



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

RODRIGO MARTINS MARIANO

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO SILÊNCIO: A OMISSÃO
ESTATAL E A EFETIVIDADE DAS NORMAS
PROGRAMÁTICAS**

Salvador
2013

RODRIGO MARTINS MARIANO

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO SILÊNCIO: A OMISSÃO
ESTATAL E A EFETIVIDADE DAS NORMAS
PROGRAMÁTICAS**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Miguel Calmon Dantas

Salvador
2013

TERMO DE APROVAÇÃO

RODRIGO MARTINS MARIANO

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO SILÊNCIO: A OMISSÃO
ESTATAL E A EFETIVIDADE DAS NORMAS
PROGRAMÁTICAS**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2013

A

Meus pais, por estarem ao meu lado em todos os momentos dizendo as palavras certas para que eu sempre caminhe para frente.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, a Deus. O qual me das forças para continuar trilhando o caminho que almejo, nunca deixando desistir diante dos percalços que a vida nos traz.

A minha família, em especial meus pais, pelo apoio, pela paciência e pelas palavras de incentivo durante todos esses anos de faculdade, principalmente neste momento de elaboração da monografia.

Ao meu ex-chefe e amigo Silvio Avelino Pires Britto Júnior, por todos os anos de convivência profissional, onde nunca hesitou em repassar seu inigualável conhecimento jurídico, transformando tardes vazias em verdadeiras aulas da mais pura Teoria Geral do Direito.

A todos os meus professores os quais tive a honra de ser aluno, por me darem a oportunidade de aprender, a cada dia, mais sobre Direito e pela atenção ao me transmitirem o conhecimento que possuem sobre a matéria.

A todos os meus amigos, os quais, de maneira decisiva, ajudaram-me a evoluir a cada dia, ensinando, aprendendo, conversando e, acima de tudo, cultivando uma das relações mais importantes da vida de uma pessoa: a amizade. Só, uma pessoa não é nada.

A Ana, que sempre dedicou uma parte de sua vida em me fazer uma pessoa melhor, com suas lições de vida ímpares, as quais só ela sabe indagar.

“Não há, numa Constituição, cláusulas a que se deve atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos.”

Ruy Barbosa

RESUMO

O presente trabalho apresenta uma análise das omissões estatais perante a efetividade das normas constitucionais programáticas. Todos os âmbitos do poder público – Poder Legislativo, Executivo e Judiciário – são vinculados à ordem normativa constitucional, todavia, em alguns casos, existe o descumprimento e a consequente inobservância das normas instituidoras de direitos e garantias individuais. Assim, analisa esta omissão estatal, a qual deve ser encarada como uma omissão inconstitucional, sendo passível de sanções. Deste modo, o presente tema fora escolhido com o objetivo de traçar meios mais eficazes de tornar as normas programáticas aplicáveis imediatamente e, conseqüentemente, passíveis de tutela jurídica. O Estado brasileiro se usa de meios escusos para tentar evitar a eficácia e aplicabilidade imediata das normas programáticas. Assim, levantam-se questionamentos acerca de falsos motivos para a sua não aplicação. Nesta diapasão, foi-se observado alguns julgamentos ímpares, perante o Supremo Tribunal Federal, e vasta doutrina acerca das normas constitucionais programáticas, todos convergindo em direção à eficácia e aplicabilidade imediata das normas programáticas. Fora possível identificar os principais pontos deste conflito, utilizando-os como base para este trabalho, quais sejam o uso do argumento da cláusula da reserva do possível, a abertura semântica das normas constitucionais programáticas e os meios para dirimir as eventuais omissões inconstitucionais. O último ponto conflituoso apresenta-se como objeto central deste trabalho, uma vez que, o Estado brasileiro, em diversas vezes, é omissor na aplicação dos direitos e garantias fundamentais, sendo necessário encontrar um meio concreto de aplicação daqueles. Para explorar o tema foram verificados, principalmente, a Constituição Federal de 1988, a Lei Federal nº 9.868/99 e jurisprudências.

Palavras-chave: constituição; direito constitucional; normas constitucionais programáticas; omissão estatal; direitos sociais; direitos fundamentais.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CF/88	Constituição Federal da República de 1988
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 CONSTITUCIONALISMO	14
2.1 ORIGEM	15
2.2 CONSTITUCIONALISMO CLÁSSICO	17
2.3 CONSTITUCIONALISMO SOCIAL	19
2.4 NORMAS PROGRAMÁTICAS E A OMISSÃO ESTATAL	20
3 TEORIA DA CONSTITUIÇÃO	29
3.1 CONCEITO	29
3.2 BREVE ESCORÇO HISTÓRICO	30
3.3 CONCEPÇÕES ACERCA DAS CONSTITUIÇÕES	32
3.3.1 Concepção sociológica	32
3.3.2 Concepção jurídica	33
3.3.3 Concepção política	34
3.3.4 Concepção cultural	36
3.3.5 Concepção dirigente	37
4 TEORIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS	44
4.1 A NORMA CONSTITUCIONAL	45
4.2 AS CONDIÇÕES DE APLICABILIDADE DA NORMA CONSTITUCIONAL: DOCTRINA CLÁSSICA	47
4.2.1 A eficácia jurídica das normas constitucionais e sua evolução	49
4.3 AS ESPÉCIES DE NORMAS CONSTITUCIONAIS: OS PRINCÍPIOS E AS REGRAS	52
4.4 SURGIMENTO DO NEOCONSTITUCIONALISMO	55
5 TEORIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS	57
5.1 ORIGEM – O ESTADO SOCIAL	59
5.2 CONCEITO	61
5.3 CARACTERÍSTICAS E NATUREZA JURÍDICA	63
5.4 EFICÁCIA DAS NORMAS PROGRAMÁTICAS	65
5.4.1 A doutrina clássica	65
5.4.2 A doutrina moderna	66

6 OMISSÃO ESTATAL NA APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS	72
6.1 O PRINCÍPIO DA APLICABILIDADE IMEDIATA DAS NORMAS DEFINIDORAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	73
6.2 OS REMÉDIOS JURÍDICOS CONSTITUCIONAIS E A CORREÇÃO DAS OMISSÕES LEGISLATIVAS	76
7 CONCLUSÃO	81
8 REFERÊNCIAS	83

1 INTRODUÇÃO

O tema escolhido para esta pesquisa é de grande relevância jurídica e social. Inicialmente, mister se faz destacar a enorme importância deste tema para a oprimida sociedade brasileira e, posteriormente, passa-se a analisar sua importância e consequências jurídicas.

Desde o primeiro contato com as normas programáticas, nota-se a preocupação da doutrina e jurisprudência com a real eficácia e aplicabilidade destas. A sociedade brasileira se encontra passiva perante a não aplicação das normas programáticas, não tomando nenhuma iniciativa para buscar a sua real aplicação. Com isto chega-se a conclusão que sua importância reflete em toda a sociedade.

Devemos lembrar que o Brasil é um país no qual o contraste social é muito forte, havendo uma imensa desigualdade econômica. Desta forma, há que existir meios capazes de tornar estas desigualdades menos contrastantes e os direitos e garantias fundamentais eficazes e aplicáveis imediatamente.

Indiscutível também é a importância desse trabalho para o mundo jurídico. Sabemos que o Direito tutela bens da vida de valor significativo para a sociedade. Desta forma, não resta diferente com as normas constitucionais programáticas. O valor destas para a sociedade é imensurável, ao ponto de estar amparada no bojo de uma Constituição Rígida.

Ademais, encarando o Direito como fruto da sociedade, este tem que estar em constante evolução. Desta forma, não encarar as normas constitucionais programáticas passíveis de serem eficazes e aplicáveis imediatamente seria ir na contra mão desse desenvolvimento. Esse ramo do direito, no que pese ainda em crescimento, mostra-se fulcral ao desenvolvimento da sociedade brasileira.

Por se tratar de um tema amplo e complexo, foi preciso optar por uma de suas vertentes, aprofundando-se em suas questões e discussões específicas. Assim sendo, dentre o variado universo do constitucionalismo brasileiro, fora selecionado a omissão estatal legislativa perante a não aplicação das normas constitucionais programáticas.

