

APRESENTAÇÃO

Falou-nos, não há muito, o eminente ministro Gelson de Azevedo, do Colendo T.S.T. - com espírito e muita pertinência -, sobre o magistrado e o mito de Narciso. Pouco tempo depois, em outro evento, lembrava-me do que ouvira e pensava se, aqui, não haveria uma versão coletiva daquele fenômeno, tantas e eloqüentes eram as loas cantadas à 10ª Região por quase todos os nossos juízes que se manifestaram (eu, inclusive).

Todos sempre falamos do orgulho de pertencer a esta Região, sentimento que com os demais partilho e cultivo. Orgulhamo-nos de nossa celeridade, de nossa reputação ilibada, de nossa tentativa de manter a prestação jurisdicional organizada em termos pelo menos razoáveis, de nossos colegas competentes, de nossos servidores tão compromissados e sempre dispostos a contribuir e acrescentar, da excelente convivência que cultivamos em cada instância e entre elas.

A convicção desse sentimento parece não autorizar a conclusão de que poderíamos estar cegos para a realidade ou vivendo um certo devaneio mitológico.

Com essa ótica é que também sempre experimentei grata satisfação ao receber processos em grau recursal: admiro o talento humano e o vejo presente nas decisões de meus colegas de primeiro grau. Mesmo que por formação ou convicção pessoais possamos, no Tribunal, eventualmente, reformar uma ou outra sentença, não há quem possa negar o cuidado e a expertise de quem as prolatou.

E é esta a mesma satisfação que tenho de apresentar "Constituição dirigente, o direito à legislação e as omissões inconstitucionais", artigo brilhantíssimo (como é próprio da autora) com que nos brinda a Juíza Noemia Aparecida Garcia Porto.

O tema, tratado com intelectualidade, é presente, é

instigante. Pesquisa-se a necessidade intransponível de observância da Constituição Federal, com foco para aqueles aspectos que reclamam a atuação do legislador ordinário. Como pontua a Juíza Noemia, “se o direito à legislação não se efetiva, a despeito do controle que venha a exercer o Poder Judiciário, exsurge, com toda a sua potência, o instituto da responsabilidade civil do Estado transgressor, que não purga, nada obstante o mister que lhe compete, a mora legislativa inconstitucional”. Diz que “uma tal transgressão é afrontosa, sobretudo quando representa óbice ao exercício eficiente de direitos fundamentais”. Recomenda que “o Legislador, hodiernamente, deve assumir-se como agente político autêntico, cuja responsabilidade institucional é a de dar respostas satisfatórias aos anseios da comunidade política, tendo como paradigma autêntico a moral positivada no Estado Constitucional”.

A qualidade do trabalho faz ver que a nossa devoção regional não é uma ficção, mas legítima e merecida. A leitura do artigo é, definitivamente, proveitosa!

A Escola Judicial agradece a colaboração da Juíza Noemia Aparecida Garcia Porto.

Brasília, agosto de 2004.

Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira
Juiz Vice-Coordenador da Escola Judicial
do T.R.T. da 10ª Região
Coordenador Geral do Projeto

CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE, O DIREITO À LEGISLAÇÃO E AS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS¹

Juíza Noemia Aparecida Garcia Porto²

SUMÁRIO

1. Considerações Introdutórias. 2. Constituição Dirigente: Uma Questão de Paradigmas. 3. Dever de Legislar, Direito à Legislação e Responsabilidade Estatal. 4. Omissões Legislativas Inconstitucionais e a Premência do Compromisso com a Eficácia Constitucional. 5. Conclusões

1. Considerações Introdutórias

No alvorecer dos 15 anos da Constituição do Brasil, revela-se extemporâneo qualquer discurso sobre os acertos ou desacertos da opção constituinte por um sistema diretivo; ou, para usar a expressão sugestiva inserida em artigo de doutrina de autoria de José Joaquim Gomes CANOTILHO (1996, p. 08), não é mais tempo de indagar sobre se seria adequado “rever ou romper com a constituição dirigente”.

Em primeiro eito, porque há se considerar o exaurimento do poder instituído revisor previsto no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Em segundo lugar, porque é chegada a hora de abandonar o acoplamento, antes quase inevitável, que por vezes

¹ Artigo publicado no Caderno Jurídico Ano 3 V. 3 N. 2 Março/Abril 2004. Artigo publicado originariamente no livro *Constituição federal - 15 anos : mutação e evolução : comentários e perspectivas*. São Paulo : Editora Método, 2003, p. 192/223, editado por ocasião do advento dos 15 anos da Constituição Federal de 1988, com coordenação de André Ramos Tavares, Olavo A. V. Alves Ferreira e Pedro Lenza.

² Noemia Aparecida Garcia Porto é Juíza do Trabalho Substituta; Professora de Direito Constitucional no Instituto Processus de Cultura e Aperfeiçoamento Jurídico de Brasília; Pós-Graduada em Direito Constitucional pela UnB.

ainda se faz entre o dirigismo estatal e a proposta política de consagração interna do ideário socialista. Efetivamente, há se distinguir, de um lado, a teoria da constituição dirigente, com sua metodologia jurídica específica, e, de outro, a ideologia social-comunista.

Outrossim, é estéril o campo de atuação de uma constituição que possua e permaneça com uma auto-imagem fatalista, ou, em outras palavras, de um constitucionalismo que se vê derrotado pelas dificuldades que sua amplitude traz no desbravamento a que se propôs na origem.

Já que "falar de constituição dirigente é falar de tarefas do Estado ..." (CANOTILHO, 1996, p. 11), como Peter Häberle (apud CANOTILHO, 1996, p. 12), é necessário aceitar as contingências e as implicações de se "... considerar a constitucionalização de normas-fim como uma característica do actual estágio de evolução das constituições estatais".

Urge, por isso, assumir a textura teleológica e programática da Constituição Brasileira de 1988, e revisitá-la nos seus aspectos construtivistas dignos da dimensão do Estado Democrático de Direito, desta feita não mais como um fardo, mas antes como um plexo de possibilidades, sobretudo destinadas à dignidade da pessoa humana e à cidadania, as quais lhes servem de fundamento (art. 1º, incisos II e III).

O equívoco não reside no dirigismo da vinculação normativa, mas na ausência de responsabilidade dos órgãos estatais normativamente vinculados.

E, nesse sentido, é imprescindível restabelecer a cumplicidade social que é devida à Constituição democrática.

É que a Constituição "... inobservada ou violada irá, pouco a pouco, perdendo sua autoridade com evidente descrédito das instituições e grave inconveniente para a vida nacional" (DINIZ, 1998, p. 07).

Nesse quadrante, as armadilhas da práxis não podem desautorizar a constituição, mas, ao contrário, desafiar os teóricos ao empreendimento de soluções que lhes possam fazer frente.

Vem a lume, nessa perspectiva desafiadora, as omissões inconstitucionais, as quais se encontram na contramão da supremacia constitucional.

Na verdade, os temas concernentes ao problema da eficácia das normas constitucionais têm se comprovado tormentosos para a Teoria Constitucional, sobretudo a partir da solidificação do novo regime com o Texto de 1988, isso não só em face da omissão legislativa como das omissões em gênero do poder público, agravada pela exigibilidade judicial dos direitos subjetivos constitucionais, ainda porque é garantia fundamental o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inc. XXXV).

De fato, a constituição não está reduzida ao texto que lhe confere identificação; visa, isto sim, a alcançar concretude, reiterada, continuada e atualizada.

É desconcertante, por isso, o efeito de anomia que provocam as omissões dos poderes públicos que implicam óbice ao exercício eficiente de direitos constitucionais.

Ora, a supremacia material e formal da constituição é a pedra angular de suporte à juridicidade estatal legítima e "não há democracia que se sustente quando se desrespeitam as normas constitucionais" (OLIVEIRA, 1998, p. 96-97).

Como é cediço, o desrespeito mencionado tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental.

Nesse contexto, é certo que as constituições contemporâneas trazem novo desafio ao constitucionalismo: transpor-se a era da enunciação de princípios para a época da disciplina satisfatória de direitos acionáveis (BONAVIDES, 2000, p. 207).

No particular, é certo que a preocupação centrada no exercício dos direitos constitucionais adquire especial conotação quando se trata dos direitos fundamentais.

Afirma Norberto BOBBIO (1992, p. 25-26) a sua convicção de que o problema grave do nosso tempo em relação aos direitos do homem não é fundamentá-los, mas garanti-los, esclarecendo que pode se considerar o problema dos mencionados fundamentos, em certa medida, resolvidos, remanescendo urgente firmarem-se soluções hábeis a impedir sejam eles continuamente violados, a despeito das solenes declarações de que são cercados.

A contrariedade estabelecida em relação aos direitos fundamentais pode vir sob o formato de omissões inconstitucionais, as quais comprometem os princípios da máxima efetividade e o da força normativa da Constituição³.

Sob o enfoque de tais princípios, a busca pela eficácia social deve permear as pesquisas jurídicas voltadas para o tema da eficácia jurídico-normativa da constituição, tendo em vista o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional⁴.

³ Sob o primado do princípio da Máxima Efetividade, fica evidente que Manoel Jorge e SILVA Neto, precipuamente no que diz respeito aos direitos fundamentais, desenvolve seu estudo observando que no trabalho hermenêutico deve-se buscar atribuir o sentido que confira à norma constitucional maior eficácia, com propósitos claramente concretizadores (*O princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional*. São Paulo : Ltr, 1999, p. 33-67). Konrad HESSE, de sua parte, acerca da força normativa ! sem embargo de revelar as vicissitudes e as virtudes no fortalecimento do compromisso com a Constituição jurídica !, em três momentos identifica condicionantes para a sua realização: conteúdo da Constituição que deve lograr corresponder à natureza singular do presente; a dependência, para um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição, de sua *práxis*; utilização da interpretação adequada a concretizar de forma excelente o sentido da proposição normativa, mas dentro das condições reais dominantes numa determinada situação (*A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor, 1959, p. 20-23).

