REVISTA FAPAD
OPEN ACCESS
E-ISSN: 2764-2313
REVISTA DA FACULDADE PAN-AMERICANA DE ADMINISTRAÇÃO E DIREITO

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, O ESTADO CONSTITUCIONAL INCLUSIVO E OS DESAFIOS DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Dirley da Cunha Júnior[1]

SUMÁRIO: 1. Considerações gerais. 2. A efetividade constitucional e a problemática do controle judicial das omissões do Estado. 3. A efetividade constitucional e a aplicabilidade direta e imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais. 3.1. A efetividade constitucional e a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais de defesa. 3.2. A efetividade constitucional e a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais a prestação. 4. A efetividade constitucional, o direito subjetivo à emanação de normas e o dever de legislar. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas

Rev. FAPAD
e-ISSN: 2764-2313
Data de aceite: 01/10/2021
https://periodicosfapad.emnuvens.com.br/gtp/article/view/56
Organizado pelo Ministro: José Barroso Filho

1. Considerações gerais

Com as Constituições Sociais, o Estado foi elevado a uma condição de maior responsável pela promoção do bem-estar social, a ele sendo confiadas múltiplas tarefas e atividades voltadas à realização dos fins sociais constitucionalmente estabelecidos, especialmente no que concerne à redução das desigualdades e à inclusão social[2].

[1] Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa/Portugal. Doutor em Direito Constitucional pela PUC-SP. Mestre em Direito Econômico pela UFBA. Professor Associado da Universidade Federal da Bahia (UFBA) onde leciona Direito Constitucional nos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado. Professor Adjunto da Universidade Católica do Salvador (UCSAL), onde leciona Direito Constitucional, Direitos Fundamentais e Efetividade dos Direitos Sociais nos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado. Professor Adjunto e Coordenador do Núcleo de Direito do Estado e da Pós-Graduação em Direito Público da Faculdade Baiana de Direito. Membro da Academia de Letras Jurídicas da Bahia (Titular da Cadeira nº 09). Membro da Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas (ABCD). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional (IBDC). Presidente fundador do Instituto de Direito Constitucional da Bahia (IDCB). Conferencista e autor de diversas obras jurídicas. Juiz Federal da Seção Judiciária da Bahia. Ex-Procurador da República (1995-1999). Ex-Promotor de Justiça do Estado da Bahia (1992-1995).

[2] Sobre a Evolução dos modelos de Estado, conferir BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros. Trata-se da maior obra sobre o assunto já escrita até hoje no Brasil.

Esse dirigismo constitucional, característico de um **Estado Constitucional Inclusivo**, é mais evidente nas Constituições do Pós Segunda Grande Guerra, a exemplo das Constituições da Alemanha de 1949 (art. 20), de Portugal de 1976 (arts. 2º e 81), da Espanha de 1978 (art. 1º) e do Brasil de 1988 (art. 3º).

O sucesso do Estado Constitucional Inclusivo, com o cumprimento das promessas constitucionais de redução das desigualdades, de proteção de grupos vulneráveis e de inclusão social, depende da plena e integral efetividade dos direitos fundamentais sociais. Todavia, a concretização desses direitos é um dos maiores desafios do constitucionalismo contemporâneo, que se depara com uma realidade mais propícia às omissões estatais do que com ações políticas dirigidas à garantia de um mínimo existencial.

Visando à realização desses fins sociais constitucionalmente estabelecidos, o que corresponde, em última análise, a assegurar a própria *efetividade* da Constituição Social, a ordem jurídica teve de instituir novas categorias jurídico-constitucionais. Cria-se, assim, a *inconstitucionalidade por omissão*, como uma sanção jurídico-constitucional dirigida aos órgãos do Estado pelo silêncio transgressor da Constituição e destinada a evitar o *bloqueio* do texto constitucional e a *erosão* da força normativa da Constituição.

A doutrina e a jurisprudência de diversos países vêm dispensando especial atenção ao problema do *déficit de efetividade* da Constituição e ao fenômeno da inconstitucionalidade por omissão, visando a conferir-lhes adequado tratamento em face das inúmeras dificuldades teóricas e práticas que vêm suscitando.

Países como Alemanha, Áustria, Itália e, mais recentemente, Espanha[3], Costa Rica[4] e Hungria, apesar de não possuírem norma constitucional expressa que combata a inconstitucionalidade por omissão, têm, por meio de suas Cortes Constitucionais, logrado obter resultados muito semelhantes em face da adoção de técnicas de interpretação e integração, que resultam em sentenças criativas, manipulativas e aditivas. Assim, a partir da

---

[3] Sobre o tema, ver Jose RODRIGUEZ, Julio Fernandez, *La inconstitucionalidad por omisión: Teoria General. Derecho Comparado. El caso español*, Civitas, 1998; PUENTE, Marcos Gómez, *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, McGraw-Hill, 1997; MENÉNDEZ, I. Villaverde, *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, 1997; AHUMADA, Maria A., 'El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas'. In: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1991.

[4] Ver CHAVES, Magda Inés Rojas, "Control de constitucionalidad por omisión". In: *Revista de Derecho Constitucional*. San José de Costa Rica, nº 02, maio-agosto, 1991, p. 09 e s.. Na Costa Rica, embora a Constituição não disponha a respeito, a inconstitucionalidade por omissão está prevista atualmente na Lei da Jurisdição Constitucional – Lei 7.315, de 18 de outubro de 1989 – cujo art. 73, alínea *f*, admite a possibilidade de ação de inconstitucionalidade "contra la inercia, las omisiones y las abstenciones de las autoridades públicas".

apreciação da inconstitucionalidade por ação, estes Tribunais realizam autêntico julgamento da inconstitucionalidade por omissão, isto é, não por aquilo que prescreve, mas sim por aquilo que não prescreve[5]. E tais julgados têm, deveras, alcançado a efetivação de preceitos constitucionais.

Na Alemanha, por exemplo, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) passou a admitir o controle das omissões, através do processo de concretização (*konkretisierung*), quando a inércia do legislador obstava o exercício dos direitos fundamentais[6]. Relativamente às omissões parciais, a Corte Constitucional, sem invalidar a norma existente, recomendava ao Poder Legislativo que a aperfeiçoasse para contemplar as situações excluídas.

Na Itália, a *Corte Costituzionale* vem solucionando o problema das omissões inconstitucionais modulando os efeitos de suas decisões, proferindo sentenças *aggiuntive* ou *additive*[7].

Outro tanto sucede com os Estados Unidos, cujos tribunais, notadamente a *Supreme Court*, têm exercido o poder de solicitar dos órgãos legislativos que editem leis que consideram necessárias para o exercício dos direitos constitucionais dos cidadãos[8].

Surpreendente, contudo, é o que ocorre na Índia, em razão do que prevê o art. 32, nº 2, da Constituição de 26 de novembro de 1949 daquele país, segundo o qual o Supremo Tribunal indiano tem poder de emitir diretivas ou ordens destinadas à efetivação dos direitos fundamentais[9].

---

5 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 1996, 5 T, p. 511.

6 Essa orientação do Tribunal Constitucional Federal Alemão, que não se limita à mera declaração da omissão inconstitucional, pois avança para integrar a ordem jurídica violada pela omissão, foi adotada a partir da sentença nº 26, de 29 de janeiro de 1969 (*BVerfGE* 25, 167), proferida a respeito do art. 6, nº 5, da Constituição, segundo o qual a lei deveria dar aos filhos ilegítimos condições de desenvolvimento físico e espiritual e uma situação na sociedade idênticas às dos filhos nascidos do casamento.

7 Sobre o tema, ver MORTATI, Costantino. "Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore". In: *Problemi di Diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana.* Milan: Giuffrè, vol. III, 1972; MODUGNO, Franco. "Corollari del principio di 'legittimità costituzionale' e sentenze 'sostitutive' della Corte". *Giur. Cost.*, 1969, p. 91 e s.; Idem, "La funzione legislativa complementare della Corte Costituzionale". *Giur. Cost.*, 1981, p. 1646 e s.; SILVESTRI, Gaetano. "Le sentenze normative della Corte costituzionale". *Giur. Cost.*, 1981, p. 1684 e s. e RUFFÌA, Paolo Biscaretti Di. *Derecho Constitucional*, Tecnos, 1987.

8 Ver SCHAPIRO, Robert A.. "The Legislative Injunction: A Remedy for Unconstitutional Legislative Inaction". In: *The Yale Law Journal*, vol 99, 1989, p. 231 e s..

9 "Art. 32 – 2. O Supremo Tribunal tem poder de emitir diretivas ou ordens, incluindo de *habeas corpus, mandamus*, proibição, *quo warranta* e *certiorari*, destinadas à efetivação dos direitos conferidos por esta parte

Mas, segundo informa JORGE MIRANDA[10], a primeira Constituição que instituiu expressamente a inconstitucionalidade por omissão foi a da República Socialista Federativa da Iugoslávia, de 21 de fevereiro de 1974. Com efeito, previa esta Carta Política, no art. 377º:

> Artigo 377º. Se o Tribunal Constitucional da Jugoslávia verificar que o órgão competente não promulgou as prescrições necessárias à execução das disposições da Constituição da República Socialista Federativa da Jugoslávia, das leis federais e das outras prescrições federais e atos gerais, dará do fato conhecimento à Assembléia da República Socialista Federativa da Jugos-lávia.[11]

A ela se seguiu a Constituição da República Portuguesa, de 02 de abril de 1976. No art. 283º, a Constituição portuguesa dispôs sobre a inconstitucionalidade por omissão nos seguintes termos:

> ARTIGO 283º – (Inconstitucionalidade por omissão)
>
> 1. A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autônomas, dos Presidentes das assembléias regionais, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais.
>
> 2. Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente.