Para tanto, este trabalho se preocupou em apresentar no seu segundo capítulo, o movimento político, social e cultural chamado constitucionalismo. Mostra-se essencial para a compreensão e entendimento acerca do desenvolvimento das normas constitucionais, inseridas, aqui, as normas programáticas. Faz-se, desde, logo, um adendo acerca do desenvolvimento da omissão inconstitucional na aplicação das normas programáticas, havendo uma transformação da ótica, passando da proibição da intervenção estatal, para a proibição da omissão quanto à intervenção Estatal na sociedade.

O terceiro capítulo se debruça na análise da teoria da constituição. Aqui se analisa os diversos modos de se interpretar a Carta Magna, aduzindo todo o desenvolvimento acerca das concepções existentes sobre o tema. Analisa-se que a Constituição carrega consigo determinado prisma axiológico de direitos e garantias fundamentais presentes/ausentes no momento de sua outorga/promulgação, sendo norma suprema, acima de qualquer outra norma jurídica.

No quarto capítulo tem como escopo a teoria das normas constitucionais. Aqui, o principal objetivo é tecer comentários sobre as condições de aplicabilidade da norma constitucional, analisando sua eficácia, a normatividade dos princípios e sua consequente diferenciação das normas. Objetiva-se delinear os preceitos de cada tipo de norma jurídica.

No quinto capítulo o objeto em tela é definitivamente a teoria das normas constitucionais programáticas, aduzindo que não há dúvida acerca de sua imperatividade, mas, sim, sobre sua efetividade. Buscam-se suas origens, a árdua tarefa de sua conceituação, a caracterização das normas programáticas e, principalmente, a análise da eficácia destas, analisando as teorias clássica e moderna sobre o tema.

No sexto e último capítulo adentra-se ao estudo da omissão estatal perante a não aplicação das normas constitucionais programáticas. Mostra-se como se desenvolve a inconstitucionalidade por omissão, aduzindo que esta não é apenas um não fazer, mas, sim, um não fazer diante da obrigatoriedade de um ato comissivo, aduz o desenvolvimento da doutrina acerca da aplicabilidade imediata das normas garantidoras de direito fundamentais, mostrando que não é necessário qualquer ato legislativo para aplicar imediatamente estes direitos, já que estes são normas jurídicas como quaisquer outras, e analisa os respectivos remédios jurídicos

constitucionais para corrigir as omissões legislativas. Apresentando, assim, a solução para este problema jurídico: a omissão estatal diante da eficácia e aplicabilidade imediata das normas programáticas.

2 CONSTITUCIONALISMO

O termo “constitucionalismo” é o produto de uma árdua divergência doutrinária. *A priori*, entendido como um movimento constitucionalista, este remete à época na qual existia um intenso debate entre o ideal de liberdade humana e o ilimitado poder absoluto do seu governante. Este é o entendimento de Canotilho (1997, p.48) quando aduz que este movimento não foi singular e direcionado a uma determinada região, ao inverso, aduz que foi um movimento plural, onde se buscava controlar o poder político e limitar os governos arbitrários.

Este movimento político, social e cultural, segundo Canotilho (1997, 49) objetivava a criação de meios e instituições necessárias à garantia de um modelo político que lastrearia os direitos e garantias da população governada em detrimento à limitação do poder absoluto. Mister se faz elucidar que, segundo Cunha Junior (2010, p.33), este movimento não visava a elaboração de nova Constituição. Explica-se. Se o constitucionalismo visava à limitação do poder absoluto de um governo, parte-se da premissa fundamental que o Estado e suas subdivisões já existiam à época do movimento. Desta maneira, quando há um Estado, significa que já existem os fundamentos de sua organização e que a sociedade já é politicamente organizada, lastreada por um complexo de normas estruturais e organizacionais.

Na verdade, o que existia era a insatisfação popular diante de um governo que não ouvia as “vozes” da população e apenas governava sob sua ótica e para seus interesses. Daí surge a “semente” da democracia e o tratamento igualitário para os membros de um mesmo Estado. Começa-se o questionamento sobre a ausência do Estado na aplicação e efetivação dos direitos e garantias individuais da população fruto de um modelo social estratificado, onde não havia a possibilidade de mudança no seu *status quo*, sendo apenas utilizada para prover os interesses de poucos.

Partindo-se da premissa de uma Constituição já existente, todavia, silente e omissa na aplicação dos direitos e garantias individuais da população de um dado Estado Absoluto, o constitucionalismo objetiva a inclusão dos ideais libertários nestas Constituições. Assim, para isso ocorrer, o poder absoluto e arbitrário do Governo, deveria ser limitado, se não, ceifado, da estrutura organizacional do Estado, pois, não seria possível a convivência de dois objetivos diametralmente opostos.

Como assegura Edvaldo Brito (1993, p.26) é nesse contexto que há uma inversão no eixo do poder, retirando das mãos do governo o poder dito soberano, ilimitado e arbitrário, passando para a população a soberania de titularidade e defesa de seus direitos e garantias individuais.

Nesta diapasão, podemos relacionar o constitucionalismo com as últimas manifestações brasileiras, ocorridas no ano de 2013. Com o mesmo objetivo, todavia, em momentos diferentes e dentro de um Estado Democrático de Direito, a população ainda busca a efetivação e aplicação dos seus direitos e garantias individuais. Após uma época em que se buscava a inclusão destes direitos no bojo de uma Carta Magna, vê-se que mesmo com a previsão destes direitos, a sua aplicação e efetividade ainda não foram garantidas.

Explica-se. Após o movimento chamado de constitucionalismo, o poder ilimitado e soberano do governante deu lugar à democracia, ao tratamento isonômico dos indivíduos, à previsão de direitos sociais, ao direito de pleno emprego, à educação, à saúde etc. Todavia, esta previsão não foi o bastante, encontrando-se óbices para a sua real aplicação.

Devido à abstração e ao caráter programático destas normas, as quais veiculam direitos fundamentais, o governo, muitas vezes, se desobrigam de cumprir seus mandamentos sob a alegação da não existência de dotação orçamentária, da falta de leis as quais regulamentem a aplicação destas normas e, na maioria das vezes, se utilizam de seu caráter não vinculativo para se eximir da aplicação dos direitos fundamentais. Neste trabalho monográfico, não se defende esta ideia e restará demonstrado, doravante, a falta de lastro jurídico para este pensamento.

2.1 ORIGEM

O constitucionalismo, como assegura Canotilho (1997, p.49), remonta à antiguidade clássica. Entendido como movimento cujo objetivo primordial é a busca da organização Estatal, sob uma ótica do ideal libertário, encontra-se as primeiras notas no povo Hebreu. Mesmo em um Estado teocrático, aqui, o poder não era nem absoluto nem arbitrário, ao inverso, era limitado à Lei do Senhor, criando limites ao poder político do seu respectivo governante.

André Ramos Tavares *apud* Karl Loewenstein (2013, p, 24) aduz que as Cidades-estados Gregas, já no século V A.C, foram o primeiro caso de democracia direta. Segundo este, “representaram o início de uma racionalização do poder, e até hoje constitui o único exemplo concreto de regime constitucional de identidade plena entre governantes e governados, uma vez que se tratava de democracia direta”.

Mister se faz frisar o quanto importante foi a República Grega para o constitucionalismo e para a própria democracia mundial. Nesta, foi instituído o instituto do “*check and balances*” ou freios e contrapesos. Explica-se. Como aduz Dirley da Cunha Jr. (2010, p.34), advindo de uma época em que o poder absoluto do governante era uma fonte de arbitrariedades, as quais não eram submetidas a nenhum sistema de controle, onde todos os poderes se concentravam na mão de um só homem, viu-se necessário um sistema capaz de controlar as arbitrariedades e contravenções de um dado Poder institucional, partindo-se da premissa da existência de um Estado democrático.

Daqui, portanto, a tamanha importância deste instituto, capaz de frear e sobrepor a vontade da Lei Maior à vontade individual de cada poder, evitando, assim, desigualdades, arbitrariedades, etc., instaurando um equilíbrio institucional do sistema governamental.