⁴ O Ministro Celso de MELLO do Supremo Tribunal Federal ressaltou, a propósito, que " ... o Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de legislar, imposto em cláusula constitucional, de caráter mandatário - infringe, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional". (Informativo n. 244 do Supremo Tribunal Federal; Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 1484-DF; DJU de 28.08.01).

Assim, se de uma lado é preciso assumir o fato do dirigismo constitucional - mas ao largo das pretensões de estatização do mundo e da vida -, de outro, é certo que ainda não foi percorrido satisfatoriamente o caminho rumo às possibilidades e à efetividade dos preceitos constitucionais.

Sem pretensão de solver as questões ora anunciadas, mas antes de investigá-las sob certas perspectivas, a proposta é de fazer uma incursão através das abordagens e discussões estabelecidas entre alguns dos estudiosos que se debruçaram sobre o tema da constituição dirigente, da vinculação do legislador e das omissões inconstitucionais, procurando elucidar contribuições endereçadas aos debates sob enfoque, cuja atualidade e pertinência parecem acompanhar de forma progressiva os anos da existência constitucional.

2. Constituição Dirigente: Uma Questão de Paradigmas

Para que a constituição dirigente não padeça do mal reducionista e irreal da fórmula política do Estado que chama para si a tarefa de dirigir, de maneira completa e abrangente, a sociedade, estando regulado pelo Direito - representado por uma folha de papel, em completa ignorância, velada ou intencional, quanto à pluralidade de formas e de fontes legítimas de manifestação política da sociedade -, deve assumir-se sob uma nova perspectiva.

Como é cediço, a chamada juridicidade estatal, cujas dimensões foram edificadas no "meio ambiente natural do Ocidente", é caracterizada pelo governo de leis gerais e racionais; organização do poder segundo o princípio da "divisão de poderes"; primado do legislador; garantia de tribunais independentes; reconhecimento de direitos, liberdades e garantias; pluralismo

político; funcionamento do sistema de organização estatal subordinado aos princípios da responsabilidade e do controle; e exercício do poder através de instrumentos jurídicos constitucionalmente determinados (CANOTILHO, 1999, p. 20).

A identificação mencionada é, contudo, insuficiente para a compreensão da constituição, tanto no contexto da justificação dos seus preceitos, quanto no da sua aplicação.

É que, a despeito de impulsionado pelos mesmos objetivos básicos, o constitucionalismo adquiriu "... características diversificadas, segundo as circunstâncias de cada Estado" (DALLARI, 1998, p. 199).

Por isso, como antes anunciado, é necessário o descortino da fórmula política através da qual a constituição se revela, com vistas ao equacionamento da sua autêntica abrangência.

A Constituição brasileira marca seu caráter de ruptura com as ordens precedentes diante da dimensão do Estado Democrático de Direito (art. 1º).

Acerca da ruptura paradigmática⁵, pontua HABERMAS⁶, citado por Marcelo Andrade Cattoni de OLIVEIRA (1998, p. 36), que "... um paradigma de Direito delineia um modelo de sociedade contemporânea para explicar como direitos constitucionais e princípios devem ser concebidos e implementados para que cumpram naquele dado contexto as funções a eles normativamente atribuídas".

Para uma melhor compreensão da problemática, há se situá-la nos desafios próprios da sociedade contemporânea, os

⁵ Thomas S. KHUN, após revelar as etapas e experiências que o levaram à produção do que denominou de ensaio - *A Estrutura das Revoluções Científicas* -, afirma considerar "... 'paradigmas' as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência" (Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo : Editora Perspectiva, 1995, p. 13).

⁶ HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms - Contributions to a discourse theory of law and democracy*. Trad. William Rehg. Cambridge : The MIT Press, 1996, p. 195.

quais se encontram bem delineados na proposta de Menelick de CARVALHO Netto (2001, p. 15-18) quando desvenda as três situações de ruptura representadas pelo Estado de Direito, o Estado Social e o presente Estado Democrático de Direito, com advertência feita pelo próprio autor de que as denominações dos paradigmas acima expressas se dão a partir do "... nome dado pelas próprias Constituições ao tipo de organização política que elas prefiguram ou prefiguravam" (2001, p. 15).

No caso do Estado de Direito, o rompimento se estabelece em face do modelo de sociedade medieval, que conviveu, ante a pulverização do poder, com o traço marcante da imobilidade social, assim como com a concepção de que a pessoa não era um indivíduo mas parte integrante de um cosmo social.

Com a Modernidade, e a contribuição decisiva de teóricos racionalistas como Locke, Rosseau, Montesquieu e outros, surge o "... maravilhamento de uma sociedade que descobre a possibilidade de se instituir sem a escravidão e sem a servidão, a possibilidade de se afirmar pela primeira vez na história que todos os homens são livres, iguais e proprietários" (CARVALHO Netto, 2001, p. 15).

Evidentemente que o postulado da igualdade formal se mostrou incapaz de solver as assimetrias existentes entre igualdades e liberdades, sobretudo com o surgimento da Revolução Industrial e após o fim da Primeira Guerra Mundial.

Aliás, a constatação de que havia indivíduos mais iguais que outros, mais livres que outros e mais proprietários que outros se revelará patente na convivência da igualdade formal com a inexistência do voto universal, já que prevalecia o voto censitário (com critério na renda mínima); ou ainda com a acumulação de riquezas e a consolidação da miséria em patamares antes desconhecidos na sociedade pré-capitalista; e mesmo na constatação de que toda a propriedade de que eram capazes boa

parte dos indivíduos consistia na sua própria força de trabalho - não convertida em condição de dignidade mas estabelecida como mercadoria.

Os arrombos socialistas, comunistas e anarquistas a esse estado de coisas reclamará a reversão de um Estado mínimo para um Estado intervencionista, instituidor de programas de ação materializadores do acesso à saúde, à educação, à cultura, à proteção do trabalho.

Com o modelo do Estado do Bem-Estar Social, de que é representante histórica a Constituição de Weimar na Alemanha, as constituições se viram invadidas pelo alto teor de programaticidade, havendo, por isso, dissolução do teor jurídico construído pelos positivistas do constitucionalismo liberal (BONAVIDES, 2000, p. 207).

A proposta primeira do constitucionalismo social era a de conferir materialidade aos direitos fundamentais da liberdade e da igualdade, alargando-a para a saúde, educação, cultura, trabalho, previdência e seguridade social, e toda sorte de direitos sociais e coletivos. A ruptura que estabeleceu, como visto, foi com a versão formalista do Estado Liberal.

Como salienta o professor Menelick de CARVALHO Netto (2001, p. 16):

É o constitucionalismo social, que redefine os direitos fundamentais "liberdade e igualdade", materializando-os, e ao fazê-lo, amplia a tábua de direitos. Assim é que, na verdade, não temos uma mera edição de uma segunda geração de Direitos, que seriam sociais, coletivos, mas temos uma mudança de paradigma que redefine o conceito de liberdade e igualdade.

Mas mesmo no contexto do cognominado Estado do Bem-Estar Social, não é viabilizada a construção da cidadania,

até porque seu pressuposto é o da desqualificação do contingente humano do agrupamento social justamente em face da carência da materialidade dos direitos fundamentais.

A constituição-realidade, próxima de sua essência, na esteira da manifestação revolucionária de LASSALLE⁷, não trouxe reforço à legitimidade da ordem constitucional, tendo se verificado a "... erosão dos alicerces jurídicos dessa mesma ordem, acarretando assim danos à eficácia e positividade da norma suprema" (BONAVIDES, 2000, p. 209).

No cotejo entre Estado de Direito e Estado Social tem-se que:

O conceito básico era o mesmo, em um ou em outro, mudava-se simplesmente a seta valorativa. No primeiro, o privado é excelente e o público é péssimo. No segundo, o público é excelente e o privado é péssimo. De toda a sorte, no entanto, o privado é e continua a ser em ambos o reino do egoísmo encarnado no indivíduo e o público o do interesse geral sempre consubstanciado no Estado (CARVALHO Netto, 2001, p. 18).

Como consequência, exsurge uma nova ruptura a partir da exigência de que se abandone a identificação do público com o estatal e o privado com a esfera egoísta do indivíduo.

Nesse ponto torna-se salutar conceber a cidadania como um processo construtivo com vistas à participação efetiva, que convive e assume o contexto da tensão no convívio das diferenças. Trata-se da Democracia que não está pronta, mas sendo gestada num processo dialético de inclusões e exclusões.

⁷ Como observa Paulo BONAVIDES, "o panfleto de Lassalle sobre a essência das constituições desferiu a crítica teórica mais lacerante que já se fez sobre a eficácia das normas exaradas nas Constituições rígidas e formais" (2000, p. 208).

O constitucionalismo, na esteira do processo de confirmação de sua legitimidade, postula, então, a superação do paradoxo representado pela normatividade mínima e a programaticidade máxima do modelo precedente, para usar as expressões contrapostas por Paulo BONAVIDES (2000, p. 208).

Por isso, no paradigma do Estado Democrático de Direito, desloca-se a atenção para a sociedade civil, em cuja instância se requesta a eficácia dos novos direitos e que surgem com o redimensionamento das duas gerações anteriores.

Agora se pronuncia o direito ao meio ambiente equilibrado, a defesa da paz, o direito do consumidor, o primado da dignidade da pessoa humana, dentre outros, sendo certo que o Estado é que surge como contraventor central, quer por ação quer por omissão, dos sobreditos direitos de solidariedade, e cuja defesa nem sempre se revela satisfatória através do instrumental advindo da teoria processual. Basta lembrar que a tradição metódica dos sujeitos de direito não consegue solver, por si, a emergência de novos sujeitos a partir de organizações provenientes de iniciativas no âmbito da sociedade civil, como é o caso, por exemplo, do Movimento dos Trabalhadores sem Terra (MST). Na mesma esteira, não exsurge do positivismo convencional o estabelecimento de um elo obrigacional adequado para a não-concretização de princípios normatizados na Constituição, como na hipótese referida da dignidade da pessoa humana, ou, ainda, da garantia do pleno emprego enquanto princípio que rege a ordem econômica no Brasil (art. 170, inciso VIII).

