundamentais-integracao-tratados-direitos-humanos-ordenamento-juridico>>. Acesso em 15 de janeiro de 2016.

_____. *A Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9ª ed. atual. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

_____. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Ed. RT, 2012.

SARMENTO, Daniel. *A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria*. In SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

SEGADO, Francisco Fernández. *El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas: algunas cuestiones dogmáticas*. In *Direitos Fundamentais & Justiça*. vol. 3, n. 7. Porto Alegre: HS Editora, 2009.

_____. *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*. In *Revista Pensamiento Constitucional*, ano XI, n. 11. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

SILVEIRA, Daniela Gonsalves da. *Direito ao contraditório, dever de fundamentação e direito à publicidade no novo Código de Processo Civil brasileira*. *Revista de Processo*. Vol. 248. Ano 40. São Paulo: Ed. RT, out. 2015.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional – Teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

_____; _____; BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TARELLO, Giovanni. *Cultura jurídica y política del derecho*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1995. Tradução de Isidro Rosas Alvarado. Publicação original: *Cultura giuridica e politica del diritto*, 1988.

_____. *L'interpretazione della legge*. Milano: Giuffré, 1980.

_____. *Storia della cultura giuridica moderna (assolutismo e codificazione del diritto)*. Bologna: Il Mulino, 1976.

TARUFFO, Michele. *La Motivazione della Sentenza Civile*. Padova: Cedam, 1975.

_____. *Le funzioni delle Corti Supreme tra uniformità e giustizia*. In *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes*. Fredie Didier Jr (coord. geral). Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

_____. *Lezioni Sul Processo Civile*. 2ª ed. Bologna: Il Mulino, 1998.

_____. *Precedente e Giurisprudenza*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007.

TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. (1907-1972) *Curso de Direito Constitucional*. Texto revisto e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

VIANNA, Rodrigo. *O STF como legislador positivo: justiça constitucional pela efetividade dos direitos fundamentais*. Dissertação de mestrado. PUC-RS. 2013.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2004.

VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the Separation of Powers*. 2ª ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1998.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil – leyes, derechos, justicia*. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta: 1997. Publicação original: *Il diritto mitto. Legge diritti giustizia*. Torino: Giulio Einaudi editore, 1992.

ZANETI JR., Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes. O modelo garantista (MG) e a redução da discricionariedade judicial. Uma teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

_____. *Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes*. In *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes*. Fredie Didier Jr (coord. geral). Salvador: Editora Juspodivm, 2015.