Todavia, foi na Idade Média que o constitucionalismo ganhou novos contornos e paradigmas, principalmente, após o advento da Carta Magna de 1215. Durante vários séculos, o povo na idade média viveu sob um regime absolutista monárquico, no qual era vedada qualquer forma participativa da população no governo. Estes governantes eram encarados como entidades divinas, verdadeiras reencarnações de Deuses, com o objetivo de comandar o povo e, assim, todo o aparato estatal era submetido à sua vontade “divina”.

Como preceitua Jorge Miranda (2013, p.22) as decisões emanadas pelo soberano eram consideradas acima das Leis, ou seja, os atos emanados de sua vontade não eram submetidos a nenhum tipo de controle, já que sua origem divina o colocaria acima de qualquer outro homem existente, não o submetendo a nenhum tipo de questionamento.

Contudo, é na idade média que surge a Carta Magna e, conseqüentemente, todo um movimento e prol dos direitos e garantias individuais em oposição à opressão dos

seus soberanos. Inicia-se, assim, um rascunho de uma lei fundamental, consagrando um conjunto de princípios e normas, as quais regeriam a relação entre as classes sociais e o poder soberano.

Como anota Canotilho (p.61) “a ideia da lei fundamental como lei suprema limitativa dos poderes soberanos virá a ser particularmente salientada pelos monarcas franceses e reconduzida à velha distinção do século VI entre “*lois de royaume*” e “*lois Du roi*””. Segundo este doutrinador, as últimas eram feitas pelo rei e, por conseguinte, havia uma espécie de competência exclusiva do rei para sobre ela dispor, modificando-as ou revogando-as. Já as primeiras seriam uma espécie de lei fundamental da sociedade, que o rei não tinha competência para sobre elas dispor, devendo respeitar a vontade da sociedade.

2.2 CONSTITUCIONALISMO CLÁSSICO

A busca da sociedade, principalmente, da burguesia, por um Estado mais igualitário, levou a uma onda de revoluções, com ideais libertários, por todo o mundo. Esse movimento foi o estopim do constitucionalismo liberal.

De acordo com André Ramos Tavares *apud* Nino Piçarra (2013, p.26) na Inglaterra houve um longo, lento e progressivo processo de construção das instituições constitucionais. Nesta diapasão, há um rompimento de um antigo estado Absolutista, com concentração de poder, para uma Estado Monarquista Constitucional. Aqui, há uma alteração da fonte de poder estatal, transferindo o poder da mão de um governo absoluto para o próprio Texto Constitucional.

Em verdade, agora, o poder emana diretamente da Carta escrita e mediatamente do povo. Até então ilimitado e livre de impedimentos, o poder absoluto se vê balizado pelos ditames constitucionais. Consequentemente, uma sociedade dita rigidamente estratificada, paulatinamente, ergue seus súditos ao status de cidadãos.

Nesta fase do constitucionalismo liberal, surgem ideias basilares para um futuro estado democrático de direito. Aqui, surge a ideia da separação dos poderes. André Ramos Tavares (2013, p. 27) aduz que esta doutrina surgiu primeiramente no século XVII, ligada à ideia do *rule of Law*. Mister se faz frisar que, nesta época, na

Inglaterra, já existia um embrião da doutrina da separação dos poderes. Aqui, havia uma distinção entre o poder governativo (*gubernaculum*), cujo rei sempre seria seu titular, e o poder jurisdicional (*jurisdictio*), realizados pelos juízes integrantes do sistema de *common Law*.

Todavia, como aduz Nuno Pirraça (p.23) esta tentativa de dicotomia entre as funções legislativa e função executiva não obteve o êxito esperado. Neste contexto, o que se teve na realidade, foi apenas a tentativa de impor que a pessoa responsável pela elaboração das leis, não fossem as mesmas pessoas responsáveis por aplicá-la.

Mister se faz esclarecer que até o início do século XVIII, a função executiva significava o impacto estatal na esfera individual de cada indivíduo, materializado através dos funcionários de polícia e dos tribunais. Atualmente, é sabido que o Poder executivo de qualquer Estado é responsável pela aplicação e fiscalização das Leis emanadas do poder Legislativo. Via de regra, não tem competência para alterá-las.

Nestas diapasão, essa ideia embrionária da separação entre a criação e a aplicação das leis serviu como base para o *rule of Law*. André Ramos Tavares (2013, p.29) cita as obras de Marsílio de Pádua, datada de 1324, para aduzir que o poder legislativo emanaria do povo, o qual delegaria este para uma assembleia de representantes, e o poder executivo seria de competência de um Príncipe, que não teria qualquer forma de participação no processo legislativo.

Esta separação orgânico-funcional significava, desta forma, uma independência das funções de um poder sobre o outro, o que, a posteriori, será fonte do sistema de freios e contrapesos. Desta forma, o monarca seria submetido às leis provenientes da soberania popular.

Importante frisar que, apesar de todo este movimento na Inglaterra, não houve um modelo de Constituição Escrita, como o modelo difundido nos Estados Unidos. Diferentemente da França, na Inglaterra houve uma gradação nas mudanças constitucionais, o que, na França, não ocorreu. Aqui, uma sangrenta revolução pôs fim em tudo o que existia, diante da opressão da classe plebeia.

2.3 CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

Mais recentemente se passa a exigir uma maior definição do papel do Estado. Como contribuição da Idade Média, o princípio da primazia da lei é uma afirmação de que todo poder político tem que ser legalmente limitado. Todavia, nesta época, ele foi apenas um simples princípio, muito pouco eficaz, já que faltava um instituto legítimo que controlasse o exercício do poder político e garantisse aos cidadãos o respeito à lei por parte dos órgãos do governo, Nicola Matteucci apud André Ramos Tavares (2013, p.30).

Nesta diapasão, o constitucionalismo moderno legitima o aparecimento da constituição moderna escrita, entendida, seguindo Canotilho (p.48) como “ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder público”.

O constitucionalismo moderno, portando, serve como uma aspiração à formulação de uma Carta Magna escrita, “que assegure a separação dos poderes e os direitos fundamentais como modo de se opor ao poder absoluto”, Dirley da Cunha Jr.(2010, p.36). Em um momento anterior, estes institutos vieram à luz, não com caráter vinculativos, mas, como verdadeiros preceitos a serem seguidos.

Todavia, como a sociedade e o Direito caminham juntos, viu-se a necessidade de defender e colocar em práticas estes institutos, como forma de evitar medidas demasiadamente erradas e ações arbitrárias. Como aduz Canotilho (p.47) “o constitucionalismo moderno representa uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos”.

Assim, preza pela limitação do poder e defende os direitos e garantias individuais como o cerne de uma Constituição escrita. Portanto, a fundação e legitimação do poder político e a constitucionalização das liberdades são os ideais deste movimento.

Com a consagração de uma Constituição escrita, adota-se um modelo que se caracteriza, a uma, pela publicidade, a duas, pela clareza e, a três, pela segurança, Canotilho (p. 66). Com estes pilares, encontra-se o embrião do que, em um futuro próximo, seria a base garantista de uma constituição democrática.

Com a publicidade permite-se a publicização dos atos do Estado, dando amplo e geral conhecimento às medidas adotadas, conhecendo a estrutura de organização do Estado, etc. Com a clareza evitam-se eventuais interpretações *in pejus*, ou arbitrárias, da lei. Com isto, traz uma maior segurança na aplicação da norma correta e com a sua devida interpretação, evitando uma aplicação equivocada da lei.

Nesta esteira, percebe-se que a instituição de Constituições escritas foi precedida de movimentos revolucionários, pois, há que se notar que as implementações destas constituições rompem de modo definitivo, com o ordenamento jurídico até então vigente. Na França, por exemplo, houve o estopim da chamada “corrida constitucionalista”, derrubando a monarquia francesa e a nobreza, as castas dominantes até então, e se insurgindo a favor do *liberte, egalité e fraternité*, Bobbio (2010, p.255).

Já nas Américas, a única peculiaridade foi que a independência das colônias exigiu a elaboração de constituições escritas, como uma forma de rompimento com os antigos costumes e o ordenamento jurídico colonial. Nesta esteira, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (20071, p.04).