No paradigma do Estado Democrático de Direito, e, pois, na emergência da realidade contemporânea, há se estabelecer como marcos a promoção da igualdade efetiva, a consolidação dos direitos sociais, a nova dimensão estabelecida para o público e o privado e a consistência da Democracia, desta feita não mais procedimental, mas como sistema iterativo.

Numa tal dimensão, resta superada a teoria de autores tanto norte-americanos quanto italianos e brasileiros, como Thomas COOLEY, Gaetano AZZARITI e Pontes de MIRANDA, respectivamente (SILVA Neto, 1999, p. 23-24), quanto à existência de categoria de normas denominadas não auto-aplicáveis (HAGE, 1999, p. 26). Do contrário, poderia advir desta concepção a idéia de que estaria no âmbito do arbítrio do legislador ordinário a regulação ou não de matéria versada nas mencionadas normas, o que em tudo se distancia da dimensão do Estado Democrático de Direito. Estar-se-ia, então, diante de um Estado legicêntrico, isto é, um Estado no qual os direitos e as liberdades, ao invés de serem considerados constitucionalmente fundados, são degradados, para se tornarem direitos apenas quando criados por leis, e segundo os esquemas de domínio refletidos em cada época, na quadra do preciso raciocínio empreendido por CANOTILHO, quando procura demonstrar que o Estado de Direito é um Estado de Direitos Fundamentais (1999, p. 55).

Tais normas seriam compatíveis apenas com uma visão formal do Estado de Direito, que se conforma com a identificação de normas jurídicas assim consideradas as regularmente editadas pelos detentores de poderes legislativos (CANOTILHO, 1999, p. 41), estando portanto a depender e à disposição de interposição legislativa (OLIVEIRA, 1998, p. 28).

Contudo, "nos quadros de um Estado de direito democrático-constitucional", para usar expressão utilizada por CANOTILHO (1996, p. 11), "... não mais se admite haver na Constituição normas que sejam meras exortações morais ou declarações de princípios e promessas a serem atendidos futuramente" (CANOTILHO⁸, apud GUERRA Filho, 2001, p. 60).

⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *A Constituição como sistema de normas e princípios*. 1989, p. 132.

Nem por isso não se enfrenta a questão das omissões inconstitucionais, mas o enfoque passa a ser, no atual paradigma, o da falta de atividade legislativa que obsta o exercício do direito, porque este último já existe independentemente de regulamentação, como pontua Marcelo Andrade Cattoni de OLIVEIRA, após tornar explícita a concepção deontológica, e não axiológica, do Direito e das normas jurídicas (1998, p. 28). Não se confunde a definição dos direitos, ou seu caráter *prima facie*, com o seu exercício, ou o caráter definitivo das normas que os regem, no marco do Estado Democrático de Direito (OLIVEIRA, 1998, p. 121).

Assim, a diretividade constitucional tem sentido "... quando inserida numa compreensão crítica próxima do chamado constitucionalismo moralmente reflexivo" (CANOTILHO, 1996, p. 9), e no qual não há espaço para a discricionariedade legislativa.

Em tempo de conclusão, sobreleva fixar o panorama da constituição dirigente no paradigma adequado, para que tal dimensão política possa, de fato, refletir nas ações dos poderes públicos, e impulsioná-los a agir quando a inércia representar óbice ao exercício de direitos cuja garantia está acoplada à própria existência constitucional.

3. Dever de Legislar, Direito à Legislação e Responsabilidade Estatal

O panorama dirigente visualizado pelo legislador constituinte no Brasil possibilitou a reprodução da aplicabilidade imediata dos direitos e das garantias fundamentais, igualmente presentes nas Constituições Portuguesa e Espanhola. "Todavia, a expressa afirmação da vinculatividade não significa nem poderia significar que as normas consagradoras de direitos fundamentais excluam a necessidade de uma maior densificação operada

sobretudo através de lei", conforme esclarece CANOTILHO (1996, p. 11).

Aliás, refletindo sob o ângulo do juiz no contexto da interpretação jurídica, esta última é uma realidade no cotidiano daquele, enquanto instrumental de solução para os problemas que emergem do mundo da vida.

A despeito disso, não sobrevive nenhum resquício de ilusão de completude do ordenamento jurídico.

Na versão do constitucionalismo democrático procedimental, são adequadas as constatações de Regina QUARESMA (1999, p. 29):

Inexiste qualquer utópica idéia de plenitude de regulamentação, até mesmo porque, regular atos e fatos da vida, que não é estática mas essencialmente dinâmica, deslinda-se não como uma tarefa difícil, mas antes, impossível. Existem lacunas, omissões e injunções que a sociedade (cidadãos e instituições) deve, através do intérprete, aplicador da norma e do legislador ordinário, fazer regular, conforme apresente-se necessário e perceptível.

A inação do legislador, desta feita, diante de uma norma constitucional conferidora de um direito, e carente de regulamentação concretizadora dos seus termos amplos, vagos, incompletos e imprecisos (HAGE, 1999, p. 89), não se consubstancia numa alternativa constitucionalmente viável no paradigma do Estado Democrático de Direito.

É que no Estado constitucional há limitações impostas à atuação dos poderes públicos. Trata-se de um "... Estado com uma constituição limitadora do poder através do império do direito" (CANOTILHO, 1999, p. 27).

O Poder Legislativo constituído, nesse contexto, não é livre e soberano⁹, senão que igualmente destinatário do compromisso primordial que decorre da supremacia da Constituição: a garantia da sua eficácia.

Conforme adverte CANOTILHO (1996, p. 13), “a força normativa da constituição traduz-se, na vinculação, como direito superior, de todos os órgãos e titulares dos poderes públicos”, inclusive dos poderes que fazem as leis (CANOTILHO, 1999, p. 64). Nessa senda, “as normas jurídicas (aí incluídos os princípios) obrigam seus destinatários, sem exceção, a cumprir as expectativas de comportamento nelas contidas ... ” (HAGE, 1999, p. 97).

Embora seja assente que é vedado ao poder constituído em referência agir contrariando preceitos constitucionais, e que um tal excesso legislativo é passível de controle, nunca foi unânime a concepção da hipótese de lesão inconstitucional perpetrada pelo estado de inércia legislativa.

Jorge HAGE (1999, p. 67) noticia que na doutrina alemã a noção de “omissão legislativa” adveio no âmbito da proteção aos direitos fundamentais, “... quando se admitiu que a vulneração de tais direitos podia ter como causa um ‘não fazer’ do Legislador”.

Gilmar Ferreira MENDES (2001, p. 02) ressalta que o próprio sistema constitucional brasileiro assume a existência de pretensão à edição de atos normativos à vista da instituição de instrumentos destinados a que se empreenda o controle judicial da omissão legislativa, na esteira do mandado de injunção (art. 5º, inc. LXXI) e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º).

É certo, porém, que o reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão faz questionar a eficiência dos instrumentos processuais para o seu controle. Basta que se relembre, neste aspecto, o esforço e a pesquisa empreendidos

⁹ A soberania legislativa, enquanto agente da soberania do povo, deve estar reservada à manifestação do poder constituinte originário.

pela doutrina nacional para o resgate da garantia do mandado de injunção, visceralmente abalada pelas interpretações que lhe são endereçadas pelo Supremo Tribunal Federal¹⁰.

Tal vicissitude, contudo, não desnatura o caráter jurídico do dever de legislar.

CANOTILHO (1996, p. 11), no contexto da identificação dos alicerces jurídicos para uma doutrina dos limites da liberdade de conformação do Legislador, acentua que:

Nos quadros de um Estado de direito democrático-constitucional não deixava, de facto, de ser estranha a unanimidade doutrinal em torno da liberdade do fim no exercício da actividade legislativa. Neste contexto, algo continuava também dogmaticamente obscurecido num sistema jurídico regido por uma Constituição que, nalguns casos, fixava ou impunha vinculações teleológicas aos órgãos legiferantes, mas que, ao mesmo tempo, deixava sem qualquer remédio as omissões, silêncios ou inércias destes mesmos órgãos jurídico-teleologicamente vinculados.

Não se pode olvidar que "... sendo o fenómeno ocorrente a omissão do legislador, quando a norma maior prescrevia a edição de normas complementares ou regulamentadoras, o que se tem é, sempre, uma lacuna ..." (HAGE, 1999, p. 92), e são os deveres, negativos e positivos, constitucionalmente firmados que condicionam a legitimidade do

¹⁰ Merecem destaque as obras de Marcelo Andrade Cattoni de OLIVEIRA (*Tutela Jurisdicional e estado democrático de direito: por uma compreensão constitucionalmente adequada do mandado de injunção*. Belo Horizonte : Del Rey, 1998) e de Jorge HAGE (*Omissão inconstitucional e direito subjetivo*. Brasília : Brasília Jurídica, 1999), as quais revelam, em profundidade e extensão, a compreensão constitucionalmente fundada sobre o mandado de injunção, seus percalços e, ainda, o alcance que possibilita, mas que ainda não foi atingido no âmbito da jurisprudência nacional, e especificamente do Supremo Tribunal Federal.

desempenho da função legislativa.

Ainda conforme Gilmar Ferreira MENDES (2001, p. 01):

A competência legislativa implica responsabilidade e impõe ao legislador a obrigação de empreender as providências essenciais reclamadas. Compete a ele não só a concretização genérica da vontade constitucional. Cumpre-lhe, igualmente, colmatar as lacunas ou corrigir os defeitos identificados na legislação em vigor. O poder de legislar converte-se, pois, num dever de legislar.