---

da Constituição". Analisando o tema, aduz Sergio Fernando Moro, *Jurisdição constitucional como democracia*, p. 251-252, que " 'os artigos 32 e 226 (da Constituição Indiana) conferem à Suprema Corte e a Corte Superior, respectivamente, o poder de emitir diretivas, ordens ou writs para atingir os objetivos dos referidos artigos. As cortes têm emitido diretivas para propósitos variados. Em ações de interesse público, a Suprema Corte e a Corte Superior têm emitido várias diretivas para a formação de comitês ou exigindo do governo que desenvolva certas instituições. Elas podem constituir ordens específicas às partes para fazer ou não fazer alguma coisa. Por exemplo, as diretivas no caso Azad Rikschaw Pullers exigiram do Banco Nacional de Punjab que efetuasse financiamentos aos puxadores de riquixás (para aquisição desses veículos) e contêm todo um esquema para o reembolso desses financiamentos. As diretivas em Common Cause v. Índia estabelecem como o sangue deve ser coletado, armazenado e concedido para transfusão e como a transfusão de sangue pode ser feita livre de contaminação. Diretivas foram dadas ao governo para disseminar educação ambiental através de slider em cinemas ou em aulas especiais em escolas e colégios. A Suprema Corte baixou diretivas sobre como os filhos de prostitutas devem ser educados, sobre qual deveria ser a estrutura de pagamento de taxas em colégios privados de medicina e engenharia, para preparar uma estrutura para a construção de pavimentos em moradias, e ainda como a Central de Inteligência (...) deveria ser isolada de influências indevidas na condução de investigações contra ocupantes de cargos elevados.' As diretivas servem para preencher lacunas legislativas ou mesmo para regular matérias que ainda não foram objeto de provisão pelo legislativo e, portanto, podem ser substituídas por legislação superveniente. Assim, por exemplo, em Vishaka v. State of Rajasthan, de 1997, a Suprema Corte baixou diretivas para implementar a igualdade entre os sexos no ambiente de trabalho que estaria ameaçada por assédio sexual às mulheres em virtude da ausência de legislação a esse respeito. Por oportuno, transcreve-se desta decisão o seguinte trecho que é elucidativo acerca do alcance das diretivas judiciais indianas: 'Em vista do acima exposto e da ausência de lei promulgada para garantir a igualdade sexual e a proteção contra o assédio e o abuso sexual, mais particularmente contra o assédio sexual em ambiente de trabalho, nós baixamos as linhas e normas especificadas a seguir para serem devidamente observadas em todos os locais de trabalho ou em outras instituições, até que seja promulgada legislação com esse propósito. Isto é feito no exercício do poder disponibilizado pelo artigo 32 da Constituição para efetivação de direitos fundamentais e enfatizamos que isto deve ser tratado como lei declarada por esta Corte sobre o artigo 141 da Constituição' ".

[10] Ibidem, p. 512.

[11] Constituição da República Socialista Federativa da Iugoslávia. In: *Constituições de diversos países*, II volume, p. 89-172.

À Constituição portuguesa seguiu-se, por profunda influência desta, a Constituição brasileira de 1988 (art. 103, § 2º e art. 5º, LXXI), que consagrou, de forma inédita, a inconstitucionalidade por omissão como uma importante conquista da sociedade brasileira em busca da efetividade constitucional e da consolidação de um estado constitucional inclusivo. Com isso, deu-se início entre nós uma verdadeira virada hermenêutico-constitucional que tem contribuído para o desbloqueio da Constituição e a efetividade de suas normas.

2. A efetividade constitucional e a problemática do controle judicial das omissões do Estado

No Brasil, a inconstitucionalidade por omissão só veio a ser reconhecida expressamente, com a Constituição de 1988. Muito embora tenha a Magna Carta brasileira recebido inspiração da Constituição portuguesa, ela teve maiores avanços, seja porque prevê duas ações constitucionais *especiais* para o controle da omissão inconstitucional (mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão), seja porque considera omissão inconstitucional qualquer medida dos órgãos políticos do Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário) e até mesmo dos órgãos simplesmente administrativos, que recuse cumprimento às imposições constitucionais ou ordens de legislar[12].

Com efeito, a Constituição brasileira prevê a inconstitucionalidade por omissão, com os seus respectivos instrumentos especiais de controle, nos seguintes dispositivos:

> Art. 5º. (...).
>
> (...).
>
> LXXI - 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;
>
> 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

[12] O próprio Canotilho (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed., Coimbra: Almedina, 1997, p. 971), após afirmar que a Constituição portuguesa deu um sentido muito restritivo à inconstitucionalidade por omissão, tendo em vista que estabeleceu como único destinatário das imposições constitucionais ou ordens de legislar o legislador, alude ao fato de que a Constituição brasileira de 1988 "tentou tornear o sentido restritivo da nossa inconstitucionalidade por omissão" ao prever o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Esqueceu o autor, entretanto, de arrolar mais uma: a argüição de descumprimento de preceito fundamental. Decerto, tal circunstância só viria a reforçar o seu entendimento.

trinta dias.

De observar-se, assim, pela leitura dos dispositivos supra transcritos, que a Constituição brasileira, além de reconhecer a categoria operativa da inconstitucionalidade por omissão, instituindo os meios jurídico-processuais de seu controle, admite que o comportamento omissivo inconstitucional pode estar ligado a atos de natureza normativa ou não, podendo existir em face de quaisquer funções do Estado, seja a legislativa, a administrativa e mesmo a judiciária.

Sem embargo, cumpre esclarecer que a previsão expressa de ações constitucionais especialmente vocacionadas para controlar as omissões inconstitucionais do Estado (notadamente o *Mandado de Injunção* e a *ADI por omissão*) não afasta o manejo das ações previstas na legislação processual, a exemplo das ações de conhecimento, de rito ordinário ou sumaríssimo, que podem ser muito eficientes no propósito de obrigar o Estado a cumprir com seus deveres constitucionais e disponibilizar as prestações sociais necessárias ao fenômeno da inclusão[13].

A inconstitucionalidade por omissão, entretanto, suscita um dos maiores problemas que a ciência do Direito Constitucional tem a se defrontar, que é definir como realizar o controle judicial da omissão inconstitucional. Como se daria esse controle? O Judiciário nele exerceria, ainda que provisoriamente, uma típica atividade de *legislador positivo*, suprindo a omissão inconstitucional dos órgãos de direção política (Legislativo e Executivo), ou obrigaria esses órgãos a pronunciar-se? Vale esclarecer que em sede de inconstitucionalidade por ação, esse problema inexiste, haja vista que a solução para o controle de constitucionalidade das leis e demais atos comissivos do Poder Público implica tão somente no exercício, pelos Tribunais, de uma competência de cassação, onde o Judiciário exerce uma atividade legislativa *negativa* (invalidação da lei, pela sua declaração de inconstitucionalidade)[14].

Defende-se a tese, teórica e cientificamente sustentável, de que o Poder Judiciário não só pode como deve, no exercício da jurisdição constitucional, *integrar* a ordem jurídica e *suprir* a omissão – que é inconstitucional, reitere-se – dos órgãos de direção política, mediante um efetivo controle dessa inação do Estado. Não estão em jogo, aqui, as oscilações político-partidárias, mas sim a *efetividade* da Constituição e o respeito pela vontade popular, fonte do

[13] CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004.

[14] Conferir, no mesmo sentido: CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro*. 2ª ed. rev. atual. amp., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 329.

maior de todos os Poderes, que é o Poder Constituinte. Ao contrário do que muitos comodamente advogam, as promessas de um Estado Constitucional Inclusivo estão a exigir essa firme postura do Judiciário, e não a repeli-la.

Não adianta afirmar que a Constituição deve ser respeitada, que ela vincula os poderes constituídos, que ela deve ser concebida como uma Constituição normativa plena (e não nominal ou semântica, na conhecida classificação ontológica de LOEWENSTEIN), e concluir asseverando que o Judiciário não pode suprir *ativamente* as indesejadas omissões do poder público, que acarretam até um pernicioso processo de mutação inconstitucional, como afirma, com singular acerto, ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ[15].

Devemos, portanto, superar preconceitos que absolutamente em nada contribuem para a solução do problema, antes mais o aprofundam num mar de escuridão e incerteza, e começar a crer em novas possibilidades. E a Constituição possibilita – todos creem nisso, mas só alguns têm a coragem de revelar – que o Judiciário assuma, provisoriamente, o centro de decisões do Legislativo e do Executivo, no exercício de uma *jurisdição constitucional comprometida com a efetividade constitucional*. E isso pode ser percebido com uma simples reflexão acerca dos poderes implícitos (quem quer a realização dos fins, concede os meios necessários para isso): se a Constituição pretende ser integralmente aplicada (pois para isso ela foi promulgada); se ela confere poderes ao Judiciário para garantir esse seu permanente desejo de ser aplicada (FINS expressamente estabelecidos), criando, para esse fim, ações constitucionais específicas; é por demais óbvio que ela afetou ao Judiciário – na relevante missão de declarar e criar o Direito – a competência para suprir todas as censuradas omissões do poder público (MEIOS implicitamente estabelecidos). Essa posição, com certeza, conta com a crença de muitos constitucionalistas, até mesmo os mais conservadores. E como diria ALF ROSS, a "eficácia de um argumento não depende da verdade da asserção, mas sim do fato desta contar com a crença do oponente".[16]

De fato, admitindo a possibilidade de omissão inconstitucional, com a previsão de meios inéditos e expeditos de seu controle, além de exigir a aplicabilidade imediata de todas as suas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, a Constituição Federal de 1988 rompe com velhos paradigmas e dá um grande passo no constitucionalismo contemporâneo, agigantando-se no combate contra a inércia indigna dos poderes constituídos,

[15] FERRAZ. Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

[16] ROSS, Alf. *Direito e Justiça*, São Paulo: EDIPRO, 2000, p. 355.

servindo-se, para esse fim, de um aparato fiscalizatório e de um sistema institucionalizado forte e legitimado.