2.4 NORMAS PROGRAMÁTICAS E A OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

Mister se faz analisar a relação entre as normas constitucionais programáticas e a omissão inconstitucional. Pois bem. Como já citado, houve uma época na qual a sociedade não exercia qualquer tipo de intervenção no Estado. Este, por sua vez, era soberano e ilimitado, exercendo seu poder político sem, todavia, ser capaz de sofrer qualquer tipo de sanção e/ou limitação.

Nesta esteira, o povo, sempre oprimido à vontade das classes dominantes, começou a se insurgir contra este pensamento, defendendo os ideais libertários e a limitação do poder político do seu governante. Todavia, nesta época, esta vontade geral não passava de meros conselhos, princípios a serem seguidos, sem, contudo, possuir verdadeiro poder de coerção. Note-se, aqui, o embrião das normas programáticas e,

inclusive, o defasado pensamento que aduz a sua não aplicação imediata, o que será doravante estudado.

Após o surgimento destes preceitos, passou-se a uma nova era em busca da aplicação dos direitos e garantias individuais. Ficou evidente que quando há monopólio na criação e aplicação das leis, abre-se espaço para eventuais atos arbitrários, todavia, sem espaço para questionamentos e sanções. Com isso, passa-se a era da separação dos poderes, como uma forma de promover a igualdade perante a sociedade, e da aplicação dos direitos fundamentais.

Pois bem. Ultrapassada esta fase embrionária dos preceitos, vislumbrou-se que seria necessária uma maior coercitividade para que os direitos e garantias individuais fossem respeitados e aplicados. Com a doutrina da separação dos poderes, esta ideia começa-se a ser instituída, impedindo que a pessoa que execute a lei seja a mesma que a crie e edite.

Todavia, como acima mencionado, a ausência de previsão dos direitos como norma, os impediam de serem aplicados efetivamente. Explica-se. Além do seu elevado grau de abstração, a falta de cumprimento deste, não acarretava qualquer tipo de sanção ao Governante. Eles existiam, de modo difuso, é verdade, mas existiam. Contudo, não havia formas de obrigar o Governante a aplica-las.

Com isso, viu-se necessário que os direitos e garantias individuais fossem protegidos por algum tipo de norma, pois, desta forma, impediria que fossem renegados e não aplicados pelos governantes. Ledo engano. Os direitos fundamentais passam a serem incluídos no bojo de uma constituição escrita, sendo delimitados e ampliados, porém, sua real efetividade não encontrará aqui seu respaldo.

Nesta esteira, ao inverso do que acontecia antes, a sua não aplicação geraria uma grave consequência, pois, a não aplicação das normas introduzidas em uma constituição, agora, causaria o que a doutrina chama de Omissão Inconstitucional. Nesta diapasão, o governante não poderia se opor ao cumprimento destas normas, pois, agora, estas estão amparadas sobre um ordenamento jurídico, possuindo coercitividade o suficiente para se imporem perante a sociedade.

Mas, não é apenas o seu poder de coerção ou apenas sua proteção no bojo de uma constituição que a fará ser aplicada. Como assegura a doutrina das normas

programáticas, Pontes de Miranda *apud* Paulo Pimenta (1999, p.136) aduz que estas normas apenas delineiam diretrizes ao poder público, sendo que “a legislação, a execução e a própria justiça ficam sujeitas a esses ditames, que são como programas dados à função legislativa”.

Nesta esteira, aduz Biscaretti de Ruffia *apud* José Afonso da Silva (1998, p.140):

Curso do século XIX, a enunciação desses direitos sofreu dupla transformação: passou para o texto das Constituições, imprimindo às suas fórmulas, até então abstratas, o caráter concreto de normas jurídicas positivas, válidas para os indivíduos dos respectivos Estados (dita subjetivação) e, não raro, integrou-se também de outras destinadas a atuar uma completa e pormenorizada regulamentação jurídico-constitucional de seus pontos mais delicados, de modo a não requerer ulteriormente, a tal propósito, a intervenção do legislador ordinário (ou seja, sua positivação).

A inclusão da previsão dos direitos e garantias individuais na constituição, materializados através das normas programáticas, faz com que a grande massa oprimida seja, pela primeira vez, beneficiada, nascendo, assim, o Estado Social. Todavia, esta tutela constitucional dos direitos fundamentais não foi obstaculizada somente pela necessidade de edição de lei posterior.

A falta de dotação orçamentária para a efetividade dos direitos sociais, via de regra, é utilizada como desculpa para não aplicação das normas programáticas. Todavia, mais uma vez, esta alegação não merece respaldo. Existe a previsão econômica de aplicação dos direitos básicos como, por exemplo, educação, saúde, saneamento básico, todavia, existem diversos fatores extrínsecos ao Direito que não permitem que o recurso chegue ao seu destino final, como a corrupção.

Portanto, apesar de uma fase de positivação dos direitos fundamentais, existem diversos fatores que não permitem a real aplicação destes. Como aduz José Afonso da Silva (1998, p.140) o cerne que a doutrina constitucionalista deve se debruçar para buscar a real efetivação destas normas constitucionais é encontrar “mecanismos constitucionais e fundamentos teóricos para superar o caráter abstrato e incompleto das normas definidoras de direitos sociais, ainda concebidas como programáticas, a fim de possibilitar sua concretização prática”.

Como versa Crisafulli *apud* José Afonso da Silva (1988, p.137) que as normas programáticas “constituem um verdadeiro programa de ação e, antes de tudo de legislação: um programa tendo como objetivo principal a disciplina das relações sociais e, mais em geral, da ordenação da sociedade Estatal”.

Portanto, no momento em que está amparada no bojo de uma constituição e há a previsão de uma ação, não há o que se discutir. A sua não obediência restará flagrantemente enquadrada como omissão inconstitucional. Como assevera Dirley da Cunha Jr (2004, p.109) as omissões inconstitucionais só existirão diante de normas constitucionais de eficácia limitada, já que são as únicas dependentes de ações do Poder Legislativo e, em algumas hipóteses, do Poder Executivo.

Nesta diapasão, a omissão inconstitucional advém do Estado Social, pois, neste momento, com as Constituições Dirigentes, elevou-se a participação do Estado, aumentando a condição de provedor do chamado Estado do bem-estar social, voltando-se à realização dos fins sociais previstos constitucionalmente, Dirley da Cunha Jr (2004, p.110).

Como acima citado, este instituto nasce como forma de coerção/sanção pela não aplicação das normas de eficácia limitada, já que, anteriormente, a não previsão destas normas no bojo de uma constituição não ensejaria qualquer tipo de sanção pelo Estado. Como aduz Dirley da Cunha Jr (2004, p.110):

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 a erosão da força normativa da Constituição Dirigente. E a Constituição de 1988, como demonstrado, é uma Constituição Dirigente e aberta, que contém um universo considerável de normas constitucionais não exequíveis por si mesmas. Daí concluir-se que a inconstitucionalidade por omissão é uma consequência jurídica lógica da própria postura da Constituição de 1988 que vincula, com sua força imperativa e dirigente, todos os órgãos do poder constituído.

Como preceitua Jorge Miranda *apud* Flávia Piovesan (2003, p.90) a omissão inconstitucional se caracteriza, a uma, “pela falta ou insuficiência de medidas legislativas”, a duas, “pela falta de adoção de medidas políticas ou de governo” e, a três, “pela falta de implementação de medidas administrativas, incluídas as medidas de natureza regulamentar, ou de outros atos da Administração Pública”.

Já na doutrina delineada por Luiz Roberto Barroso (2000, p.158) aduz que existem fatores que tornam concreta a omissão inconstitucional. Dentre eles, a uma “a omissão do órgão legislativo em editar lei integradora de um comando constitucional”, a duas, “a omissão dos poderes constituídos na prática de atos impostos pela Lei Maior” e, a três, a omissão do Poder Executivo caracterizada pela não expedição de regulamentos de execução das leis”.