Assim, o Legislativo não é um poder livre nos fins, inclusive porque há o dever de regulação hábil ao exercício de direitos que tenham alçado patamar constitucional, ao qual corresponde um direito à legislação, e porque desse modo previsto pelo legislador constituinte.

Embora o processo de elaboração legislativa seja político por excelência, a dialética que lhe é própria não legitima o desrespeito ao grau de vinculação constitucional. Não é a Constituição que se submete aos poderes constituídos; ao revés, a esses últimos compete cumprir o desígnio de garantir a sua supremacia.

Sob tal perspectiva, legislar não é uma faculdade ou uma prerrogativa.

Na atual dimensão constitucional, a discricionariedade no âmbito da legislação deve acoplar, na verdade, as idéias de liberdade e de limitação (SOARES Júnior, 2001, p. 255). A postura legislativa, expressa em atos positivos ou traduzida de forma negativa (não fazer), é considerada legítima desde que conformada aos limites estabelecidos na Constituição. "Veda-se, porém, o excesso de poder, em qualquer de suas formas. Então, em perfeito equilíbrio o poder discricionário de legislar com o dever de legislar.

A omissão legislativa equipara-se, como se vê, ao excesso de poder legislativo" (SOARES Júnior, 2001, p. 255).

As omissões legislativas inconstitucionais, que decorrem do excesso de poder por inação ilegítima, são identificáveis no ambiente constitucional no qual se correlacionam o dever estatal a uma prestação normativa e o direito do cidadão à emissão de normas. Tem-se o elemento subjetivo, da relação jurídica direito-obrigação, e o objetivo, enquanto garantia destinada à efetividade do exercício dos direitos constitucionais.

Segundo HAGE (1999, p. 67), com respaldo em Gómez Puente:

... a construção constitucional dos direitos fundamentais não se faz apenas a partir do reconhecimento de **direitos subjetivos públicos** aos indivíduos, sejam eles de liberdade (poder de defesa) ou de prestação (poder de ação), senão também mediante o estabelecimento de deveres públicos - que superam a noção subjetiva de "direito-obrigação" - e privados, isto é, com a **garantia de determinadas instituições ou a imposição de determinados mandatos** que o Legislador tem de concretizar. Sendo assim, é perfeitamente compreensível **que a intervenção legislativa seja condição de efetividade dos direitos fundamentais e que daí se tenha que deduzir o dever (do Legislador) de regulá-los, em nome desses direitos.**

A capacidade para, a um só tempo, tornar presentes o direito subjetivo constitucional e o direito procedimental à regulamentação do seu exercício hábil e eficaz, refoge, como é certo, ao campo das normas-objetivo ou metas coletivas, e se faz presente nas espécies princípios e regras. Essas últimas habilitam o direito subjetivo material, razão pela qual o cidadão passa a ser seu destinatário, assim como do direito subjetivo público à

regulamentação legal que o preceito que suporta o respectivo conteúdo requeira. Eis o dever específico de legislar sobre determinada matéria, a que se refere HAGE (1999, p. 70).

De fato, DWORKIN pondera que enquanto os argumentos de princípio são destinados a estabelecer um direito individual¹¹, os de política (ou normas-objetivo) versam sobre um objetivo coletivo (2002, p. 141) e, nesse passo, “uma meta é um objetivo político não-individuado, isto é, um estado de coisas cuja especificação não requer a concessão de nenhuma oportunidade particular, nenhum recurso ou liberdade para indivíduos determinados” (2002, p. 143)¹².

Os princípios são proposições que descrevem direitos e as políticas são proposições que descrevem objetivos (DWORKIN, 2002, p. 141), então as diretrizes políticas deixam aos poderes políticos do Estado o juízo sobre a conveniência, a oportunidade e, em certa medida, o próprio conteúdo da sua realização concretizadora (HAGE, 1999, p. 45).

Nesse diapasão, os direitos fundamentais, dado o seu caráter deontológico, estão excluídos da análise custo-benefício, adequada apenas aos casos de escalonamento de bens coletivos a serem perseguidos progressiva e coletivamente (HAGE, 1999, p. 99-101).

A essa altura, é importante destacar, no âmbito da tipologia das normas constitucionais, a distinção que se estabelece entre princípios jurídicos *stricto sensu* e diretrizes políticas, e, sobretudo, a valiosa inserção da concepção normativa dos princípios que oferece Ronald DWORKIN (BONAVIDES, 2000, p. 253-254).

¹¹ DWORKIN considera as pessoas jurídicas e as corporações como indivíduos, conforme esclarece em nota explicativa de rodapé, oportunidade em que menciona os “direitos de grupos” (Levando os direitos a sério. Tradução e Notas Nelson Boeira, São Paulo : Martins Fontes, 2002, p. 143).

¹² Por isso, exemplifica DWORKIN, “a eficiência econômica é uma meta coletiva: exige a distribuição de oportunidades e responsabilidades que possam produzir o maior benefício econômico agregado, definido de um determinado modo” (Op. cit., p. 143).

A distinção entre regras, princípios jurídicos e diretrizes políticas, construída a partir de DWORKIN, é que possibilita a identificação precisa do alcance e da natureza de normas como a do art. 3º e a do art. 7º da Constituição, conforme conclui HAGE (1999, p. 37). É necessário mencionar que, no primeiro caso, o problema da eficácia se endereça ao de norma-objetivo, assim definida porque determina finalidades que devem ser permanente e progressivamente perseguidas pelo Estado e pela coletividade (HAGE, 1999, p. 33), e, no segundo, ao de norma conferidora de direitos fundamentais sociais, que não se confunde, em razão da índole social, com políticas públicas expressas em diretrizes programáticas (HAGE, 1999, p. 40).

Diante da especificidade antes anunciada, o direito à legislação não guarda relação de correspondência com um dever legiferante genérico, mas antes com uma obrigação precisa estatal a uma prestação positiva de caráter normativo, cuja expressão se encontra delimitada na Constituição, exatamente quando há, através deste instrumento, a concessão de um direito. Nesse contexto, extrai-se de HAGE (1999, p. 70) que a cidadania se manifesta de forma dúplice: à vista do direito subjetivo material inserto na norma; e em face do direito subjetivo público à regulamentação legal destinada ao seu exercício.

Na versão contemporânea deve ficar clara a distinção entre prestações estatais de caráter material e as de caráter normativo. A pragmaticidade das primeiras não se confunde com a especificidade das segundas.

Quando a constituição regula determinado direito, a normatividade da matéria objeto do exercício do poder constituinte originário deve ser considerada única, para que não se vulnere o sentido da sua autoridade e da sua integridade. Assim, mesmo quando há remissão à interposição legislativa subsequente, como acontece, no caso brasileiro, por exemplo, com o aviso prévio

proporcional (art. 7º, inc. XXI), não existem “duas” normas. A lei ordinária, cuja atribuição foi entregue ao poder constituinte derivado, não é senão um dos efeitos ou conseqüências que emanam do comando constitucional de origem, nem por isso seccionado.

Na dimensão do Estado Democrático de Direito, não há espaço legítimo para o Estado legicêntrico, como antes mencionado; então, na esteira do exemplo precedente, tem-se materializado um comando constitucional de supremacia inegável, e pertinente à proporcionalidade do instituto do aviso prévio, com valorização do tempo de serviço do trabalhador e concretização, nesse passo, no meio ambiente do trabalho, do princípio da isonomia.

Tudo isto afasta a idéia de “primeira” norma (art. 7º, inc. XXI) e de “segunda” norma (a lei ordinária posterior), e, ao contrário, considera, sob uma nova luz, a representação do dever de cumprimento da norma instituidora do direito e mantenedora da sua integridade, cuja procedência é constitucional.

A conferência de atribuição constituinte ao Poder Legislativo ordinário torna o preceito constitucional vulnerável quando há apatia na atividade de interposição legislativa, a qual, por esse motivo, não pode ser vista como uma prerrogativa, mas como um dever, cujo cumprimento compete ao Judiciário zelar; uma tal apatia e a ausência de controle efetivo pelo órgão competente inibem, de forma ilegítima, a força transformadora das constituições.

Como “ ‘já não são os direitos fundamentais que valem unicamente na moldura das leis, mas as leis, na moldura dos direitos fundamentais’ ”¹³, ao Judiciário e aos juizes compete conferir-lhe conteúdo e eficácia, sendo indefensável a tese da

¹³ Nesse aspecto, Jorge HAGE empreende raciocínio a partir da doutrina proposta por CANOTILHO da “reserva da lei dentro dos direitos fundamentais” e faz referência, com amparo no mesmo autor, a KRUEGER (Op. cit., p. 71-72).

ausência de vinculação justamente do núcleo central das Constituições Modernas¹⁴.

Para tanto, urge trazer à compreensão a insubsistência do mito da soberania parlamentar e desfazer a identificação formalista do Direito com texto¹⁵.

Não há monopólio na formulação das regras do Direito porque se reconhece aos juízes o poder criador e normativo necessário à composição satisfatória dos conflitos (HAGE, 1999, p. 89); mas isso não significa que seja o Legislativo livre para deixar de efetuar uma prestação positiva que decorra da normatividade constitucional.

Sobre o Legislativo e o Judiciário, HABERMAS, citado por Jorge HAGE (1999, p. 94), esclarece que ambos **"... desenvolvem o Direito, sob a forma de sua concretização"**. No ambiente dessa convergência, **"a função do primeiro é reduzida do legislar originariamente, para a de concretizador, e a do último, da aplicação interpretativa do Direito, para a sua concretização criativa (...)"** (HABERMAS apud HAGE, 1999, p. 94).

Aos juízes se atribui o papel criador e modificador, condizente com os tempos do Estado-promotor, e não mais do Estado-repressor (HAGE, 1999, p. 102).