A natureza jurídica das imposições constitucionais, a vinculação dos poderes constituídos e a caracterização do comportamento omissivo dos órgãos do Poder como inconstitucional, com a fixação dos meio jurídicos de seu controle, permitem uma conclusão inarredável: num Estado Constitucional Inclusivo, o poder público está obrigado, normativo-constitucionalmente, à adoção de todas as medidas necessárias à concretização das imposições constitucionais. Essa conclusão leva a uma outra: num Estado Constitucional Inclusivo, a proteção jurídica há de ser plena e eficiente, sem lacunas, o que pressupõe, nos casos de omissão inconstitucional que embaraça a implementação do Estado Social, o reconhecimento de um direito público subjetivo ao cidadão de exigir uma atuação positiva do Estado (inclusive um direito à legislação)[17].

Percebe-se, por conseguinte, a saliente preocupação da Constituição brasileira em conferir efetividade às suas normas, especialmente aquelas que definem os direitos e garantias fundamentais, não admitindo mais que os cidadãos fiquem em compasso de espera, ao aguardo da edição das normas reguladoras e prestações sociais faltantes. A não ser assim, corre-se o risco de presenciar uma absurda subversão na ordem jurídica, apresentando-se a omissão do legislador infraconstitucional mais eficaz que a atuação do legislador constituinte, e a inexistência de norma reguladora mais vinculante que a existência de imposições constitucionais[18]. Não sem razão ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ afirma, com propriedade, que a omissão inconstitucional implica em pernicioso processo de mutação inconstitucional. Segundo a autora, a inércia dos poderes constituídos representa inegável processo de alteração informal da Constituição. De modo que, "embora não altere a letra constitucional, altera-lhe o alcance, na medida em que paralisa a aplicação constitucional. Tal paralisação, não desejada ou prevista pelo constituinte, é de ser tida como *inconstitucional*". Em seguida, arremata a autora: "Como modalidade de mutação constitucional a inércia é processo pernicioso, que acarreta consequências desastrosas à vida constitucional dos Estados".[19]

---

[17] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra editora, 1994, p. 338-339.

[18] PIOVESAN, Flávia C.. *Proteção judicial contra omissões legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 93.

[19] FERRAZ. Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986 p. 231. Vide, ainda sobre o tema, as propostas que a autora faz visando a solucionar a

Nesse sentido, defende-se que a Constituição de 1988 promoveu uma verdadeira *revolução copernicana*, ao permitir a passagem de uma fase em que as normas constitucionais dependiam da *interpositio legislatoris* para uma quadra em que elas se aplicam (ou são suscetíveis de se aplicar) diretamente nas situações da vida. Mas não bastam as proclamações como as do art. 1º, nº 3, da Lei Fundamental da Alemanha, de 23 de maio de 1949[20]; do art. 18º, nº 1, da Constituição de Portugal, de 02 de abril de 1976[21]; do art. 53º, nº 1, da Constituição da Espanha, de 29 de dezembro de 1978[22] ou do art. 5º, § 1º, da Constituição brasileira de 1988[23] para assegurar a efetividade das normas constitucionais. É necessário um novo arranjo jurídico onde a jurisdição constitucional, bem estruturada e legitimada, garanta a força ativa da Constituição, pois sem uma justiça constitucional o princípio da constitucionalidade fica sem tradução prática[24].

Por isso mesmo, de afirmar-se que o sucesso dos meios jurídico-processuais específicos de controle da constitucionalidade da omissão e, consequentemente, o próprio controle judicial das omissões inconstitucionais do poder público, depende de uma renovada atuação do Poder Judiciário[25], o que, certamente, exigirá uma reformulação teórica na dinâmica da relação entre os poderes constituídos, com mudança na concepção clássica do princípio da separação dos poderes, em busca da realização constitucional e do respeito à vontade do Poder Constituinte. Nesse contexto, como registra MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, "o papel do Judiciário torna-se acentuadamente de caráter político". Isto porque, ainda segundo o autor,

> no caso do controle de constitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade,

problemática da omissão inconstitucional, em "Inconstitucionalidade por omissão: uma proposta para a Constituinte". In: *Revista de Informação Legislativa*, 89:49-62, Brasília, 1986.

[20] Artigo 1º, n. 3, da Lei Fundamental da Alemanha: "Os direitos fundamentais aqui enunciados constituem preceitos jurídicos diretamente aplicáveis, que vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judicial".

[21] Artigo 18º, n. 1, da Constituição de Portugal: "Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas".

[22] Artigo 53º, n. 1, da Constituição da Espanha: "Os direitos e as liberdades reconhecidos no capítulo II do presente título vinculam todos os Poderes Públicos. (...)".

[23] Artigo 5º, § 1º, da Constituição Brasileira: "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

[24] STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 31.

[25] O próprio Clèmerson Merlin Clève (op. cit., p. 338), que aparentemente é contrário a uma postura mais ativa do Judiciário, após analisar o controle da omissão inconstitucional em vários países (Alemanha, Itália e Espanha) que nem sequer o prevêem em suas Constituições, assevera que "Em matéria constitucional, a garantia da normatividade depende menos da previsão de inusitados meios proces-suais do que de uma específica formação dos homens que julgam".

> que se generaliza, e a ação direta de constitucionalidade fazem dele um *legislador negativo*, enquanto a ação de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção o impelem a tornar-se um *legislador ativo*. Por isso, a Constituição *judicializa o fenômeno político*. Mas isso não se faz sem a *politicização da justiça* [26] (grifado no original).

Fortalecem-se, com isso, o Estado Constitucional de Direito e as instituições democráticas, que passam a servir ao propósito da inclusão social e redução das desigualdades, e privilegiam-se, ademais, a supremacia e efetividade da Constituição e a sua própria concepção como um plano normativo-material global do Estado e da Sociedade.

Em suma, o reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão reforça a efetividade constitucional e exige uma justiça constitucional de progresso e desenvolvimento, destinado à expansão e concretização dos direitos fundamentais da pessoa humana.

A seguir, serão tecidas algumas considerações, necessárias para o reconhecimento da efetividade constitucional, relativamente à aplicabilidade direta e imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais.

3. A efetividade constitucional e a aplicabilidade direta e imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais

A Constituição de 1988, ao lado de abrigar a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, consagrou o princípio da *aplicabilidade imediata* das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais. Com efeito, conforme o seu art. 5º, § 1º, as *normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*.

O que significa esse princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais? Defende-se que toda e qualquer norma constitucional, sem qualquer exceção, é dotada de eficácia jurídica, apenas variando sua carga eficacial, ora para mais, ora para menos, consoante o grau de normatividade que lhe tenha sido outorgado pela própria Constituição. Isto significa que, embora todas as disposições constitucionais enunciem efetivas normas jurídicas, nem todas têm o mesmo alcance e significação normativos.

Segundo a Constituição de 1988, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, o que significa afirmar que, em princípio, essas normas

[26] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Poder Judiciário na Constituição de 1988*, p. 11. RDA 198:1-17, out./dez. 1994.

têm eficácia plena, não sendo dependentes de qualquer interposição do legislador para lograrem a efetividade ou eficácia social. Todavia, o assunto não é tão simples assim, pois, a despeito de expressa previsão constitucional (CF/88, art. 5º, § 1º), as normas definidoras de direitos fundamentais longe estão de se identificarem funcional e normativamente, o que dificulta, em demasia, chegar-se a um tratamento uniforme sobre a matéria. Com efeito, assim como as normas constitucionais em geral, as normas definidoras de direitos fundamentais assumem feições distintas, seja de referência às funções que desempenham no ordenamento jurídico-constitucional, seja no tocante às técnicas de sua positivação. Assim, em que pese todas integrarem a mesma categoria jurídico-normativa e serem rotuladas de normas definidoras de direitos fundamentais, elas – em razão das distintas funções que exercem e das diferentes técnicas de positivação às quais se submeteram – não são dotadas da mesma carga eficacial.

Por conseguinte, para o enfrentamento da complexa problemática da eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais, é necessário considerar-se as múltiplas funções desempenhadas por esses direitos (funções de defesa e de prestação) e as variadas técnicas de sua positivação no texto da Constituição, uma vez que esses fatores estão em íntima conexão com a carga de eficácia dos direitos fundamentais. Entretanto, não obstante isso seja fato, afirme-se, desde já, a posição aqui adotada, que defende a aplicação imediata de todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, independentemente do seu grau de eficácia, cuja variação representará, decerto, algumas dificuldades na efetivação dos direitos ali versados. Mas, olvidar as dificuldades não obsta que elas se apresentem. Por isso, e por julgar-se pertinente, nos próximos itens será examinada a aplicação imediata das normas dos direitos de *defesa* e de *prestação*.

3.1. A efetividade constitucional e a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais de defesa

Os direitos de defesa são aqueles que demarcam um âmbito de proteção do indivíduo, pondo-o a salvo de qualquer investida abusiva por parte do Estado. Criam, assim, verdadeiras *posições subjetivas* que outorgam ao sujeito o poder de exercer positivamente os próprios direitos (*liberdade positiva*) e de exigir omissões dos poderes estatais e de particulares, de modo a evitar agressões lesivas por parte destes (*liberdade negativa*).