Nesta esteira, Canotilho *apud* Clémerson Cléve (2000, p.52) aduz que:

“conceito de omissão legislativa não é um conceito naturalístico, reconduzível a um simples não fazer, a um simples conceito de negação. Omissão, em sentido jurídico-constitucional, significa não fazer aquilo a que, de forma concreta, se estava constitucionalmente obrigado. A omissão legislativa, para ganhar significado autônomo e relevante, deve conexas-se com uma exigência constitucional de ação, não bastando o simples dever geral de legislar para dar fundamento a uma omissão inconstitucional”.

Na esteira do pensamento de Canotilho *apud* Clémerson Cléve (2000, p.52) a omissão legislativa inconstitucional deriva quando há uma omissão quando, em verdade, o legislador deveria ter uma ação, esta por sua vez, imposta pela Constituição.

Portanto, desenvolvendo as ideias acima mencionadas, chega-se a um denominador comum. Primeiramente, partindo-se da fraca premissa que as normas programáticas necessitam de, ao mínimo, medidas legislativas para se efetivarem na sociedade, conclui-se que a falta de ação do legislador, em criar normas regulamentadoras, faz com que este incorra em uma das modalidades de omissão, agora, inconstitucional.

O mesmo se extrai da falta de adoção de medidas políticas e, aqui, é um ponto que merece destaque. Após algumas ideias transcorridas neste atual trabalho monográfico, percebe-se que, via de regra, em toda sua história, os direitos e garantias individuais sempre foram limitados, tanto na sua efetividade, quanto no alcance dos seus efeitos. Só que, existem diversos motivos concretos para isto ocorrer.

Com o desenvolvimento da doutrina das normas de eficácia limitada, passou-se pela época na qual os direitos fundamentais eram apenas preceitos a serem seguidos, sem qualquer força de coerção e sanção pela sua não aplicação, para a época de sua positivação e proteção no bojo de uma Constituição escrita.

Todavia, viu-se que não é bastante a sua positivação que levará os direitos e garantias individuais a serem aplicados na sociedade. Interesse Governamental, este o principal obstáculo para a real efetivação dos direitos fundamentais, no Brasil. Aqui, fora instituído na Constituição Social de 1988, todo um processo legislativo no qual, para uma lei entrar em vigor a mesma deverá passar por uma série de ritos processuais. Estes ritos, por sua vez, não são o objetivo deste atual trabalho.

Fruto da doutrina da separação dos poderes e, conseqüentemente, da doutrina do *check-and-balances*, fora instituído, no Brasil, a separação das funções de legislar,

executar e julgar as leis emanadas do poder público. Contudo, esta divisão e, conseqüentemente, a delegação de funções a variados órgãos, criaram burocracias ineficientes e causadoras de obstáculos para a real efetivação dos direitos e garantias individuais. Explica-se.

Conforme doutrina aduzida por Clémerson Cléve (2000) e, aqui, mais desenvolvida, a omissão inconstitucional é capaz de ter como sujeito omissor tanto o poder Legislativo, como o Poder Executivo. Após todo o processo constituinte, asseverou-se um rígido processo legislativo para o começo da vigência de uma nova lei. Todavia, não se pesou qual o real interesse do Estado, nessa criação e vigência de uma nova lei.

O que se sabe é que, tanto na Câmara de Vereadores, como a na Assembleia Legislativa, no Congresso Nacional e no Senado, há os parlamentares do governo e da oposição. A contrario sensu, do que se instituem no bojo da Constituição Federal, estes parlamentares, conhecidos com a “voz do povo”, para defender o povo, em verdade, constituídos de um mandato parlamentar (pelo povo), estão ali para defender o Governo, para defender as ideias e interesses somente do Governo.

Assim, é uma falácia constituinte a ideia que as casas legislativas são “as casas do povo”. Os parlamentares da bancada do governo, mais uma vez, revestidos por um mandato parlamentar, oriundo do voto popular, defendem o Governo e, conseqüentemente, o chefe do poder Executivo, tanto municipal, quanto estadual e federal.

Nesta diapasão, o que se tem, em verdade, é uma briga de interesses governamentais, deixando, mais um vez, como em toda a história, a vontade dos oprimidos de lado. Explica-se. Esta atual “democratização”, instituída pela doutrina da separação dos poderes, faz com que, na verdade, o processo legislativo seja uma “seleção natural” dos interesses das classes dominantes, pois, o que não for de interesse do governo e sim da sociedade, dependerá de muitas nuances para chegar a ser realmente aplicada, como nos casos dos direitos e garantias individuais.

Começa-se da base. A criação de um Projeto de Lei, por qualquer parlamentar, não depende somente de sua vontade. Por exemplo, no caso da Constituição Estadual Baiana, em seu art. 70, torna inconstitucional qualquer projeto de lei que aumente a

despesa do governo do Estado, ou seja, qualquer lei que aumente os gastos estatais é de competência privativa do Governador. Assim, a seleção natural já começa daí.

Portanto, questiona-se se a aplicação e efetivação dos direitos fundamentais poderia ser limitado à competência de instituição somente pelo Governador. Se estes direitos são para o bem de toda uma sociedade, privatizar sua competência a somente um ente é, ao mínimo, arbitrário.

Ultrapassada esta fase, existem diversos tipos de lei que, como aduz a doutrina, somente delimitam e regulamentam um direito já posto, não aumentando nem diminuindo os gastos do estado. Pois bem. Dentro do processo legislativo, este projeto de Lei deve passar por diversas Comissões para, então, ser aprovada e posteriormente ser sancionada pelo Governador.

Todavia, na realidade, o trâmite processual não é igual para todos os projetos. Via de regra, o que ocorre é que quando o projeto não é de interesse do Governo, sua tramitação fica emperrada nos confins dos gabinetes parlamentares. Ou seja, não existe interesse, de nenhuma das partes, que aquele projeto seja aprova e sancionado.

Contudo, caso seja de interesse do governo, existe uma cooperação entre as comissões tamanha que, em alguns casos, fazem com que determinado projeto seja aprovado e sancionado pelo governador em tempo recorde.

Outra hipótese é a possibilidade de um projeto, após percorrer lentos e demorados tramites, seja aprovado e encaminhado para a sanção do Governado. Mais uma vez, este está responsável pela “seleção natural” dos interesses da classe dominante, podendo, inclusive, não sancionar o projeto de lei a ele encaminhado.

Como assegurado acima, a separação de poderes pode ser uma falácia para garantir a eficácia dos direitos e garantias individuais. A delegação de poderes entre diversas pessoas pode, inclusive, ser prejudicial à própria democracia e a Constituição Dirigente, complicando, ao invés de facilitar, a aplicabilidade dos direitos fundamentais.

Outro ponto fundamental é partir da premissa que a Lei está posta e em plena vigência. Como assevera Jorge Miranda *apud* Flávia Piovesan (2003, p.90) a ausência de medidas administrativas pela Administração pública é uma das espécies

de omissão inconstitucional. A lei já sancionada pelo chefe do executivo depende de medidas extrínsecas para se efetivarem perante a sociedade. Explica-se.

A execução das leis fica a cargo do poder executivo municipal, estadual ou federal. Em teoria, este é obrigado a executar as leis provenientes do poder legislativo específico, todavia, não é o que ocorre. Munido por diversos motivos como, por exemplo, a falta de dotação orçamentária, para não aplicar a lei posta e vigente, este poder se escusa de tomar medidas para a real concretização dos preceitos inclusos na dita cuja lei.

Nesta esteira, Jorge Miranda (1983, p.403) aduz que, a uma, o não cumprimento da Constituição deriva da violação de certa e determinada norma, a duas, se trate de norma constitucional não-exeqüível por si mesma e, a três, nas circunstâncias concretas da prática legislativa, falem as medidas necessárias para tornar exeqüível aquela norma, são hipóteses de omissão inconstitucional.

Nesta mesma esteira Flávia Piovesan (2003, p.92) assevera que “para caracterizar a omissão legislativa, a intervenção do legislador há de advir não do dever geral de legislar, mas da específica e concreta incumbência ou encargo constitucional”. “Surge uma verdadeira ordem de legislar de cunho específico, cujo cumprimento está adstrito à emissão das normas correspondentes.”