Contudo, é incontestável a importância do Parlamento na concretização das normas constitucionais, o que lhe imputa o dever de fazê-lo, até porque o processo de concretização judicial do Direito não transmuda a idéia assente de que **"... os juízes não deveriam ser e não são legisladores delegados ..."** (DWORKIN, 2002, p. 129). **"É certo que a lei exerce um papel deveras relevante**

¹⁴ Jorge HAGE pontua as formulações vagas e ambíguas pertinentes aos direitos fundamentais e ressaltadas pela juíza norte-americana Shirley M. Hufstедler (Op. cit., p. 78).

¹⁵ Com suporte em Manoel Gonçalves FERREIRA Filho, citado por HAGE, tem-se que sequer Montesquieu fez supor que todas as regras de direito aplicadas judicialmente fossem legislativas (Op. cit., p. 73), e acrescenta HAGE, desta vez a partir de CAPPELLETTI, que **"... houve grande intensificação na criação judicial do Direito neste século ..."** (Op. cit., p. 77).

na ordem jurídica do Estado de Direito.” (MENDES, 2001, p. 03).

A inexistência do mencionado monopólio também diz respeito ao inequívoco surgimento do pluralismo jurídico, compatível com a complexidade da nova dimensão política do Estado Democrático. Nem por isso a Lei, enquanto espécie normativa relevante, é livre quanto ao conteúdo, à oportunidade ou ao tempo da regulamentação ou inovação que é hábil para propor.

A expansão constitucional testemunhada com o surgimento do Estado Social firmou existentes normas definidoras de prestações estatais. Todavia, não se pode esquecer o descrédito gerado pelo alto teor de programaticidade aliado à queda do grau de “juridicidade” das Constituições (Bonavides, 2000, p. 208), e, na mesma proporção, dos direitos fundamentais. Então, em favor da aliança concretizadora proposta pelo Estado de Jurisdição Constitucional, necessário reconhecer, como já o fez o Supremo Tribunal Federal, que “se o Estado deixa de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a própria Carta Política lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional”¹⁶.

O direito à legislação põe sob foco a satisfação de interesses jurídicos pendentes, para o seu exercício eficaz, da atuação do legislador, na forma como plasmada na Constituição, e com vistas à conformação da legitimidade social do sistema político respectivo.

Conforme enfatiza CANOTILHO, citado por Paulo Eduardo Garrido MODESTO (1997, p. 220):

“Se a actividade juridicamente relevante do legislador não se mover no âmbito de vinculação jurídico-material

¹⁶ Informativo n. 244 do Supremo Tribunal Federal; Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 1484-DF; Rel. Ministro Celso de Mello; decisão publicada no DJU de 28.08.01.

do poder legiferante e se não observar os preceitos hierarquicamente superiores da constituição, se a distinção formal e material entre constituição e lei (poder constituinte e poder constituído) se tornar de novo claudicante, a consequência será a reintrodução da teoria positivista weimariana do 'poder legislativo ordinário' em que a constituição não se situa sobre o legislador mas à sua disposição (...).

Aliás, mesmo no ambiente do positivismo jurídico kelseniano, há "criação" do Direito quando da edição de normas a partir da implementação do processo legislativo previsto na Constituição.

Interessante para o enfrentamento das questões propostas, a distinção feita por Hans Kelsen entre a interpretação efetivada pelos órgãos aplicadores do Direito e aquela advinda dos indivíduos que não aplicam mas devem observar o Direito, bem como da que provém da Ciência Jurídica na descrição do Direito positivo.

No primeiro caso ocorre a interpretação autêntica - jurisdicional, quando por exemplo se delimita o conteúdo de uma norma individual numa sentença judicial; legislativo, quando por exemplo é necessário aplicar a Constituição no processo legislativo para a edição de normas inferiores; executivo, quando por exemplo determinado governo necessita conjugar o conteúdo de tratados internacionais e das normas do Direito Internacional num caso concreto. No segundo (pessoa privada e em especial a Ciência Jurídica), porém, designa o mencionado teórico a interpretação não-autêntica, valendo como distinção nuclear entre ambas (autêntica e não-autêntica) o ato de vontade - de uma escolha livre entre as possibilidades reveladas - presente no órgão aplicador do Direito e ausente nas demais circunstâncias. Na esteira dessa

distinção, somente a interpretação autêntica cria Direito, o que não ocorre então com a interpretação não-autêntica até porque as suas escolhas não vinculam os órgãos aplicadores. A Ciência Jurídica pode no máximo descrever o quadro das decisões possíveis, ou, em outras palavras, os sentidos possíveis da norma geral a ser aplicada.

Evidencia-se que as interposições legislativas "criam" o Direito, enquanto formas de pronunciamentos legitimamente autorizados, mesmo no discurso positivista de Kelsen.

Embora exsurja a vinculação apenas de natureza formal do raciocínio antes mencionado, e inserto na Teoria Pura do Direito, o direito à legislação a transborda e postula a concretização material da Constituição, a fim de salvaguardar a sua própria existência.

De tudo se conclui que o direito à emissão de normas não se satisfaz à vista de qualquer legislação.

Assim como ocorre nas decisões judiciais, e, portanto, de atos emanados no exercício de competência estatal, também quanto à integração legislativa necessária, a expectativa que sobrevive às frustrações é a de surgimento de atos que contenham um mínimo razoável; contabilizem requisitos de aceitabilidade; conciliem critérios de satisfatoriedade.

Ainda no mesmo passo da interpretação jurídica, fundamentadora das decisões judiciais, é inerente ao direito à legislação a idéia do oferecimento da melhor resposta pelo Legislador.

É que entre as soluções viabilizadas pelo Direito como sistema, e a expressão de um comando concreto legislativo, passando-se pelo ideário de corresponder às mutações e anseios do agrupamento social - aqui concebidos não como somatório de vontades mas representativo de uma expectativa coletiva -, há o temor do Estado de Direito meramente ficcional, isto é, no qual

permaneça concebível a discricionariedade legislativa e o subjetivismo do núcleo humano e efêmero dos parlamentares.

São uma realidade as oscilações ínsitas ao processo político de decisão legislativa, sobretudo porque revela o trato com questões conflitivas tão variáveis quanto o próprio mundo da vida, mas cuja construção racional e o consenso alcançado argumentativamente não podem ser suborbitais.¹⁷

Ora, na dimensão política assumida em 1988, tem-se que não é qualquer ato legislativo que se revela suficiente para que se conceba esteja estancada a mora inconstitucional, senão que aquele que atenda aos parâmetros que emergem do próprio Texto Constitucional¹⁸. A mora legislativa só é purgada satisfatoriamente, na medida constitucionalmente exigida.

Por isso, se a mora não for efetivamente purgada, poderá gerar, para aqueles que se enquadrem, no plano dos fatos, na hipótese legal respectiva, direito subjetivo público de reivindicar a reparação correspondente pela via das perdas e danos, em face da responsabilidade que se atribui, nesse particular, ao Estado Legislador.

¹⁷ Acerca do consenso viabilizado pela argumentação racional, Habermas pondera que *todas as interpretações são interpretações racionais (Consciência moral e agir comunicativo. Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1989, p. 47)* e admite a possibilidade do consenso. Nesse caso, ressalta-se, no entanto, a diferença de complexidade, dependente de as opiniões ou disputas serem travadas em áreas do conhecimento humano com maior ou menor grau de subjetividade, que está destacada no excerto em que Habermas disserta sobre a divisão entre o diálogo edificante e o desejo de verdade dos filósofos, conforme a variante Discurso normal e Discurso não-normal de R. Rorty: "Mas a questão se o solo do acordo racionalmente motivado, sob os pés dos participantes da argumentação, treme um pouco menos no caso da disputa de opiniões na física do que no caso da disputa de opiniões na moral e na estética é a tal ponto uma questão de grau, como o mostra a epistemologia pós-empirista, que a normalização dos Discursos deixa de ser o critério para uma distinção nítida entre a ciência e o diálogo de edificação filosófica" (Op. cit., p. 31).

¹⁸ O Supremo Tribunal Federal faz referência, para caracterização da omissão inconstitucional, tanto à hipótese de ausência da providência correspondente pelo poder público, quanto àquela de insuficiência da medida por esse adotada (Informativo nº 244 do Supremo Tribunal Federal; Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 1484-DF; Rel. Ministro Celso de Mello; decisão publicada no DJU de 28.08.01).

Tal responsabilidade tem como nascedouro a declaração efetivada pelo órgão constitucionalmente competente - tanto em sede de mandado de injunção quanto de ação direta de inconstitucionalidade por omissão - e, ainda, o dever de regulação de direitos que tenham alçado patamar constitucional, ao qual corresponde um direito à legislação, e porque assim previsto pelo legislador constituinte, especificamente quando se tratem de normas-regra ou normas-princípio, segundo a tipologia identificada por Ronald DWORKIN.

Se da irresponsabilidade absoluta, evoluiu-se, sobretudo no paradigma do Estado de Direito, para a atribuição de responsabilidade ao Estado por atos legislativos inconstitucionais (FREITAS, 1998, p. 128-129), no mesmo sentido se deve trilhar no caso das omissões legislativas inconstitucionais, assim reconhecidas pelo Poder competente, porquanto o particular suportou, sem obrigação jurídica própria e válida (FREITAS, 1998, p. 129), dano representado pela impossibilidade de usufruir da completude de efeitos endereçados a certo preceito pelo sistema constitucional.

Essa sistemática confirma o princípio da tripartição dos poderes - quando as funções estatais identificadas devem ser exercidas por órgãos distintos (O Espírito das Leis de Montesquieu - 1748) -, de forma a se estabelecer a contenção do poder pelo próprio poder, coibindo-se abusos e garantindo-se o exercício pleno dos direitos e das liberdades plasmados na Constituição.

Relativamente à responsabilidade civil, há elementos que se devem fazer presentes para que nasça o dever público de indenizar, consubstanciados na lesão demonstrada a um direito da vítima - no caso, a lesão ao direito à legislação - e no dano certo - esse, na hipótese, decorrente da declaração **in concreto** ou com efeito **erga omnes** da mora legislativa não purgada satisfatoriamente (relação de causa e efeito entre dano e reparação).