Daí já se percebe que esses direitos fundamentais, por traduzirem, essencialmente, a exigibilidade de uma *abstenção* por parte dos órgãos estatais, não manifestam maiores dificuldades quanto à sua direta e imediata aplicabilidade, já que não se estendem a esse grupo de direitos as razões normalmente invocadas contra a aplicabilidade imediata dos direitos sociais prestacionais (como os limites fáticos impostos pela chamada "reserva do possível" e a falta de legitimação do Poder Judiciário para a definição do conteúdo e alcance das prestações), embora se possa afirmar que no Estado contemporâneo esses direitos fundamentais clássicos estão cada vez mais dependentes da prestação de determinados serviços públicos, sem os quais o indivíduo sofre ameaças de sua liberdade[27]. E a prática tem demonstrado que, salvo algumas exceções, esses direitos têm obtido razoável tutela do Poder Judiciário, com a declaração de nulidade de atos dos outros Poderes que violam a esfera juridicamente protegida do indivíduo. E isso se deve, fundamentalmente, como acentua BARROSO[28], a duas ordens de razões. Uma, de natureza ideológica, uma vez que os direitos de defesa sempre foram a bandeira do pensamento político burguês que representa, hodiernamente, a classe dominante, de modo que eles traduzem a proteção jurídica dos interesses dessa classe e sua concretização, por isso mesmo, não encontra empeço de natureza política. E outra, de natureza operacional, na medida em que esses direitos têm por conteúdo, essencialmente, uma abstenção por parte do Estado ou do particular, e sua realização, por conseguinte, não depende de qualquer prestação dos órgãos estatais, para além de ter em seu benefício a própria *lei da inércia*.

Tome-se como exemplos o direito de liberdade de expressão, vedada qualquer censura (CF, art. 5º, IX); o direito à inviolabilidade da casa (CF, art. 5º, XI); o direito de liberdade de locomoção e de não ser preso arbitrariamente (CF, art. 5º, LXI, ou seja, fora dos moldes permitidos pela Constituição); o direito de propriedade (CF, art. 5º, XXII); o direito de não ser tributado para fins de confisco (CF, art. 150, IV), entre outros.

Desses direitos fundamentais de defesa decorrem para o indivíduo uma posição jurídica favorável de exigir do Estado ou de particulares um dever de abstenção da prática de quaisquer atos que venham a afetá-los. E essa exigência se dá independentemente de qualquer

[27] Conferir, a propósito, KRELL, Andreas J.. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 47.

[28] BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 4ª ed., amp. atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 107.

atividade do legislador. Nesse caso, a lei pode servir tão só para eventual restrição permitida constitucionalmente ou regulação prática de caráter geral e uniforme.

Nesse sentido, esses direitos podem ser imediatamente usufruídos pelos seus titulares, sendo exigíveis até judicialmente, em caso de violação, uma vez que se acham aptos, desde logo, a desencadear todos os efeitos jurídicos para os quais estão preordenados.

3.2. A efetividade constitucional e a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais a prestação

As maiores dificuldades na aplicação imediata dos direitos fundamentais manifestam-se aqui, entre os *direitos a prestação*, que têm por objeto uma *conduta positiva* por parte do Estado, consistente, via de regra, numa prestação de natureza fática ou normativa. E é exatamente em razão desse objeto que paira sobre esse grupo de direitos fundamentais forte testilha doutrinária, a revelar os desafios da efetividade dos direitos sociais.

Os direitos fundamentais a prestações, por não se reduzirem a prestações materiais sociais, compreendem os direitos fundamentais de proteção (no sentido de direitos a medidas ativas de proteção de posições jurídicas fundamentais dos indivíduos por parte do Estado) e os direitos à participação na organização e procedimento, de tal modo que os direitos a prestações, como gênero, englobam, como espécies, os *direitos a prestações em sentido amplo* (compreendendo os direitos à proteção e os direitos à participação na organização e procedimento) e os *direitos a prestações em sentido estrito* (que são os direitos a prestações materiais sociais, ou, simplesmente, direitos sociais).

Enfim, os direitos fundamentais como direitos a prestações são aquelas posições jurídicas que habilitam o indivíduo a *exigir* do Estado uma *postura ativa*, no sentido de que este coloque à disposição daquele, prestações de natureza jurídica ou material, consideradas necessárias para implementar as condições fáticas que permitam o efetivo exercício das liberdades fundamentais. Todos os direitos que exprimem uma posição jurídica dirigida a um comportamento ativo por parte do Estado e, consequentemente, não se enquadram na categoria dos direitos de defesa, são direitos fundamentais a prestações. Vale dizer, são direitos que exercem a função de *status positivus* (na teoria dos quatro *status* de JELLINEK), na medida em que caracterizados pela dimensão prestacional que lhes é peculiar e que os distingue dos direitos de defesa.

Diversamente dos direitos de defesa, para cuja tutela necessita-se apenas que o Estado não permita sua violação, os direitos sociais não podem ser tão somente "atribuídos" ao indivíduo, pois exigem permanente ação do Estado na realização dos programas sociais voltados à inclusão social. A questão a ser ventilada neste item do trabalho diz respeito, fundamentalmente, à plena eficácia e aplicabilidade imediata desses direitos que, como projeção direta da dignidade da pessoa humana, deve ser, desde logo, reconhecida e assegurada, até porque *todos os direitos fundamentais, qualquer que seja a sua natureza, são direitos diretamente aplicáveis, vinculam todos os Poderes, especialmente o Legislativo, e essa vinculação se submete ao controle judicial*.

A *força dirigente* e *determinante* dos direitos fundamentais a prestação, particularmente os direitos sociais, *inverte* o objeto clássico da pretensão jurídica fundada num direito subjetivo: de uma *pretensão de omissão* dos poderes públicos transita-se para uma *proibição de omissão*. Quer dizer, com o advento da Constituição dirigente e, com ela, do Estado Social, do direito a exigir que o Estado se *abstenha de interferir* nos direitos do indivíduo *transita-se* para o direito a exigir que o Estado *intervenha* ativamente no sentido de assegurar prestações aos indivíduos[29]. Desse modo, a problemática da violação dos direitos fundamentais não se cinge a atos positivos do poder público. Compreende, com acentuado destaque, a falta de prestações e a inércia normativa dos órgãos de direção política. Destarte, como asseverado por CANOTILHO, "*a problemática dos direitos fundamentais não se sintetiza hoje na fórmula: 'a lei apenas no âmbito dos direitos fundamentais'; exige um complemento: 'a lei como exigência de realização concreta dos direitos fundamentais'* "[30]. Nesse contexto, avulta a importância de um estudo científico a justificar o controle judicial das omissões do poder público.

Cumpre explicitar que os direitos sociais, para serem usufruídos, reclamam, em face de suas peculiaridades, a disponibilidade das prestações materiais que constituem seu objeto, já que tutelam interesses e bens voltados à realização da justiça social. Daí dizer-se correntemente que os direitos sociais não são direitos *contra* o Estado, mas sim direitos *por meio* do Estado, porquanto exigem dos órgãos do poder público certas prestações materiais. Com efeito, na esteira de BÖCKENFÖRDE, se com os direitos sociais

> a liberdade jurídica deve poder converter-se em liberdade real, seus titulares precisam de uma participação básica nos bens sociais materiais; e essa participação

[29] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, p. 365.

[30] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, p. 363-364.

> nos bens materiais é uma parte da liberdade, dado que é um pressuposto para sua realização. Os Direitos Fundamentais Sociais tendem ao asseguramento dessa participação nos Bens Materiais: o direito ao trabalho, à habitação, à educação, à saúde, etc.[31].

As prestações-objeto dos direitos fundamentais sociais correspondem, pois, a bens materiais economicamente relevantes e consideráveis, cuja efetivação – é certo – depende da disponibilidade econômica do Estado, que é, a rigor, o principal destinatário da norma. Vale dizer, o objeto dos direitos sociais depende da existência de recursos financeiros ou meios jurídicos necessários a satisfazê-lo. Daí se sustentar, em doutrina, que os direitos sociais sujeitam-se a uma *reserva do possível*, aqui entendida como a possibilidade de disposição econômica e jurídica por parte do destinatário da norma. Mas não é só. Em regra, esses direitos sociais, como se costuma apontar, também dependem de concretização legislativa executora das prestações que constituem seu objeto, dado o fato de que, por não disporem, em nível da Constituição, de conteúdo normativo determinado e consistente (problemas diretamente relacionados com a forma de positivação desses direitos, ou seja, à sua estrutura normativa), só o legislador ordinário pode conformá-los (liberdade de conformação), dando-lhes suficiente densidade normativa. Aí reside, por certo, o cerne da problemática da aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais, não faltando quem negue, em face desses aspectos, a aplicação imediata desses direitos. Autores há, inclusive, que qualificam os direitos sociais de "direitos relativos", por se tornarem exigíveis apenas depois de concretizados pelo legislador, em contraposição aos direitos de defesa, ilustrados como "direitos absolutos", por serem exigíveis desde logo, sem necessidade de mediação legislativa. Ainda há, outrossim, ante essa circunstância, quem denomine esses direitos sociais de "direitos na medida da lei" (*Massgabegrundrechte*)[32].

Essas características gerais ora apontadas dificultam, mas não negam e jamais podem negar, a judicialização dos direitos sociais. Em razão delas costuma ser recusada a estes direitos a condição de verdadeiros direitos subjetivos, com o que não se pode, efetivamente, concordar. Essas características dos direitos sociais não têm o condão de obstar ou embaraçar a sua plena e imediata aplicabilidade, como será ao diante demonstrado.

Ora, na hodierna dogmática constitucional, com a influência do neoconstitucionalismo, assiste-se, sem dúvida, a um deslocamento da doutrina dos *direitos*

---

[31] BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, p. 74.

[32] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª ed. rev. atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 267.

fundamentais dentro da reserva de lei para a doutrina da *reserva de lei dentro dos direitos fundamentais*, de tal modo que é incogitável negar o caráter jurídico e, consequentemente, a exigibilidade e acionabilidade dos direitos fundamentais sociais, que são autênticos direitos subjetivos. Todos os direitos sociais geram imediatamente posições jurídicas favoráveis aos indivíduos, exigíveis desde logo, inobstante possam apresentar teores eficaciais distintos. Esses direitos, portanto, "são verdadeiros 'direitos subjetivos', na acepção mais comum da palavra"[33], máxime quando necessários à garantia do padrão mínimo social.