Nesta diapasão, entende-se que há a omissão legislativa quando há um dever de editar normas pelo legislador infraconstitucional. Mas, questiona-se quando há este dever. Segundo as lições de Roque Carrazza (1998, p.264) existe o dever quando está expresso na própria constituição o dever de ação expresso e quando, apesar de posta e em vigência, a lei, implicitamente, requer a mediação legislativa.

Nesta esteira, aduz Dirley da Cunha Jr. (2004, p.118) que não é toda e qualquer omissão do poder público que levará a omissão inconstitucional. Segundo este doutrinador, a única hipótese que enseja este tipo de omissão é aquela medida a qual for indispensável à exeqüibilidade da norma constitucional. Assim, não basta uma abstenção simples para ensejar a omissão inconstitucional. Como acima mencionado, este tipo de omissão somente se recai sobre as normas constitucionais de eficácia limitada, ou seja, aquelas que necessitam de uma medida posterior para ser aplicada.

Dirley da Cunha Jr. (2004, p.119) ainda aduz outra possibilidade, qual seja, o decurso de um tempo razoável para a edição da medida omitida. Ou seja, nesta hipótese, apesar de sua amplitude semântica, apenas a demora na edição de determinada medida é capaz de ensejar uma omissão constitucional. Assim, a demora na construção de uma escola, demora na construção de um posto de saúde, etc., poderia, segundo este doutrinador, ser enquadrada como omissão inconstitucional.

Nesta diapasão, Jorge Miranda (1996, p.507) versa que ainda são hipóteses de omissão inconstitucional, a uma, a omissão de revisão ou reforma constitucional, quando a Constituição, explícita ou implicitamente, requerer a modificação de algum de seus estatutos e, a dois, a omissão de decisão judicial, denegando-se a própria justiça.

3 TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

Existem diversos modos de se compreender as Constituições. A máxima que “o homem é produto do meio em vive”, aplica-se muito bem no âmbito das concepções das Cartas Magnas. Explica-se. A abertura semântica, característica basilar das Constituições, abre um universo infinito de interpretações. Além disso, é intrínseco ao homem buscar uma vantagem pessoal, em detrimento dos demais. Desse modo, a depender do estágio de um dado Estado, a “Liberdade”, cláusula pétrea da nossa atual Constituição e positivada no art. 5º, pode ser relativizada, assim como qualquer outro direito fundamental, por exemplo.

No Brasil, e em outros Estados como Alemanha, Itália, Portugal, e etc., houve momentos nos quais a vontade do Chefe Supremo era mais importante do que a vontade do povo. Assim, os direitos fundamentais eram interpretados e aplicados sobre sua ótica e concepção. Isso gera uma insegurança jurídica tremenda, ao ponto de violar a esfera jurídica de cada pessoa. Nessa conjectura, o ângulo de observação e interpretação afeta, diretamente, a aplicação concreta da Constituição.

Sob a ótica brasileira, a carta magna de 1988 foi criada após um momento turbulento da democracia brasileira, momento este, no qual os direitos e garantias individuais foram extremamente ceifados e limitados por uma concepção autoritária e equivocada. Nasce, assim, uma das melhores constituições sociais do mundo, a chamada Constituição Social Brasileira de 1988.

3.1 CONCEITO

Entende-se a constituição como produto da manifestação do poder constituinte originário. Como dita André Ramos Tavares (2013, p.163) desta manifestação do poder constituinte originário resulta a produção de um novo texto fundamental. Assim, esta Carta Magna, criada sob um determinado prisma sociológico, carregará consigo toda uma carga axiológica de direitos e garantias fundamentais presentes/ausentes no momento de sua constituição.

Entendida como a Lei Fundamental esta rege a organização de um dado Estado e disciplina seus elementos essenciais, como a forma de governo, direitos e garantias individuais, direitos sociais, fundamentais e etc.

Todavia, como a maioria dos conceitos jurídicos, o vocábulo Constituição tem diversos significados. Estes, por sua vez, serão analisados pelo doravante estudo das concepções acerca das constituições.

3.2 BREVE ESCORÇO HISTÓRICO

Antes de adentrar ao estudo das normas constitucionais programáticas, mister se faz esclarecer pressupostos básicos ao tema, como, por exemplo, o percurso histórico das constituições, dos direitos sociais, dos direitos fundamentais, e principalmente, da aplicação destes direitos no Brasil, como surgiu a ideia umbilical da Constituição e com qual objetivo ela foi criada.

Com efeito, desde a antiguidade clássica, existe a noção de uma norma superior hierarquicamente. Todavia, esta superioridade era uma virtude dividida, ou seja, era um presente dividido a um ser, que, com este poder, torna-se um Deus. Com isto, possibilitou-se a escravatura de povos durante milhares de anos. Este poder soberano era indiscutível, na medida em que, um poder de um Deus não poderia ser contestado por um mero mortal.

Porém, com o passar do tempo, esta ideia divina do poder foi se enfraquecendo. Os povos escravizados foram se insurgindo contra séculos de opressão, desigualdade e da ideia de que somente os dignos do poder divino era que poderiam governar.

A ideia de um conjunto de normas superiores não é uma dádiva dos tempos modernos. Como preceitua Ferdinand Lassalle (1998, p.39), “Constituição real e efetiva a possuíram e a possuirão todos os países, pois é um erro julgarmos que a Constituição é uma prerrogativa dos tempos modernos. Não é certo isso”. Ferdinand Lassalle (1998, p.39) ainda chama atenção que a diferença entre as Constituições existentes é a reunião das normas escritas nas folhas de papel. De fato, a ação de escrever normas e princípios instituidores do Estado, torna o documento solene, com uma forma estabelecida, ajudando assim, a busca da efetividade destas normas.

Com efeito, desde a época dos gregos e romanos, a ideia de normas superiores, as quais tinham como objetivo organizar o próprio poder, fixando os seus órgãos, estabelecendo as suas atribuições e seus limites, já existia (Ferreira Filho, 2001, p.03). Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, (2001, p.03):

A noção de Constituição, pois, já existia entre os gregos e romanos, no domínio do pensamento jurídico e político. Aristóteles distinguia entre uma categoria de normas que organizavam e fixavam os fundamentos do Estado (as normas de organização), e as normas comuns (as regras) que eram elaboradas e interpretadas em consonância com as primeiras. Tal distinção, contudo, só veio a ser acentuada no século XVIII, a partir do movimento denominado constitucionalismo, que surgiu, inicialmente, com o propósito de limitar o poder, afirmando a existência de um conjunto de normas que seriam a ele anteriores e superiores. É daí que a expressão Constituição passou a ser empregada para designar o corpo de normas que definem a organização fundamental do Estado.

Como aduz Dirley da Cunha Júnior (2010, p.73):

[...], podemos conceituar Constituição como um conjunto de normas jurídicas supremas que estabelecem os fundamentos de organização do Estado e da Sociedade, dispondo e regulando a forma de Estado, a forma e sistema de governo, o seu regime político, seus objetivos fundamentais, o modo de aquisição e exercício do poder, a composição, as competências e o funcionamento de seus órgãos, os limites de sua atuação e a responsabilidade de seus dirigentes, e fixando uma declaração de direitos e garantias fundamentais e as principais regras de convivência social.

Diante do exposto, nota-se que a preocupação com os direitos sociais e fundamentais, é um pressuposto intrínseco à Constituição. Como se dá à efetivação das normas constitucionais no Brasil e no mundo?

A Constituição deve ser dinâmica ao ponto de acompanhar a velocidade da sociedade, ou seja, deve acompanhar esta na medida de que se desenvolve. Para este fim, portanto, a constituição não deve ser um conjunto rígido e inflexível de normas, pois, caso a afirmativa fosse verdadeira, a Constituição iria transformar-se em um conjunto obsoleto, em um mero “peso de papel”. De antemão, a Constituição deve ser um conjunto flexível, a qual acompanhe os passos largos da transformação da sociedade. Para isto ocorrer, destarte, a Constituição não deve ser constituída somente de regras, mas, também de princípios.

3.3 CONCEPÇÕES ACERCA DAS CONSTITUIÇÕES

Mister se faz analisar cada uma das concepções acerca das constituições, sintetizando as diversas teorias, verificando em qual sentido se deve conceber a Constituição Estatal.