Assim, a conduta estatal passível de reparação resta configurada a partir da conjugação entre a declaração de mora legislativa pelo poder competente e a sua não-observância pelo destinatário da comunicação efetivada pelo Judiciário.

O fundamento da responsabilidade, para a teoria da falta contra a legalidade constitucional, é o dano injusto perpetrado contra a norma de tutela constitucional das incolumidades extrapatrimonial e patrimonial.

A inocuidade da comunicação que o Poder Judiciário faz, ao reconhecer a existência de inação ilegítima, postula uma leitura adequada do instituto da responsabilidade civil do Estado Legislador quando não purgada satisfatoriamente a mora, a possibilitar a efetividade do direito ao menos pela via da compensação, isto tendo como presente o paradigma do Estado Democrático de Direito e o Princípio Fundamental da Separação dos Poderes (art. 2º).

No caso, tem-se que o caráter admonitório (MELLO, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 1484-DF, 2001) da ciência conferida ao poder omissor não tem se revelado hábil a gerar, no plano dos fatos, uma ação eficaz do Estado Legislador. No particular, revela-se oportuno, a título exemplificativo, mencionar, consoante as descrições feitas por HAGE (1999, p. 194-196), que no Mandado de Injunção n. 20, julgado em 19.05.94, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o estado de mora legislativa inconstitucional quanto à regulamentação prevista na Constituição para o exercício do direito de greve no serviço público, e naquela ocasião decidiu – em desfecho semelhante ao pronunciamento que poderia ser obtido em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão – pela comunicação do estado de inércia legiferante ao poder competente. Entrementes, nenhuma providência foi operada para a reversão da mora legislativa inconstitucional, obstativa do exercício amplo e eficiente

de direito de índole social versado na Constituição (art. 37, inciso VII).

Ora, o postulado da Separação dos Poderes não se encontra centrado apenas na independência, mas na harmonia e conseqüente respeito irrestrito entre os respectivos órgãos, inclusive e especialmente diante do exercício de competência constitucional empreendida por qualquer deles.

Efetivamente, no que pertine às omissões inconstitucionais, "... quando 'declaradas', concretizam uma verdadeira 'censura' constitucional ao Poder omissor, com repercussões diversas, entre elas a responsabilidade civil do Estado quanto aos danos porventura ocorridos" (MODESTO, 1997, p. 223 - sem grifos no original).

4. Omissões Legislativas Inconstitucionais e a Premência do Compromisso com a Eficácia Constitucional

Todas as normas constitucionais, independentemente da sua maior ou menor carga de programaticidade, irradiam conseqüências jurídicas, porque sua eficácia é atual e vinculativa, e, por esse motivo, não há se falar em direito ou garantia dependente de regulamentação.

A eficácia jurídica de vinculação, inclusive e especialmente no que tange aos direitos fundamentais, sobressai, no caso brasileiro, ante a adoção da idéia da aplicabilidade imediata, plasmada no art. 5º, § 1º (CANOTILHO, 1996, p. 12-13).

Com efeito, "uma coisa é criar e conferir o direito a alguém; outra, posterior e autônoma, é regulamentar as formas de exercício desse direito (já conferido)" (HAGE, 1999, p. 53).

É nesse sentido que Marcelo Andrade Cattoni de OLIVEIRA (1998, p. 93) salienta que há " ...distinção entre ser

titular de um direito constitucional e ter o exercício desse direito inviabilizado por falta de norma regulamentadora”.

Assim, a omissão qualificada como inconstitucional é a que representa óbice ao exercício de determinado direito, em outras palavras, é a inatividade que impede a eficácia ampla e hábil de um direito constitucional.

O não-fazer, no que concerne à realização de imposições constitucionais assinaladoras de um dever de agir do Estado, um dever normativo indelegável, conforma a omissão ilegítima.

Isso ocorre porque, quanto à eficácia jurídica de aplicação, há variação no grau de produção de efeitos das normas constitucionais (MODESTO, 1997, p. 217).

Nem toda norma, a despeito de sua inegável eficácia de vinculação, “tem autonomia operativa e idoneidade suficiente para deflagrar todos os efeitos a que se preordena” (BASTOS; BRITTO *apud* MODESTO, 1997, p. 217).

Vem à luz, sob tal perspectiva, que o caráter inconstitucional não advém do simples “não fazer” do Legislador, mas antes da atrofia proveniente do descumprimento de imposições constitucionais legiferantes em sentido estrito, isto é, em relação àquelas normas que de forma permanente e concreta vinculam a atividade do poder constituído, que não por outro motivo deve adotar as medidas legislativas de concretização constitucional, no âmbito, como visto, da viabilidade do exercício dos respectivos direitos.

A inércia legislativa, em gênero, está inserida no âmbito da discricionariedade (e nem de longe arbitrariedade) do poder constituído.

De sua parte, a inércia considerada inconstitucional, ou a omissão inconstitucional enquanto categoria jurídica, postula determinada ambientação.

Segundo HAGE (1999, p. 107), que compila lições de PUENTE e CANOTILHO:

Para configurar a *"inactividad u omisión legislativa"*, preciso é que haja um dever jurídico de legislar em determinada matéria, com determinado conteúdo. Em outras palavras, é preciso mais que um *"no hacer"*; é preciso um *"no hacer algo normativamente predeterminado"*.

Para QUARESMA (1999, p. 19), "... se não forem produzidos atos de um Poder necessários para tornar plenamente aplicáveis normas e princípios constitucionais haverá inconstitucionalidade por omissão. Portanto, configura inconstitucionalidade não cumprir a Constituição, por ação ou omissão do Poder Público".

A teoria normativa dos princípios, e a distinção entre normas que são regras das normas que são princípios, traz à compreensão a possibilidade, aliás, de existência de omissões inconstitucionais também em se tratando do exercício de direitos que emanam de princípios, ainda que sejam estes os chamados decorrentes ou implícitos. Segundo CANOTILHO, citado por GUERRA Filho, os princípios podem ser identificados justamente pela abstração e pelo seu conteúdo de informação, cujo grau de determinabilidade, porque vagos em sua formulação, "... implica na necessidade da intermediação normativa de outros princípios e regras ..." (GUERRA Filho, 2001, p. 58).

É necessário distinguir, contudo, as omissões inconstitucionais das situações constitucionais imperfeitas. As primeiras são um **plus** em relação às segundas.

Na trilha das lições de MODESTO (1997, p. 220-221), que por sua vez reporta-se às de CANOTILHO, tem-se que as

lacunas que emergem da inação dos poderes públicos, e pertinente à concretização eficiente dos comandos constitucionais, conduz a uma situação jurídica imperfeita e indesejável.

Entrementes, "... nem todas as omissões do Poder Público na implementação da constituição são 'imediatamente' censuráveis sob a pecha de 'inconstitucionalidade'" (MODESTO, 1997, p. 220).

É que a desídia no implemento do plexo de atribuições, e correspectivas obrigações constitucionais, nada obstante comprometam a força normativa da constituição - tornando perceptível a referida situação imperfeita -, esta última pode ser considerada ainda constitucional, especificamente pelo órgão designado para exercício do controle (no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, em se tratando de controle concentrado, e na maior parte dos mandados de injunção), quando verificar juridicamente razoável o tempo a ser considerado para a implementação em debate.

Não se pode olvidar a liberdade de conformação dos órgãos políticos, uma vez que "a constituição não vincula tão completa e exaustivamente os poderes públicos a ponto de seu cumprimento corresponder a uma mera tarefa de execução ..." (MODESTO, 1997, p. 221).

A inconstitucionalidade por omissão, então, não se firma, de pronto, diante de situações constitucionais inadequadas, mas, ao contrário, categoriza-se como tal quando há:

... um "agravamento" da situação constitucional imperfeita, nos casos em que não for mais "razoável" a inércia ou o apelo à discricção política do poder omisso (uma escusa baseada no juízo de oportunidade ou conveniência para a edição da norma ou execução da medida faltante). (MODESTO, 1997, p. 221).

Além da inconstitucionalidade por omissão que se manifesta à vista do aludido agravamento da situação constitucional indesejável, sua incidência emerge mais evidente nos casos em que há uma violação direta ao dever de legislar, nas hipóteses em que se assinala prazo para a atividade legislativa integradora.

Revela-se interessante para o presente estudo a advertência feita por Paulo Eduardo Garrido MODESTO (1997, p. 221) a fim de que não se banalize a categoria jurídica da omissão inconstitucional, o que é possível caso se considere como tal "qualquer" omissão de atividade integrativa da Constituição do Brasil.

Para tanto, o autor traça um paralelo entre a inconstitucionalidade por ação e a inconstitucionalidade por omissão, embora assuma as situações diversas geradas por uma e por outra (1997, p. 221).

No primeiro caso, também se reconhecem dois níveis de inconstitucionalidade: a direta e a indireta (ou mediata). Na primeira hipótese, a incompatibilidade é frontal, e, na segunda, vem a lume a circunstância da ilegalidade, embora não se possa olvidar que toda atividade regulamentadora ilegal é, em veras, inconstitucional.

Nesse quadrante é que também se vislumbra possível a inconstitucionalidade por omissão manifestada ora por uma violação direta - ou num segundo nível, numa ordem crescente, ou nível máximo -, quando há prazo previsto para que se torne viável o exercício de direito constitucional, e ora - num primeiro nível - pela constatação da ausência de razoabilidade, ou de uma realidade inconstitucional, gerada pela situação imperfeita, com origem na não-observância atroficante de comandos vinculativos.