A doutrina vem estabelecendo a distinção entre os *direitos originários a prestações* (ou direitos sociais originários) e os *direitos derivados a prestações* (ou direitos sociais derivados). Assim, enquanto os direitos originários a prestações são aqueles que geram posições jurídicas subjetivas, que podem ser diretamente deduzidas das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais sociais, independentemente de concretização legislativa, os direitos derivados a prestações correspondem, na verdade, às posições jurídicas subjetivas já concretizadas pelo legislador e que somente podem ser sacadas, não diretamente das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais sociais, mas da concretização destas pelo legislador infraconstitucional.

Esses direitos derivados a prestações têm por propósito garantir, basicamente, a possibilidade de igual participação nas prestações materiais já existentes, com base no princípio da igualdade. Desse modo, inexistem maiores dificuldades acerca da imediata possibilidade de desfrute desses direitos, de modo que, na hipótese de o indivíduo ser excluído abusivamente do gozo de alguma prestação já existente e mantida pelo Estado, nasce para ele um direito subjetivo de natureza defensiva, com vistas a obstar qualquer discrímen e a garanti-lo do acesso à prestação desejada[34]. Assim, onde já foi implantado o serviço público necessário para a satisfação de um direito social derivado, a sua não prestação em desacordo com a lei pode ser atacada com a propositura da ação adequado. Isto ocorre, por exemplo, quando um hospital público nega o internamento de uma pessoa doente, não obstante a existência de vagas, ou se recusa a fornecer um determinado medicamento[35].

---

[33] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre Justiça Social. In: *Revista de Direito Público*, nº 57-58, 1981, p. 255.

[34] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª ed. rev. atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 278-279.

[35] O STF vem reconhecendo, nessa hipótese, a existência de direito subjetivo público. Confira-se ementa do acórdão lavrado no RE 267.612-RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 23.08.2000. EMENTA: PACIENTES COM HIV/AIDS. PESSOAS DESTITUIDAS DE RECURSOS FINANCEIROS. DIREITO A VIDA E A SAUDE. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. DEVER CONSTITUCIONAL DO

Já se percebe, à evidência, que o enfoque a ser dado aqui recai sobre os direitos originários a prestações que, reitere-se, são aqueles que possibilitam – a partir da norma constitucional e independentemente de qualquer *interpositio legislatoris* – o exercício imediato das prestações que lhes constituem o objeto. São os direitos subjetivos a prestações, ou seja, direitos subjetivos extraídos diretamente das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais sociais. De feito, esses direitos proporcionam o reconhecimento, a partir diretamente da Constituição, de um direito subjetivo a prestações sociais, de tal modo que investem o indivíduo da posição jurídica subjetiva de exigir do Estado, até judicialmente, as prestações materiais concretas que constituem seu objeto. Assim, os direitos fundamentais sociais originários a prestações são autênticos direitos subjetivos a prestações. Ou seja, as normas constitucionais definidoras de direitos sociais são fontes de direitos subjetivos e obrigações e reclamam, por conseguinte, um papel mais ativo e renovado do Poder Judiciário em caso de omissões inconstitucionais.

Os que objetam a existência desses direitos originários a prestações, na condição de direitos subjetivos, e, consequentemente, negam a aplicabilidade imediata dos direitos sociais, normalmente invocam, inicialmente, o argumento de que os dispositivos que os prevêem são abertos, indeterminados e imprecisos, surgindo daí a necessidade, segundo sustentam, de integração legislativa.

Indiscutivelmente, esse argumento não pode prosperar. Com efeito, a existência de expressões ou conceitos vagos ou indeterminados não é, e nunca foi, obstáculo à aplicação imediata das normas jurídicas, notadamente das normas jurídico-constitucionais definidoras de direitos fundamentais, que gozam, por determinação da própria Constituição (art. 5º, § 1º), de plena eficácia e aplicabilidade direta e imediata. Esse argumento é ainda mais frágil,

---

ESTADO (CF, ARTS. 5., CAPUT, E 196). PRECEDENTES (STF) - O direito público subjetivo a saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da Republica (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário a assistência médico-hospitalar. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Publico, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. - A legislação editada pelo Estado do Rio Grande do Sul (consubstanciada nas Leis n.s 9.908/93, 9.828/93 e 10.529/95), ao instituir programa de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5., caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.

quando, ademais, se tem consciência de que, no sistema jurídico brasileiro, constitui missão indeclinável dos juízes e tribunais – para o fim de assegurar o exercício do direito, dele afastando qualquer tipo de lesão ou ameaça (CF, art. 5º, XXXV) –, a determinação, *in concreto*, do conteúdo e alcance dos preceitos normativos, exatificando os conceitos abertos e integrando as lacunas ou omissões porventura existentes, para tanto se valendo da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito (LINDB, art. 4º e CPP, art. 126), além de uma atividade de interpretação criativa e concretizadora.

Acrescente-se, ainda, que por mais vago que seja o conceito ou a expressão utilizada na definição dos direitos sociais, sempre haverá um núcleo essencial incontestável. É, portanto, puramente ideológico, e não científico, o entendimento que faz depender de lei o exercício dos direitos sociais definidos em termos fluidos ou vagos[36]. Muito pelo contrário, parte-se da premissa de que como os direitos sociais são frequentemente definidos em termos muito vagos e fluidos, mostra-se inevitável o elevado grau de criatividade do juiz chamado a interpretá-los[37]. A não ser assim, o juiz ou tribunal investido na relevante função de efetivar a Constituição é desafiado pelo dilema de dar conteúdo aos fluidos e vagos conceitos reveladores de direitos sociais, ou considerar como não vinculante exatamente o núcleo essencial e central das Constituições contemporâneas, representado pelos direitos fundamentais. Esta última alternativa, evidentemente, mostra-se dificilmente defensável, uma vez que ela implica que os juízes, cuja função essencial é justamente a de proteger os direitos fundamentais, tenham de renunciar a desempenhar o papel de guardiões desses direitos[38].

Ainda alegam os refratários da aplicabilidade imediata dos direitos sociais a necessidade da *interpositio legislatoris* para a conformação do conteúdo e do alcance das prestações que constituem o objeto desses direitos fundamentais. BÖCKENFÖRDE, por exemplo, sustenta que as prestações sociais reclamadas pelos direitos fundamentais sociais são tão genéricas que esses direitos não podem fundamentar diretamente pretensões exigíveis judicialmente, não se apresentando, portanto, como direitos imediatamente desfrutáveis pelo

---

[36] MELLO, Celso Antônio Bandeira de, op. cit., p. 245. Esse autor, à guisa de conclusões genéricas de sua excelente tese, sustenta, definitivamente, que a "existência dos chamados conceitos vagos, fluidos ou imprecisos, nas regras concernentes à Justiça Social não é impediente a que o Judiciário lhes reconheça, *in concreto*, o âmbito significativo. Esta missão é realizada habitualmente pelo juiz nas distintas áreas do Direito e sobretudo no direito privado. Além disso, por mais fluido que seja um conceito, terá sempre um núcleo significativo indisputável" (p. 255).

[37] CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*, p. 60.

[38] Ibidem, p. 68.

cidadão, quando ainda estão no nível da Constituição, antes, pois, de sua conformação legislativa[39]. São, tão somente, direitos sociais derivados à prestação.

Nada mais equivocado. Ora, a Constituição não reconhece direitos fundamentais sem conteúdo. Sempre haverá um conteúdo mínimo e essencial, a possibilitar a perfeita e imediata fruição dos direitos conferidos. E a depender da hipótese, deve e pode o Judiciário completar a norma, compondo construtivamente o conteúdo dos direitos fundamentais por ocasião de sua aplicação no caso concreto, sem que se cogite de qualquer ofensa ao princípio da separação dos poderes, uma vez que os direitos são "dotados de força normativa autónoma contra ou na ausência do legislador"[40], e é tarefa constitucional do Judiciário fazê-los aplicar. Se se trata de direitos fundamentais, seu titular se encontra imediatamente investido do poder jurídico de exigir prontamente, pela via judicial, a prestação correspondente a seu objeto, sempre que o obrigado deixar de satisfazê-la, até porque "direito é direito e, ao ângulo subjetivo, ele designa uma específica posição jurídica. Não pode o Poder Judiciário negar-lhe a tutela, quando requerida, sob o fundamento de ser um direito não exigível. Juridicamente, isso não existe"[41]. Assim, é puramente ideológica, e não científica, a oposição que ainda hoje se faz à efetivação, por via judicial, dos direitos sociais[42].

Por último, não se pode concordar com aqueles que sustentam, com base na doutrina estrangeira, encontrar-se a eficácia dos direitos fundamentais dependente do limite fático da *reserva do possível*, porque sempre haverá um meio de remanejar os recursos disponíveis, retirando-os de outras áreas (transporte, fomento econômico, serviço da dívida, etc.), onde sua aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos mais essenciais da pessoa humana, como a vida, a integridade física, a saúde[43] e a educação, por exemplo. Ademais, os problemas de "caixa" não podem ser guindados a obstáculos à efetivação dos direitos sociais, pois imaginar que a realização desses direitos depende de "caixas cheios" do Estado significa

---

[39] BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, op. cit., p. 78.

[40] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Tomemos a Sério o Silêncio dos Poderes Públicos – O Direito à Emanação de Normas Jurídicas e a Proteção Judicial contra as Omissões Normativas*, p. 359.

[41] BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 4ª ed., amp. atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 113-114.

[42] BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 4ª ed., amp. atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 106.