3.3.1 Concepção sociológica

Numa concepção sociológica, a Constituição é produto da sociedade, ou seja, é produto da realidade social. Fica mais claro quando se usa a Carta Magna inglesa. Esta, proveniente da *common Law*, é o inverso da Constituição brasileira. Não existe, naquela, um livro no qual seus artigos são escritos e positivados. Na verdade, a Constituição inglesa provem dos costumes da própria sociedade. Desse modo, não é produto da razão de poucos e sim do resultado das forças sociais. Não é algo criado e inventado pelo homem, mas sim por sua realidade política e social do presente. Dessa maneira, a Carta Magna deve ser examinada diante do reflexo da sociedade que a adota. Como aduz o filósofo Donosco Cortés (1998, p. 49-50):

As constituições são formas com que se revestem os povos nos distintos períodos de sua existência e de sua história, e como as formas não existem por si mesmas, nem têm uma beleza que lhes seja própria, nem podem ser consideradas senão como a expressão das necessidades dos povos que as recebem (...). As Constituições, pois, não devem ser examinadas em si mesmas, mas em relação às sociedades que as adotam. Se a razão nos dita esta verdade, a história nos ensina que as sociedades tendem a revestir-se das formas que lhes são próprias e a dar-se a Constituição de que necessitam para repousar em um todo consistente e harmonioso.

Ferdinand Lassale (1998, p.25) revela os fundamentos da Constituição, quais sejam, os fatores reais de poder que regem uma determinada sociedade. Ou seja, é uma força ativa e eficaz que lastreias todas as instituições e leis vigentes em um dado país. A aristocracia, a monarquia, os banqueiros, grande burguesia, a pequena burguesia e classe operária compunham, sem exceção, a Constituição de um dado Ente, chamado de Carta Magna reale e efetiva. “Esta é, em síntese, em essência, a Constituição de um país: a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação”, Lassale (1998, p.32). Ou seja, a Carta Magna é lastreada na infraestrutura estatal, levando em consideração todos os pilares que fazem uma sociedade se

desenvolver, até porque, a ausência deste pensamento iria levar a um regime autoritarista, onde só os fortes tem voz.

Há que se distinguir esta concepção da Constituição Jurídica. Esta, não ultrapassa a barreira de um peso de papel, onde suas normas positivadas não possuem o menor grau de complexidade. Todavia, a Carta Magna jurídica não pode divorciar-se da Real, sob sanção de não se torna legítima. De nada serve escrever uma folha de papel, as normas que uma da sociedade deve seguir se, da fato, a própria sociedade não a considera legítima. Nesta linha de raciocínio, aduz Cunha Júnior (2010, p.76) que a Carta Magna jurídica, para ser real e eficaz deve corresponder fielmente à Constituição real e ter suas raízes nos fatores reais de poder que regem o Estado.

Lassale (1998, p.35) ainda aduz que os problemas constitucionais não são problemas jurídicos, mas sim problemas de poder e que a Carta Magna somente tem por base os fatores que vigem em um dado Estado, enquanto que as Constituições escritas não tem valor algum a não ser que expressem a realidade da sociedade contemporânea a ela.

3.3.2 Concepção Jurídica

Numa abordagem jurídica, a Constituição é vista como uma norma jurídica superior, fundamental à organização do Estado e de seus elementos essenciais, dissociada de qualquer fundamento sociológico, político ou filosófico. Para o jurista, a Carta Magna é vista como norma jurídica de organização.

Assim, segundo doutrinadores, como Ranelletti, defende a ideia que a Constituição é um conjunto de normas jurídicas que regulam o ordenamento fundamental do Estado, instituem-lhe os órgãos constitucionais, regulando a formação e a competência destes.

Explica-se. Desde a concepção umbilical da Constituição, passando pela Teoria Pura do Direito, esta tem uma característica basilar: a ideia de normas superiores às demais. Ou seja, dentro de um dado Estado, utilizando-se a pirâmide normativa de Hans Kelsen, existem variadas normas de várias hierarquias. Contudo, deve existir

uma norma superior capaz de submeter às normas inferiores ao seu mandato, caso contrário, todas as normas seriam hierarquicamente iguais, ao ponto de causar uma insegurança jurídica sem precedentes.

Ou seja, graças à ideia de uma norma superior hierarquicamente, as demais normas devem observar, a princípio, a Carta Magna, ao ponto de caso ao contrário estas normas possuam vício material ou formal, ao ponto de torná-las nulas e inexistentes no ordenamento pátrio brasileiro.

3.3.3 Concepção Política

Segundo Schmitt (2001, p.30), reconhece-se a diversidade de sentidos do vocábulo “Constituição”, limitando-o, porém, à Constituição do Estado. Em sentido absoluto, entendida com um todo unitário, pode haver significados como, a uma, o próprio Estado em sua concreta existência política. Defendida pelos gregos, a ideia que a Carta magna é a própria alma do Estado, afinal, cessa-se a Constituição cessa-se o Estado, a duas, forma de governo, ou seja, uma maneira especial de ordenação política e social, sendo exemplos claros a monarquia, aristocracia, democracia, etc., a três, um princípio dinâmico de agregação, sucessão, transformação e coordenação, a quatro, uma regulação legal fundamental que lastreia um sistema de normas. Neste particular, lastreia o pensamento moderno. A ideia de uma norma hierarquicamente superior, a qual todas as normas hierarquicamente inferiores devem obedecer.

Em sentido relativo, Schmitt (2001, p.37), a Carta magna significa uma pluralidade de normas constitucionais, distintas de conteúdo, alcance e valor. Todavia, quando a forma é diferente. Explica-se. Cada tipo de norma tem um devido processo legal. Para a aprovação de uma Medida Provisória é necessário quórum qualificado, já para a aprovação de uma Lei Ordinária não. Todavia, apesar de formalmente serem distintas, todas estão hierarquicamente submetidas aos ritos da própria Constituição. Entendida como conjunto de normas superiores, esta tem que prevê os ritos necessários para aprovação de cada tipo de norma.

Nesta concepção, de cunho forma e externo, tudo que está inserido na Constituição é constitucional, pouco importando o conteúdo e alcance. Por este motivo, estas

normas não podem ser modificadas por Lei Ordinária. Esta ideia da inalterabilidade coaduna-se com a ideia da Constituição rígida e, mais uma vez, merece ser criticada. Ora, como uma Constituição, onde todas as normas nela prevista regulam toda uma sociedade em seus mais variados ramos, pode ser rígida e inflexível, já que, á contrário modo, a sociedade é dinâmica. Mais uma vez, a Carta Magna flexível é a ideia para acompanhar, a passos largos, a dinâmica sociedade moderna.

Em sentido positivo, para Schmitt (2001, p.46), a Carta Magna é o modo e forma de ser uma unidade política, ou seja, de uma Nação. Assim, a Constituição é uma decisão fundamentalmente política, a qual implica sobre o modo e a forma de existência da unidade política. Através do poder constituinte, estabelecem-se normas as quais o Estado e todas as pessoas que nele habitam deverão obedecer.

Este poder constituinte, o qual estabelece as normas de cunho geral, via de regra, estabelece uma decisão consciente da comunidade política, ou seja, de uma vontade política já existente. Aqui, percebe-se que não é a Constituição que estabelece as normas e preceitos fundamentais e sim o inverso, a unidade política, a Nação que gera a Constituição. Este pensamento mostra-se verdadeiro, pois, imagine-se uma Constituição que fosse fruto da vontade somente de uma determinada classe, desse modo, todas as outras classes não iriam ser prestigiadas pela Carta magna, gerando assim, insegurança jurídica e desigualdade social.

Nada mais certo. Se a máxima que o governante é a voz do povo, nada mais justo que isso. Na medida em que o povo o elegeu para exercer esse poder, é porque o povo concorda com suas ideias para que isto se transforme em benefícios para o próprio povo. Todavia, não é assim na realidade. Na verdade, quando o governante assume o poder, “a máquina” estatal não deixa que ele realize somente o bem pra o povo. Os conchavos e trâmites elitistas emperram o devido processo legal.