A não-banalização apregoada por MODESTO (1997, p. 221) justifica-se para uma compreensão adequada dos juízos

que são próprios ao mandado de injunção e à ação direta de inconstitucionalidade por omissão. A primeira garantia comporta a discussão judicial acerca das meras situações constitucionais inadequadas, justamente porque é um remédio constitucional que se presta ao exercício concreto da jurisdição, enquanto a segunda demanda, em determinada circunstância, "um juízo concreto sobre o tempo".

Jorge MIRANDA, citado por Paulo Eduardo Garrido MODESTO (1997, p. 221), assim situa a inconstitucionalidade ora em análise:

"O juízo de inconstitucionalidade por omissão traduz-se num juízo sobre o tempo em que deveria ser produzida a lei: nenhuma omissão pode ser descrita em abstracto, mas somente em concreto, balizada entre determinados factos, estes de sinal positivo. A ausência ou insuficiência da norma legal não pode ser separada de determinado tempo histórico, assinalado pela necessidade de produção legislativa e cuja duração, maior ou menor, ou será prefixada - muito raramente - pela própria Constituição ou dependente da natureza das coisas, ou seja, da natureza da norma constitucional não exeqüível por si mesma confrontada com a situação da vida que esteja a verificar-se à sua margem (inclusive, a situação que, à sua margem, esteja, por acção, o legislador ordinário a criar)."

O juízo de ponderação efetivado pelo órgão de fiscalização, que em nenhum momento se substitui ao órgão legislativo e que necessita "... medir e interpretar o tempo decorrido (...)" (MIRANDA apud MODESTO, 1997, p. 221), não detém caráter subjetivo, mas antes implica a exata compreensão do princípio

constitucional da proporcionalidade, incidente para se aferir o transbordamento da situação constitucional inadequada para a inconstitucionalidade por omissão propriamente dita, com repercussões, enquanto categoria jurídica, nos limites legítimos da discricção dos órgãos políticos do Estado.

Nesse quadrante, o juízo concreto sobre o transcurso do tempo, realizado no Brasil sobretudo pelo Supremo Tribunal Federal, requesta uma compreensão sobre o “‘mandamento da proibição do excesso’ (Übermaßverbot)” (GUERRA, Filho, 2001, p. 63), que é insito e próprio ao princípio em questão.

Não por outro motivo, é necessário mencionar a passagem inserida por Paulo BONAVIDES (2000, p. 361) no contexto de análise do princípio da proporcionalidade e seus elementos parciais ou subprincípios, segundo o qual “a inconstitucionalidade ocorre enfim quando a medida é ‘excessiva’, ‘injustificável’, ou seja, não cabe na moldura da proporcionalidade”.

O princípio da proporcionalidade, que se traduz em garantia constitucional, está essencialmente endereçado à preservação dos direitos fundamentais e implica necessariamente uma equação sobre ponderações, ou, em outras palavras, uma perene busca pela harmonização de interesses individuais, coletivos e gerais ou públicos, os quais não podem ser atendidos, no plano concreto, absoluta e plenamente.

Acerca da acomodação dos diversos interesses a que se propõe o princípio da proporcionalidade, Willis Santiago GUERRA Filho (2001, p. 66) expressa-se no seguinte sentido:

Note-se que apenas a harmonização das três ordens de interesses possibilita o melhor atendimento dos interesses situados em cada uma, já que o excessivo favorecimento dos interesses situados em alguma delas,

em detrimento daqueles situados nas demais, termina, no fundo, sendo um desserviço para a consagração desses mesmos interesses, que se pretendia satisfazer mais que aos outros.

É que, segundo o mesmo autor, enquanto os direitos fundamentais determinam abstratamente a extensão dos próprios direitos, o princípio da proporcionalidade possibilita, de forma concreta, a distribuição compatível daqueles direitos (2001, p. 68).

Enquanto princípio que é garantia fundamental, a proporcionalidade está associada ao Estado de Direito e estende sua vinculação inclusive ao Legislador, como informa Willis Santiago GUERRA Filho ao se referir à construção doutrinária do princípio no Direito alemão (2001, p. 72).

O sopesamento, contudo, é certo, não se faz sem que se esteja sob o pálio da razoabilidade constitucional, isso porque, quanto ao órgão de controle, não há se admitir a existência de um autêntico juízo abstrato (na hipótese da ação direta de inconstitucionalidade por omissão), desvinculado da realidade que lhe é posta sob apreciação, "... pois é sabido e ressabido que 'inconstitucionalidade' implica sempre um 'juízo de relação' (Jorge Miranda), algo, portanto, diferente da simples constatação da ocorrência de 'lacuna técnica'" (MODESTO, 1997, p. 221).

É com tal princípio que se combatem os excessos legislativos (BONAVIDES, 2000, p. 370), cumprindo lembrar que se entende por excesso legislativo igualmente a posição omissiva e atrofante do conteúdo material da Constituição.

O desafio do Poder Judiciário, e especificamente do Supremo Tribunal Federal, é o de justamente observar que a aplicação intensiva e extensiva do princípio da proporcionalidade em grau constitucional salvaguarda direitos fundamentais, mas

sua utilização inadvertida e abusiva pode comprometer o equilíbrio com o Legislativo (BONAVIDES, 2000, p. 382).

O alerta para a postura do equilíbrio não pode, contudo, servir de anteparo para a omissão do Judiciário quando é necessário tornar efetiva a garantia que representa a ação de controle, não devendo se furtar ao desbravamento que expressa o emprego do princípio da proporcionalidade, que "... é hoje axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de direito, bem como regra que tolhe toda a ação ilimitada do poder do Estado no quadro de juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade" (BONAVIDES, 2000, p. 397).

Na versão de CANOTILHO (1999, p. 61):

Recorrendo à idéia de razoabilidade, adequação, proporcionalidade e necessidade, os tribunais - e agora também o Tribunal de Justiça das Comunidades - podem fiscalizar o uso dos poderes e a justiça das medidas adoptadas por estes poderes, contribuindo para um Estado de direito mais amigo de justiça e dos direitos fundamentais.

Tudo quanto dito tem a finalidade de contribuir para o propósito, segundo a fórmula constitucionalmente adequada, sobre a emissão do juízo concreto acerca do transcurso do tempo para definição das omissões inconstitucionais.

Há se contribuir, ainda, com outros elementos, mesmo que dentro das limitações que revestem o presente estudo, para a citada definição.

Nesse sentido, no III Congresso Internacional da ANAMATRA - Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Ciclo de Estudos Hispânicos-Brasileiros), proferiu conferência, no dia 10 de março de 2003, na Universidad Carlos

III de Madrid, o Professor Dr. Luis Aguiar de Luque (Vocal del Consejo General del Poder Judicial e Catedrático de Derecho Constitucional) acerca do tema "**Derechos fundamentales, Mandatos al Legislador y Justicia Constitucional**" ou, conforme tradução feita no evento, "**A injunção Judicial dos Direitos Sociais Programáticos - Potencialidades e Limites**".

Na oportunidade, enfatizou a necessidade de clarificar o que seria omissão do legislador para que se pudesse conceber a existência de controle sobre a respectiva inconstitucionalidade e, com esse propósito, apontou três tipos.

Em primeiro lugar, tem-se as omissões absolutas de carácter institucional, as quais expressam mandatos ao legislador, de maneira que os convoque e que os perfilhe à concreção de determinada instituição, como ocorre, no exemplo mencionado naquela ocasião, com o art. 125 da Constituição Espanhola:

Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la administración de justicia mediante la institución del jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales.¹⁹

A conduta comissiva, no particular, é institucional, como ressaltou.

Em segundo lugar, tem-se as omissões absolutas em matéria de direitos fundamentais de conteúdo legal. Nesse caso, o legislador constituinte se limita a apontar o seu conteúdo, mas remete a respectiva operação complementar de natureza jurídica ao legislador infraconstitucional, o qual, portanto, tornará efetivo o teor material do direito fundamental em questão.

¹⁹ Para a transcrição do dispositivo foi consultada a Constitución Española no endereço eletrônico <http://www.derecho.com>.

Neste ponto seria pertinente trazer à baila, para fins de ilustração, a previsão inserida no art. 5º, inciso XXXII, da Constituição brasileira de que "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor".

Em terceiro lugar, identificou as omissões relativas, pertinentes ao comando-origem de regulamentação de um direito fundamental em determinado "setor" e não em outro, cuja violação afronta o princípio da igualdade constitucional.

Identificadas as modalidades, o professor espanhol concluiu que através do controle objetivo, efetivado pelos Tribunais Constitucionais, pode ser declarada a existência das omissões de natureza absoluta. Já nas omissões relativas, que violam, como visto, o princípio da isonomia, é possível a proteção específica, de caráter jurisdicional, à lesão subjetiva perpetrada.

A distinção entre omissões absolutas e omissões relativas tem direta relação com a compreensão adequada e necessária sobre a esfera de abrangência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, adequada às primeiras, e ao mandado de injunção.

A pertinência ora destacada se revela à vista do exemplo conferido pelo catedrático espanhol para ilustrar a atuação judicial nos casos das omissões relativas, em tudo semelhante à problemática que se enfrenta em terras brasileiras.

De fato, há previsão, no âmbito da normatividade constitucional espanhola, da liberdade de crença, com expressa referência ao estabelecimento, por lei, de prestação alternativa. Qual a solução encontrada pela jurisprudência espanhola para a objeção de consciência concretamente invocada, à falta da legislação complementar? Segundo o professor, pela via do chamado recurso de amparo, entendeu-se que se cuidava da concreção de uma ideologia, e especificamente de uma liberdade, motivo pelo qual o Tribunal declarou a desnecessidade de

regulação posterior e a auto-suficiência da norma constitucional. Então, as Forças Armadas deveriam estabelecer, para o caso concreto, as prestações alternativas. Na verdade, estabelecer uma situação transitória, até o advento da regulação legal posterior.²⁰

Entre as omissões absolutas e as omissões relativas, interessam, para o devido equacionamento de uma ação constitucional de controle, as primeiras, sem se olvidar que para as segundas, no caso específico brasileiro, o constituinte trouxe a previsão da garantia, para o caso concreto, do mandado de injunção, sem prejuízo, nesta última seara, da análise de qualquer tipo de omissão que seja obstativa para o interessado do exercício de direito constitucional.