[43] KRELL, Adreas J.. *Direito Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional "comparado"*, p. 53.

reduzir a sua eficácia a *zero*[44], o que representaria uma violenta frustração da vontade constituinte.

De mais a mais, não se pode aceitar o entendimento de certos autores que só vislumbram os direitos subjetivos a partir dos direitos sociais na sua versão *negativa*, só admitindo aqueles direitos subjetivos quando o legislador ou a administração pública proceda de modo contrário aos objetivos neles expressados. Para tais autores, o direito subjetivo se circunscreve a tão somente impedir que os órgãos do poder formulem atos contrários a esses direitos fundamentais sociais: qualquer lei que atente contra os objetivos dos direitos sociais é inconstitucional, surgindo daí o direito subjetivo de recusá-la.

Há autores, entretanto, que buscam soluções as mais diversas para tentar contornar esses óbices geralmente opostos ao reconhecimento de direitos originários a prestações. Nesse sentido, CHRISTIAN STARCK[45], apesar de contrário à doutrina dos direitos subjetivos a prestações, admite que, em certos casos, é possível deduzir diretamente das normas constitucionais direitos fundamentais sociais, desde que: a) seja urgente e necessário para assegurar materialmente uma liberdade fundamental; b) seja determinado ou, ao menos, determinável o conteúdo da prestação que lhes constitui objeto, para evitar a obrigatoriedade da intermediação legislativa, e c) exista a garantia dos recursos necessários sem que implique qualquer intervenção nos orçamentos públicos, o que contornaria, simultaneamente, os obstáculos representados pelos limites fáticos da reserva do possível e da falta de competência do judiciário em matéria orçamentária.

Já RÜDIGER BREUER[46] só admite os direitos originários a prestações quando indispensáveis à manutenção das liberdades fundamentais. Esse autor, defensor da solução de cunho minimalista, sustenta que os direitos sociais originários somente podem ser reconhecidos se o legislador, a quem cabe, em princípio, a função de garantir um padrão mínimo existencial, descumprir essa sua função, pondo em risco as liberdades fundamentais.

---

44 Ibidem, p. 54.

45 Staatliche Organisation und staatliche Finanzierung als Hilfen zu Grundrechtsverwirklichungen? In: C. Starck (Org.). *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus anal des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, vol II, Tübingen: J. C. Mohr (Paul Siebeck), 1976, p. 526, *apud* Ingo Wolfgang Sarlet, op. cit., p. 316.

46 Grundrechte als Anspruchsnormen. In: *Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung, Festgabe aus Anlass des 25 jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts*, München: C. H. Beck, 1978, p.91 e ss., *apud* Ingo Wolfgang Sarlet, op. cit., p. 317.

Desse modo, ante a necessidade de se assegurar a existência de um padrão mínimo, deve-se reconhecer direitos subjetivos a prestações. E no âmbito de um padrão minimalista não tem aplicação o obstáculo da invasão da competência do legislador.

Também tentando conciliar as diversas posições contrárias e favoráveis acerca do reconhecimento dos direitos originários a prestações, ROBERT ALEXY[47], partindo da ideia reitora de que os direitos fundamentais "son posiciones que, desde el punto de vista del derecho constitucional, son tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar librado a la simple mayoría parlamentaria", propõe a inovadora ideia de ponderação entre princípios, sugerindo que, em face do caso concreto, se avalie qual dos princípios em jogo prevalecerá, se o princípio da liberdade real, de um lado, ou os princípios da separação dos poderes e aqueles que asseguram a liberdade de terceiros, de outro, já que nenhum desses princípios assume feições absolutas.

Esse modelo proposto, segundo admite o próprio ALEXY, não especifica quais direitos fundamentais sociais definitivos tem o indivíduo, mas apenas quais ele pode vir a ter: "La respuesta detallada a esta cuestión es tarea de la dogmática de los diferentes derechos fundamentales sociales". Todavia, é possível dar uma resposta geral, diz ALEXY, de tal modo que os direitos subjetivos a prestações deverão ser sempre reconhecidos, quando urgentes e imprescindíveis à garantia material das liberdades fundamentais (liberdade fática), e quando os outros princípios contrapostos sofrerem reduzida e proporcional restrição. Essas exigências estarão, segundo ele, nitidamente satisfeitas no âmbito dos direitos sociais que correspondem a um *padrão mínimo essencial* para uma existência digna, ou seja, os direitos sociais mínimos, de que são exemplos os direitos à saúde e educação. Por esse raciocínio, apreende-se do pensamento de ALEXY que os direitos subjetivos a prestações só podem ser reconhecidos se – ponderados os valores em colisão e dentro de uma restrição proporcional

[47] ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. 2ª reimp. trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 494 e ss. De acordo com o modelo de Alexy, o indivíduo tem um direito *definitivo* a prestação, ou seja, um direito subjetivo a prestação quando o princípio da liberdade fática tem um peso maior que os princípios formais e materiais opostos, tomados em seu conjunto. Este é o caso, por exemplo, diz ele, dos direitos fundamentais sociais mínimos, por não terem eles conteúdo objetivo excessivo. Quando os direitos fundamentais dispõem de conteúdo claramente excessivo, eles são direitos *prima facie*, que implicam em deveres *prima facie* para Estado. Isso não significa, entretanto, que não sejam vinculantes: "Sería un error considerar a los deberes *prima facie*, en la medida en que a ellos no corresponde ningún deber definitivo, es decir, en el ámbito de lo excesivo, como deberes no vinculantes o como enunciados puramente programáticos. (...) Para el no cumplimiento de un deber *prima facie*, tiene que existir, desde el punto de vista del derecho, razones aceptables; pero ello no rige para el caso del no cumplimiento de un deber juridicamente no vinculante. Un deber *prima facie* puede, si no existe ninguna razón aceptable para su no cumplimiento, conducir a un deber definitivo; un deber no vinculante, nunca" (p. 500).

dos bens jurídicos em tensão –, restar induvidosa a necessidade de se assegurar uma condição mínima existencial em decorrência da dignidade da pessoa humana.

Apesar dessas posições conciliatórias, observa-se que os autores citados condicionam o reconhecimento da imediata aplicação dos direitos sociais ao afastamento dos obstáculos normalmente invocados para a negação dos direitos subjetivos a prestações. O que significa, *contrário sensu*, que, não contornados os óbices referidos, o direito não pode ser imediatamente exercido. A proposta aqui defendida, contudo, é no sentido do pleno reconhecimento dos direitos originários a prestações, como condição à efetiva garantia do *mínimo existencial*, razão porque se sustenta a imediata aplicação dos direitos sociais.

As objeções que usualmente são apontadas contra essa imediata aplicabilidade é que não podem prevalecer, ante a inquestionável vontade do constituinte de ver os direitos fundamentais que consagra, diretamente usufruídos por seus titulares, independentemente da vontade do legislador ordinário. Esclareça-se, porém, que o "mínimo existencial" ou "padrão mínimo social", como objeto de imediata e irrecusável garantia dos direitos sociais, compreende um completo, eficiente e qualificado atendimento básico das necessitais vitais do indivíduo, como saúde, educação, alimentação, moradia, assistência, variando seu conteúdo, evidentemente, de país para país[48]. Assim, a proposta deste ensaio, que se radica em bases científicas, não pode ser confundida com argumentos que se encontram nos extremos do tudo ou nada.

A proposta de ALEXY é a que mais se aproxima do que aqui se defende. Com efeito, quando o autor afirma que as objeções que habitualmente se dirigem contra a imediata aplicação dos direitos fundamentais sociais cedem ante o valor *dignidade da pessoa humana*, devendo-se, nessa hipótese, admitir os direitos subjetivos a prestações, ou, como ele próprio chama, direitos *definitivos* a prestações, sua compreensão acerca do tema não está longe do entendimento aqui exposto, no sentido de que todos os direitos sociais gozam de aplicação imediata, já que estes, como se viu, são decorrência direta do princípio da suprema dignidade da pessoa humana, que se encontra na base de todos os direitos fundamentais, notadamente dos direitos sociais. A ponderação proposta por ALEXY só será indispensável quando houver uma colisão concreta entre os próprios direitos fundamentais. Mas aí já não estamos diante da problemática da aplicação imediata desses direitos, mas sim da necessidade de harmonizá-los,

[48] KRELL, Andreas J., op. cit., p. 63.

a partir de uma relação de precedência condicionada, ante o peso que terão em face do caso concreto, uma vez que pressuposta, pois, sua imediata aplicabilidade.

Em suma, consideram-se incoerentes com a pretensão de eficácia e efetividade da Constituição e dos direitos fundamentais sociais todos os argumentos que correntemente são invocados em desfavor da anuência dos direitos subjetivos a prestações, incluindo aqueles que só os reconhecem na sua versão negativa, ou seja, só admitindo o direito subjetivo a partir dos direitos sociais, quando o legislador ou a administração pública proceda de modo contrário aos objetivos neles expressados.

A toda evidência, não se pode permitir que os direitos fundamentais transformem-se, pela omissão do poder público, em simples aspirações, ideais ou esperanças eternamente insatisfeitas ou, ainda, mera retórica política ou pura proclamação demagógica. Impõe-se, por isso, um novo arranjo jurídico acerca da teoria dos direitos fundamentais, em que se reconheça um direito fundamental à efetivação da Constituição, que prime pela força normativa e plena aplicabilidade dos direitos fundamentais, especialmente os sociais. Discursos jurídicos que mais se preocupam com os limites impostos à efetividade dos direitos fundamentais do que com eles próprios, como os habitualmente proferidos, revelam-se estéreis ante uma dogmática constitucional emancipatória e renovadora, que tem proporcionado uma radical mudança paradigmática que envolve a ideia de que os direitos fundamentais não precisam de regulamentação para serem desfrutados e incidirem, pois simplesmente se concretizam.