A esta altura é oportuno fazer referência, como o faz José Adércio Leite SAMPAIO (2002, p. 705), à lista aberta de direitos fundamentais, tendo em vista a menção feita às omissões absolutas em matéria de direitos fundamentais de conteúdo legal.

De fato, a partir da leitura hermenêutica do art. 5º, § 2º, da Constituição do Brasil, é possível extrair a ilação sobre a amplitude dos direitos, seja por combinação de direitos, seja por se conceber a existência de normas abertas, como explicita o mesmo autor (2002, p. 706) quando alude às possibilidades abrangentes do mencionado artigo em relação à Constituição italiana.

Há a adoção de um sistema de reconhecimento de direitos não-escritos, com a finalidade de promover a atualização dos direitos.

Nesse sentido, a Constituição brasileira assume o caráter histórico dos direitos fundamentais.

²⁰ O artigo 16 da Constituição da Espanha garante a liberdade ideológica, religiosa e de culto, enquanto que o artigo 30 prevê que lei fixará as obrigações militares para os espanhóis e regulará, com as devidas garantias, a objeção de consciência, assim como as demais exceções ao serviço militar obrigatório, podendo impor, neste caso, uma prestação social alternativa.

No dizer da Constituição americana, "... a enumeração de certos direitos não poderia ser usada para negar ou desprezar outros direitos pertencentes ao povo" (SAMPAIO, 2002, p. 716).

Os direitos descobertos, frutos de conexão, decorrentes implicitamente de expressas disposições constitucionais ou reclamados por uma sociedade aberta e complexa, detêm caráter constitucional, estão fundados na normatividade constitucional e dela extraem a fonte de sua legitimidade; são, outrossim, vinculativos e requestam, quando necessária e adequada, a atuação eficaz do legislador, cuja inércia é igualmente atrofante ao postulado material da Constituição.

Dáí se concluir que as omissões inconstitucionais residem também na postura comissiva que obste o exercício eficaz de direitos implícitos ou decorrentes, e, na mesma esteira, passíveis de controle.

Assim, a omissão legislativa inconstitucional é uma inércia na atividade normativa concretizadora da Constituição, na contramão do prestígio que lhe é devido e com rompimento da ordem constitucional rígida, e que deve receber, sem embargo, adequada compreensão enquanto categoria jurídica, a fim de que se observem as autênticas repercussões que são próprias da específica ação constitucional que lhe serve de controle e da garantia viabilizada através do mandado de injunção, evitando-se a redução de um instrumento no outro.

Insta pontuar, nesse sentido, que o constituinte brasileiro, na esteira de coerência com o Princípio Fundamental do Estado Democrático de Direito (Título I), previu expressamente instrumentos com claros propósitos realizadores, como o princípio do amplo acesso ao Poder Judiciário, a aplicabilidade imediata dos direitos e das garantias fundamentais, a iniciativa popular, o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, destinados a garantir a eficácia das normas constitucionais, em

oposição à síndrome da anomia que possa obstar a atribuição de completude de efeitos a várias delas.

Pertinente a asserção de CANOTILHO no sentido de que "a constitucionalização dos direitos revela a fundamentalidade dos direitos e reafirma a sua positividade no sentido de os direitos serem posições juridicamente garantidas e não meras proclamações filosóficas ..." (1999, p. 56), mas para salientar logo em seguida que "... não basta a consagração de direitos numa qualquer constituição. A história demonstra que muitas constituições ricas na escritura de direitos eram pobres na garantia dos mesmos" (1999, p. 56-57).

Não se duvida da riqueza instrumental presente na Constituição de 1988; sem embargo, é certo que não é e não será hábil a combater a citada síndrome da anomia de natureza inconstitucional, se o potencial que tais mecanismos carregam não for explorado e maximizado, no correto contexto paradigmático, tanto pelos poderes públicos quanto pela sociedade civil.

5. Conclusões

A Constituição Brasileira carrega um projeto para a comunidade política, especialmente sedimentado nos primados da cidadania e da dignidade da pessoa humana, e neste sentido deve ser considerada uma constituição dirigente, em contraposição à idéia clássica de constituição-garantia, cujo conteúdo transitava "apenas" na prevalência da liberdade com limitações impostas ao poder público.

Carrega, por isso, um ideário, mas com delimitação precisa na dimensão política do Estado Democrático de Direito que, antes de tudo, aceita os problemas das contingências e das tensões próprias de uma sociedade aberta.

Ao fazê-lo, assume igualmente a relevância que se deve atribuir a um Estado de Direito Constitucional Procedimental, que se reelabora sem jamais se distanciar dos seus eixos fundamentais.

A vinculação que tal constituição estabelece é de natureza normativa, e com isso desafia os estudiosos e os aplicadores do direito a uma busca permanente pela sua, não tão fácil, concretização.

Como constituição abrangente que é, coloca sob investigação constante os primados positivistas que dominam as "Escolas de Direito".

É, sobretudo, uma constituição "por fazer"; um constitucionalismo moralmente reflexivo, como disse CANOTILHO.

Seus 15 anos de existência não comprovaram a "ingovernabilidade" que adviria de sua extensão ou de suas promessas, mas antes demonstraram os esforços que se endereçam à conformação de sua legitimidade e de sua Força Normativa, porque garantidoras da irretratabilidade do processo democrático que se demonstrou hábil a deflagrar.

Neste processo de construção constitucional, é preciso desbravar o plexo de possibilidades e de preocupações que fazem parte da trajetória.

Desvendada a perspectiva proposta pelo paradigma do Estado Democrático de Direito, urge delinear os contornos que permeiam a discricionariedade permitida aos órgãos públicos e, nesse quadrante, revelar os deveres que são impostos ao poder legiferante.

Sucumbiu a época de deslumbramento com a liberdade parlamentar; veio o tempo de definir os ônus e os misteres desse poder constituído.

De fato, a eleição popular legitima o exercício dos mandatos eletivos, mas jamais discricionariedades, que representam excesso de poder legislativo, decisionismos,

particularismos ou subjetivismos, ante a barreira representada pelo Paradigma do Estado Democrático.

Há se salientar, ainda, o direito subjetivo público que a cidadania constitucional faz abranger; inclusive o de emissão de normas quando os preceitos correspondentes estejam a exigir densificação legislativa.

Ora, enquanto o controle exercido sobre a ação estatal pode garantir a supremacia da constituição, o controle exercido em face das omissões ilegítimas pode ampliá-la.

Se o direito à legislação não se efetiva, a despeito do controle que venha a exercer o Poder Judiciário, exsurge, com toda a sua potência, o instituto da responsabilidade civil do Estado transgressor, que não purga, nada obstante o mister que lhe compete, a mora legislativa inconstitucional.

Uma tal transgressão é afrontosa, sobretudo quando representa óbice ao exercício eficiente de direitos fundamentais.

O Legislador, hodiernamente, deve assumir-se como agente político autêntico, cuja responsabilidade institucional é a de dar respostas satisfatórias aos anseios da comunidade política, tendo como paradigma autêntico a moral positivada no Estado Constitucional.

A inspiração que emerge dos inquietantes e incômodos atos omissivos do poder público, impulsionam a busca por soluções constitucionalmente adequadas. Soluções que possam conferir o máximo "... de operatividade ao preceito residente em sede de norma-origem", como destaca Manoel Jorge e SILVA Neto (1999), em nota que elabora para introduzir a importância que permeia o princípio da máxima efetividade constitucional.

Os problemas concernentes à tipologia das normas constitucionais, às garantias do mandado de injunção, da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e do princípio da proporcionalidade, além do esboço de delimitação das omissões

constitucionais indesejáveis, são apenas alguns dos problemas que a sobrevivência constitucional traz de forma instigante e continuada.

Se a Justiça e a Constituição são condições de civilidade na ambiência da comunidade política, então a supremacia e a eficácia constitucionais são compromissos de toda a sociedade, mas que especialmente devem estar presentes, ao menos permear, o imaginário dos aplicadores do direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro : Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. revista, atual. e ampl., São Paulo : Malheiros Editores, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de direito*. Cadernos Democráticos. 1. ed., Lisboa : Gradiva Publicações, Ida, fevereiro de 1999.

- . *Rever ou romper com a constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. Revista dos Tribunais. Ano 4, n. 15, abril-junho de 1996, p. 07-17.

CARVALHO Netto, Menelick de. *A contribuição do Direito Administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição*. In: *Fórum administrativo*. Belo Horizonte : Editora Fórum, ano 1, n. 1, março de 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 20. ed. atual., São Paulo : Saraiva, 1998.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 4. ed. atual., São Paulo : Saraiva, 1998.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e Notas Nelson Boeira, São Paulo : Martins Fontes, 2002.

FREITAS, Marisa Helena D'arbo Alves de. *Responsabilidade Civil do Estado por Atos Legislativos*. RJ, Rio de Janeiro, maio/98.

GUERRA Filho, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e ampl., São Paulo : Celso Bastos Editor : Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2001.

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

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado : revisão para a edição brasileira Silvana Vieira. 3 ed., São Paulo : Martins Fontes, 1991.

MENDES, Gilmar. *Questões fundamentais de técnica legislativa*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 7, outubro, 2001. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 07 de agosto de 2003.

MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. *Inconstitucionalidade por omissão (categoria jurídica e ação constitucional específica)*. In Estudos e Comentários. RDP : São Paulo, 1997, p. 216-227.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Tutela Jurisdicional e estado democrático de direito: por uma compreensão constitucionalmente adequada do mandado de injunção*. Belo Horizonte : Del Rey, 1998.

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

SILVA Neto, Manoel Jorge e. *O princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional*. São Paulo : Ltr, 1999.