Mas a efetividade constitucional, para realizar-se plenamente, também reclama o reconhecimento de um *direito subjetivo à emanação de normas*, que será objeto da análise que se segue.

4. A efetividade constitucional, o direito subjetivo à emanação de normas e o dever de legislar

Se é certo afirmar que o dever jurídico-constitucional do legislador de emanar normas destinadas a atuar as imposições constitucionais não é, de há muito, objeto de maiores contestações, não menos correto é asseverar que a maior parte da doutrina ainda resiste a

reconhecer um direito subjetivo à emanação de normas[49]. Para esta doutrina, o cidadão não tem direito a exigir judicialmente a emanação de atos normativos.

Com efeito, a recusa à aceitação desse direito, normalmente vem associada a argumentos como: a) a admissão de um direito à emanação de normas representaria uma violação ao princípio da separação de Poderes; b) esse direito pressupõe um direito subjetivo do cidadão, que, na hipótese, não existiria porque uma lei ou uma norma infralegal satisfaz, por definição, os interesses da coletividade, daí não se concebendo, portanto, um poder jurídico ao particular, e c) esse direito, ademais, é vazio de sentido porque não é exigível judicialmente, haja vista que os sistemas jurídico-processuais são organizados apenas para proteger o cidadão contra *atos*, mas não contra *omissões de normas* cujo dever jurídico de emanação compete a outros poderes.

A separação de Poderes não é nenhum óbice à atuação judicial concretizadora dos direitos fundamentais, sobretudo em face do advento do Estado Social, que introduziu significativas e profundas alterações nas funções clássicas dos três Poderes, confiando ao Poder Judiciário a tarefa de "arquiteto social" desse novo Estado, responsabilizando-o, igualmente, pela efetivação dos postulados da justiça social. Por isso, o velho dogma da separação está fadado, mais cedo ou mais tarde, a perder o seu lugar de destaque na teoria constitucional, de tal modo que, no constitucionalismo contemporâneo, não mais se fala em *separação*, mas sim em *equilíbrio* entre os Poderes.

E nesse sistema de equilíbrio, são adjudicadas ao Poder Judiciário novas funções de controle dos atos – comissivos e omissivos – dos poderes públicos, particularmente para garantir o exercício de um direito subjetivo à emanação de normas, máxime quando, por força de um dever jurídico plasmado na Constituição, *não existe liberdade de não normação* por parte do poder público, em razão de a omissão normativa impedir o desfrute de um direito fundamental constitucionalmente consagrado. Assim, a partir do paradigma do novo Estado Social a caracterizar um Estado Constitucional Inclusivo e, consequentemente, do reconhecimento de um conjunto de tarefas a serem desenvolvidas e cumpridas por esse Estado, por imperativos da justiça social, resulta evidente que a satisfação destes "deveres" estatais condiciona a legitimidade do desempenho das funções do poder público, em especial

[49] Utilizamos a denominação *direito à emanação de normas* ou *à normação*, porque é mais extensa do que *direito à legislação*, uma vez que aquela abrange, além das leis, os regulamentos e outros atos normativos.

de suas funções normativas (incluindo as legislativas), cujo controle de legitimidade cumpre, inevitavelmente, ao Poder Judiciário.

Ademais, no âmbito de uma evoluída democracia participativa (fórmula política que o Brasil também acolhe, conforme art. 5º, LXXIII e art. 14, I, II e III da CF/88), que tende a assegurar ao cidadão, cada vez mais, uma ativa participação nos processos de deliberação política, associada ao quadro de um extenso catálogo de direitos fundamentais, é impossível não lhe reconhecer, para além dos interesses da coletividade, uma posição jurídica individual constitucionalmente protegida.

Com efeito, como aponta CANOTILHO, a

> democracia, o Estado de Direito e os direitos fundamentais exigem a garantia de um status activus, de um status positivus e de um status activus processualis e pressupõem que, pelo menos, se presuma que os 'interesses dignos de protecção' sejam interesses juridicamente protegidos, e que as vantagens jurídico-objectivamente reconhecidas se considerem, na dúvida, como garantindo um direito subjectivo", de modo que a "exigência da consideração constitucional material dos direitos subjectivos públicos (que aqui se pressupõe) implica que se dê outro passo na configuração constitucional das relações jurídicas objectivas e subjectivas: a autonomização das posições jurídicas subjectivas perante o direito legal objectivo [50] (grifado no original).

Daí porque a noção clássica de direito subjetivo se apresenta inadequada neste domínio, pois não reage às necessidades atuais do Direito Constitucional.

Destarte, opera-se agora uma inversão na ordem das dificuldades, posto que, aquelas dificuldades que outrora se agitavam contra o reconhecimento do direito subjetivo à emanação de normas encontram-se superadas, existindo atualmente, isto sim, dificuldades em sustentar-se exatamente o contrário, isto é, a não aceitação daquele direito subjetivo, sobretudo quando se evidencia que a omissão normativa *impede* o exercício dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente, causando-lhes manifesta agressão. E essa ofensa a esses direitos, por óbvio, tem repercussão jurídica, e não apenas política, a ensejar certamente a proteção judicial.

Firma-se aqui a posição, no sentido de existir um direito subjetivo público à emanação de normas, que impõe, para os órgãos com competência normativa, o dever de emitir atos normativos e para o legislador, em especial, um correspondente dever de legislar, quando indispensável ao exercício de um direito fundamental. Esclareça-se, contudo, que não se trata aí de um simples dever geral de legislação, mas sim de um *dever específico de legislar*, que se reconhece pela própria consagração constitucional da categoria jurídica da omissão

[50] *Constituição Dirigente e vinculação do legislador*, op. cit., p. 342-343.

inconstitucional (CF/88, art. 102, § 2º), e, fundamentalmente, pela força normativa da Constituição, de há muito à margem de qualquer dúvida. Releva enfatizar, na senda de CANOTILHO, que a própria omissão inconstitucional de um ato normativo terá virtualidades para garantir o reconhecimento do direito subjetivo à emanação de normas[51].

Assim, assiste ao cidadão, além do direito fundamental material definido na norma constitucional, o direito subjetivo à regulação legislativa (ou normativa, para sermos mais amplos), por meio da emissão da lei ou da norma necessária à efetivação constitucional. É como se a norma constitucional carente de regulação encerrasse dois comandos: a) o comando reconhecedor do direito material e b) o comando determinador da regulação. O dever de legislar, entretanto, pode consistir tanto na obrigação de regular norma constitucional carente de normatização como na obrigação de substituir, norma ou lei insatisfatória e incompleta, por outra que atenda integralmente a imposição constitucional. Isso reflete, aliás, as categorias *omissão total* e *omissão parcial*, como consequências jurídicas do descumprimento, respectivamente, desse dever de emanar normas.

A doutrina do direito subjetivo à emanação de normas já conta com a adesão de alguns autores brasileiros. Por todos, cumpre fazer referência a EROS ROBERTO GRAU, para quem é perfeitamente possível defender a existência de "um direito subjetivo dos cidadãos à atividade legislativa, não visualizável desde a perspectiva liberal, porém indissolúvel dos pressupostos que ensejam a consagração, sobretudo, de direitos econômicos e sociais"[52] e a GILMAR FERREIRA MENDES que, reportando-se ao mandado de injunção, assegura que

> "adoção pela Constituição brasileira de instituto especial, destinado à defesa dos direitos subjetivos constitucionalmente assegurados contra a omissão do legislador, não dá ensejo a qualquer dúvida quanto à configuração de direito subjetivo público a uma ação positiva de índole normativa por parte do legislador"[53] (grifado no original).

No plano internacional, quem melhor representa a doutrina estrangeira é CANOTILHO[54], que, ante a necessidade de uma nova abordagem das omissões normativas,

---

[51] 'Omissões normativas e deveres de proteção'. In: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; BARRETO, Ireneu Cabral; BELEZA, Teresa Pizarro et al. (orgs). *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*, p. 120.

[52] GRAU, Eros Roberto. *A Constituinte e a Constituição que teremos*, p. 45.

[53] MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, p. 308.

[54] CANOTILHO, J. J. Gomes. 'Tomemos a Sério o Silêncio dos Poderes Públicos – O Direito à Emanação de Normas Jurídicas e a Protecção Judicial contra as Omissões Normativas'. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *As garantias do Cidadão na Justiça*, p. 358-359.

propõe a revisão do superado "dogma dogmático" de que "o cidadão não tem direito a exigir, através da via judicial, a emanação de normas jurídicas", pela consideração de que: em primeiro lugar, os novos esquemas regulativos do Estado Social não mais se reduzem à dicotomia do gênero "norma jurídica/ato administrativo", circunstância que é confirmada pela diluição dos contornos conceituais da categoria norma jurídica (ele exemplifica com a "deformação" dos instrumentos legais, recordando as "leis-medida" e as "leis-fotografia" e com os instrumentos de planejamento, como os planos urbanísticos, "onde nem sempre é visível a separação entre o nível normativo-regulamentar e o nível actuativo concreto-individual); e, em segundo lugar, porque já ultrapassam a barreira do tolerável as frequentes violações dos direitos fundamentais, em razão da continuada omissão de atos normativos.

Anota que a doutrina mais moderna, embora reconhecendo as dificuldades jurídico-processuais e jurídico-políticas à defesa contra as omissões normativas, já vem indagando se a completa sujeição e indiferença dos juristas perante as omissões à emanação de normas "não equivale a uma forma encapuçada de erosão da força normativa de direitos fundamentais constitucionalmente garantidos", enfatizando o autor que os direitos fundamentais não podem ficar nas mãos do legislador e da administração, sob pena de "nos vermos forçados a reconhecer um clamoroso retrocesso jurídico-cultural na concepção de direitos fundamentais, de novo reconduzidos a apelos programáticos ao legislador (...)"[55].

O autor ainda esclarece que mesmo que se constate uma omissão normativa inconstitucional, isso não implica necessária e automaticamente o direito subjetivo à emanação de normas. É necessário, pois, que dessa omissão resulte inviabilizado concretamente um direito fundamental. Para CANOTILHO, a omissão normativa que frustre o gozo de um direito fundamental "sugere que existe uma imbricação ineliminável entre a *dimensão material* de um direito e a *dimensão procedimental-processual* do mesmo". Assim, indaga se é impossível, dogmática e juridicamente, incluir nesta dimensão procedimental-processual de um direito fundamental a *pretensão subjetiva à emanação de norma* quando o poder público *não tenha a liberdade de não agir*, em razão de a omissão normativa impedir o desfrute de um direito fundamental. E sobre essa indagação lança uma outra: qual a razão justificativa da recusa do direito à emanação de normas, jurídico-processualmente exigível, quando, por força de um dever jurídico plasmado na Constituição, *não existe liberdade de não*

[55] CANOTILHO, J. J. Gomes. 'Tomemos a Sério o Silêncio dos Poderes Públicos – O Direito à Emanação de Normas Jurídicas e a Protecção Judicial contra as Omissões Normativas'. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *As garantias do Cidadão na Justiça*, p. 359.

normação por parte dos poderes normativos, em razão de a omissão normativa impedir o exercício de um direito fundamental constitucionalmente consagrado[56].

E qual seria a via processual adequada para dar operatividade prática a esse direito contra as omissões normativas, interroga o autor português. Ou seja, indaga o citado autor se há alguma *ação constitucional de defesa* contra as omissões normativas lesivas dos direitos fundamentais. Segundo ele, respondendo à própria indagação, a Constituição brasileira de 1988 "aponta inequivocamente no sentido positivo", ao consagrar o mandado de injunção como uma ação constitucional autônoma de defesa. Essa ação, que não visa propriamente à obtenção da norma faltante, destina-se basicamente a remover o obstáculo (que é exatamente a *falta da norma*) à fruição do direito. Nesse caso, o juiz pode e deve garantir o direito, adotando providências adequadas e necessárias como as "decisões injuntivas, tipo *mandatory injunctions*, que se traduzem na realização de actos positivos através dos quais se *substitui*, mediante decisão judicial, uma actividade normativo-regulamentadora do Executivo e do Legislativo"[57].

Não se concorda, todavia, com a restrição do entendimento do autor lusitano. Com efeito, se se trata de um direito fundamental, ele pode, em casos de omissão normativa, ser efetivado diretamente pelo juiz, ainda que para tanto tenha de substituir-se ao legislador omisso, para suprir eventual omissão inconstitucional, editando normas para o caso concreto, através de uma interpretação criativa e integrativa. E assim *deve* e *pode* proceder no âmbito de qualquer ação judicial de defesa, e não somente em sede de mandado de injunção. É importante afastar, a propósito, qualquer ideia posta no sentido da impossibilidade de suprimento da omissão normativa, ao argumento de que não existiria, na hipótese, qualquer "vontade do legislador ou da norma" a ser revelada. Isto porque, como revela MARCOS GÓMEZ PUENTE[58], existe, no caso, a "vontade de omitir-se" do legislador, a propiciar inevitavelmente a integração judicial através da interpretação concretizadora, ante a força normativa da Constituição.

---

[56] CANOTILHO, J. J. Gomes. 'Tomemos a Sério o Silêncio dos Poderes Públicos – O Direito à Emanação de Normas Jurídicas e a Protecção Judicial contra as Omissões Normativas'. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *As garantias do Cidadão na Justiça*, p. 361.

[57] CANOTILHO, J. J. Gomes. 'Tomemos a Sério o Silêncio dos Poderes Públicos – O Direito à Emanação de Normas Jurídicas e a Protecção Judicial contra as Omissões Normativas'. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *As garantias do Cidadão na Justiça*, p. 364.

[58] PUENTE, Marcos Gómez. *La Inactividad del Legislador: uma realidad susceptible de control*, p. 27.

Cumpre-nos, doravante, investigar o direito subjetivo à emanação de normas, no âmbito dos chamados direitos à proteção e direitos à organização e ao procedimento.

5. Conclusão

O sucesso do Estado Constitucional Inclusivo, com o cumprimento das promessas constitucionais de redução das desigualdades e inclusão social, depende da plena e integral efetividade dos direitos fundamentais sociais. Todavia, a concretização desses direitos é um dos maiores desafios do constitucionalismo contemporâneo, que se depara com uma realidade mais propícia às omissões estatais do que com ações políticas dirigidas à garantia de um mínimo existencial.

No Brasil, a inconstitucionalidade por omissão só veio a ser reconhecida expressamente, na Constituição de 1988. Muito embora tenha a Lei Fundamental brasileira recebido inspiração da Constituição portuguesa, ela teve maiores avanços, seja porque prevê três ações constitucionais especiais para o controle da omissão inconstitucional (mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão), seja porque considera omissão inconstitucional qualquer medida dos órgãos do Poder Político (Legislativo, Executivo e Judiciário), e até mesmo dos órgãos simplesmente administrativos, que recuse cumprimento às imposições constitucionais.

Defende-se a tese, teórica e cientificamente sustentável, de que o Poder Judiciário não só pode como deve, no exercício da jurisdição constitucional, suprir a omissão – registre-se, inconstitucional – dos órgãos de direção política. Nesse sentido, percebe-se a passagem de uma fase em que as normas constitucionais dependiam da *interpositio legislatoris* para uma quadra em que elas se aplicam (ou são suscetíveis de se aplicarem) diretamente nas situações da vida. Mas não bastam – para assegurar a efetividade das normas constitucionais – as proclamações de que as normas definidoras de direitos e garantias têm aplicabilidade imediata. É necessário um novo arranjo jurídico onde a jurisdição constitucional garanta, com eficiência, a força ativa da Constituição, pois sem uma justiça constitucional, o princípio da constitucionalidade fica sem tradução prática.

A necessidade de respeitar-se a Constituição não se satisfaz apenas com a atuação positiva em conformidade com os seus preceitos. Hodiernamente se exige mais, pois omitir, total ou parcialmente, a aplicação de normas constitucionais, também constitui conduta inconstitucional.

No exercício do controle das omissões do poder público, o Judiciário interfere inevitavelmente na atividade dos outros Poderes, notadamente na atuação do legislador. E assim procede, sem dúvida, no exercício da justiça constitucional para assegurar a supremacia da Constituição, tarefa que lhe foi confiada por ela própria.

As normas definidoras de direitos fundamentais, sem exceção, têm aplicabilidade imediata, independentemente de concretização legislativa, o que permite que o titular do direito desfrute imediatamente da posição jurídica por ele consagrada. Na hipótese de eventual omissão estatal, impeditiva do gozo desses direitos, pode e deve o Judiciário, como Poder apto a proporcionar a realização concreta dos comandos normativos, quando provocado por qualquer meio processual adequado, suprir aquela omissão, completando o preceito consignador de direitos diante do caso concreto.

Ademais, as normas constitucionais que careçam da *interpositio legislatoris* ou de providências materiais, constituem em favor do cidadão um *direito subjetivo público à emanação de atos normativos e materiais* de concretização constitucional, o que implica, em consequência e primeiramente, no *dever jurídico* dos órgãos legislativo e executivo de efetivarem as normas constitucionais, hipótese em que, não sendo concretizadas em tempo razoável, e reconhecida, consequentemente, a omissão inconstitucional, deve o Poder Judiciário operar ativamente e construtivamente por meio da jurisdição constitucional, que pode ser provocada, *in concreto*, por qualquer pessoa prejudicada, e por meio de qualquer ação judicial, ou por meio de ações específicas instituídas exclusivamente para o controle das omissões do poder público, quais sejam, o mandado de injunção (no plano concreto), a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento, por omissão, de preceito fundamental (estas últimas no plano abstrato), que estão necessariamente a serviço da aplicabilidade imediata daquelas normas.

Esse direito subjetivo público à emanação de normas impõe aos órgãos com competência normativa o dever de emitir atos normativos, e ao legislador, em particular, um correspondente dever de legislar, quando indispensável ao exercício de um direito fundamental, sobretudo em razão do reconhecimento jurídico da categoria da inconstitucionalidade por omissão, de tal modo que ele investe o cidadão do direito de exigir, até judicialmente, a formulação de norma necessária para tornar efetivo direito fundamental.

6. Referências bibliográficas

AHUMADA, Maria A. 'El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas'. In: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1991.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. 2. reimp. trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 4. ed., ampl. atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 312.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 1993.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed., Coimbra: Almedina, 1997.

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra editora, 1994.

_____. Tomemos a Sério o Silêncio dos Poderes Públicos – O Direito à Emanação de Normas Jurídicas e a Protecção Judicial contra as Omissões Normativas. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *As garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 351-67.

_____. Omissões Normativas e Deveres de Proteção. In: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; BARRETO, Ireneu Cabral; BELEZA, Teresa Pizarro et al. (orgs). *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*. Coimbra: Coimbra Editora, V. II, 2001. p. 111-124.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1993.

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 Edição, São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Controle de Constitucionalidade*. 9. ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed., Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 257

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. 'Poder Judiciário na Constituição de 1988: Judicialização da política e politização da justiça. In: *Revista de Direito Administrativo*, nº 198, p. 1-17, out./dez. 1994.

GRAU, Eros Roberto. *A Constituinte e a Constituição que teremos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985.

KRELL, Adreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre Justiça Social. In: *Revista de Direito Público*, nº 57-58, 1981. p. 233-256.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra Editora, 2010.

PUENTE, Marcos Gómez. *La Inactividad del Legislador: uma realidad susceptible de control*. Madrid: McGraw-Hill, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.