Há, portanto, que se diferenciar a Constituição das Normas Constitucionais. Segundo Schmitt (2001, p.55), em cada carta Magna existem normas que se destacam pela enorme relevância que tem para uma dada sociedade, regulando as estruturas dos órgãos do Estado e as próprias relações interpessoais dos cidadãos que naquela Estado habitam. De antemão, existem normas que não são de interesse público, como as normas que regulamentam relações privadas de interesses particulares, que só estão inseridas na Constituição para serem protegidas contra a modificação por Lei Ordinária.

3.3.4 Concepção Cultural (conexão entre as concepções anteriores)

Tal afirmação parte da premissa que o Direito é um objeto cultural, já que este é produto da atividade humana, pois, tudo o que conhecemos que teve intervenção humana, e em que se incorpora ou procura incorporar-se valor, é cultura (Teixeira, 2001, p.69).

O Direito provém da cultura, pois, procura disciplinar dados reais, trabalhando com valores como Justiça, Liberdade, Igualdade, etc. Neste aspecto, o Direito está submerso na realidade cultural-social do Estado, e não tem outra forma se não esta. O direito é produto da sociedade. O mais exemplificativo disto é que o Direito, em algumas sociedades, permite o aborto e a pena de morte, já em diversos, vai totalmente ao inverso.

É inquestionável a base empírica do Direito. Este tem que acompanhar, a passos largos é verdade, a dinâmica progressividade da sociedade. Distanciando-se da realidade fática, a subsunção da norma ao caso concreto não existirá, pois, não existiriam fatos tutelados pelo ordenamento jurídico.

O próprio Kelsen (1990, p.55) defende a aproximação do Direito à realidade. Sustenta o doutrinador que a vigência da norma pertence à ordem do dever ser e não do ser, devendo, assim, distinguir a vigência da norma e sua eficácia em uma dada sociedade, ou seja, um dado fato real que irá se subsumir ao fato normativo.

Materializada a Constituição na realidade de uma dada sociedade, há outro fenômeno a ser estudado. A partir do momento ao qual a Constituição está imersa na realidade social, ao passar do tempo, esta pode se tornar um ser autônomo. Explica-se. Com a atual conjuntura do mundo, onde o dinamismo e globalização acontecem em uma velocidade jamais vista, a Lei tem que ser capaz de acompanhar esta velocidade. Não é que ao passar do tempo a Constituição pode se distanciar da sociedade, mas sim, ir à frente desta. O poder Constituinte tem que ser capaz de tornar a Constituição um meio pelo qual os direitos serão garantidos. Se houver uma lacuna jurídica, por exemplo, os direitos individuais não estarão assegurados.

3.3.5 Concepção dirigente

Esta concepção surge após a crise econômica americana de 1929 e das duas grandes guerras mundiais. Neste intere, a tentativa de proporcionar um Estado de bem estar social sucumbiu junto com o ideal econômico vigente há época. Assim, surgiu a ideia do Estado intervencionista, como uma tentativa de frear os abusos outrora cometidos e de incentivar a livre concorrência.

Como aduz Fábio de Oliveira (2009, p.247) uma Constituição é dirigente quando impõe “uma normatividade, de teor procedimental e conteudístico, que tenciona (limitar e condicionar), a orientar, as ações/deliberações do Estado e da sociedade, inclusive no campo individual ou privado”. Ou seja, segundo este doutrinador “Constituição Dirigente vincula os procedimentos e as conclusões a que esses processos podem levar, o que significa uma direção de materialidade”.

Ainda em continuação, aduz que essa vinculação é a partir de normas e não através de conselhos ou exortações, ou seja, dirige a vontade política Estatal. “Assim, a diretividade das metas estabelecidas, dos valores postos, dos deveres e direitos pronunciados. Ou seja: a direção da materialidade constitucional e não a falta de rumo do vazio de conteúdo”.

A Carta Magna de 1988 é uma típica Constituição Material e, portanto, uma constituição Dirigente. Esta, por sua vez o é porque é material. Ou o dirigismo é substantivo ou não é nada, não é dirigismo, Fábio de Oliveira (2009, p.250). Nesta diapasão, aduz Canotilho (p.457) que a Constituição Dirigente é uma política racional de pequenos passos e uma teoria aproximativa da justiça. Assim, se defronta com as dificuldades das antecipações de mudança social através do direito.

Nesta concepção o que se tem é uma preocupação com a evolução da sociedade e do direito. Aqui, é pacifico a possibilidade de evoluir o Direito, através de uma Constituição Dirigente para, enfim, evoluir a sociedade. Ou seja, aquela ideia de que a sociedade evolui junto com o direito cai por terra.

Canotilho (p.457) sustenta que a legislação prospectiva é uma forma de evolução, todavia, não se podem desconsiderar as diferenças sociológicas e ideológicas do direito e da sociedade. Explica-se. Ao se instituir uma Constituição Dirigente, todo o ordenamento jurídico prévio deve sucumbir à nova ordem estabelecida. Contudo,

este choque não pode ser tão abrupto. As novas normas, de caráter prospectivos devem ser novas ao suficiente para promover a evolução do direito junto com a sociedade, mas, conservadoras o bastante para não romperem abruptamente com a ordem e justiça social em vigor. Todavia, esta mudança, embasada na história, é precedida por ações revolucionárias.

O que esta doutrina defende, enfim, é a tentativa de promover a mudança social através da força normativa do direito, através de uma ação, principalmente, uma ação constitucional. E para isto, incluem no bojo de uma constituição escrita normas com este objetivo, as chamadas normas constitucionais programáticas.

Nesta diapasão, interpreta-se constituição dirigente como um programa, como um ideal a ser seguido pelo direito e pela sociedade, com o fim de evolução das normas ali inclusas. Todavia, é verdade, a execução destes princípios não obedece a uma relação lógica de execução de plano e sim um discurso constitucional da realização de interesses pragmáticos e da legitimação de pretensões de domínio político, Canotilho (p.461).

Como assevera Canotilho (p.462) o caráter programático e normativo não são conceitos materialmente antiéticos. As normas programáticas, apesar de carecem de concretude, não podem deixar de ter força normativa vinculante no momento de sua aplicação. O que é necessário é precisar a natureza desta força normativa, sobretudo na perspectiva político-constitucional.

A relevância constitucional do bloco dirigente é eliminada por uma atividade infraconstitucional e criada fora do Direito, as quais se exemplificam por atos de governo e direção política. Neste intere, a constituição dirigente se torna distante em relação ao entendimento de política como campo juridicamente livre e constitucionalmente desvinculado, (Canotilho, 463).

O objetivo da constituição dirigente, lastreada “nas linhas de direção política, nos princípios determinadores de fins, nas normas determinadoras de tarefas estaduais e em imposições constitucionais” não é um engessamento da direção política, diminuindo sua amplitude do poder de tomar decisões, (Canotilho, p.463).

A dinâmica constitucional exige a dinâmica política, pois, as normas diretivas precisam de alguém para lhe retirarem da inércia, aplicando-lhe seus preceitos na sociedade. Assim, o programa constitucional aponta para o programa de governo e

para atos de direção político-programático. Como bem conclui Canotilho (p.463), “o bloco constitucional dirigente não substitui a política; o que se torna é premissa material da política”.

As normas constitucionais programáticas explicitam que a vinculação constitucional não é através de limites, impondo e limitando o campo de atuação de seu aplicador, e sim uma verdadeira vinculação material, exigindo uma base constitucional para a aplicação destas normas, Canotilho (p.464).

O que na verdade ocorre é uma inversão dos valores constitucionais dos atos de governo na aplicação do dirigismo constitucional. Explica-se. Citado anteriormente, a dinâmica política é lastreada pela dinâmica constitucional, esta não limitando e sim vinculando materialmente os atos de governo.

Pois bem. Na verdade, os atos políticos praticados no Brasil, principalmente na época pré-eleitoral, se utilizam do dirigismo estatal e suas normas abstratas para proverem benefícios para si próprios. A promessa de aplicação destas normas, trazendo benefícios para a população ou seus eleitores, fazem das normas programáticas um verdadeiro catalisador para a campanha eleitoral. A falta de iniciativa do próprio Estado faz com que seus integrantes se utilizem deste “vazio legislativo” para se aproveitarem da torpeza própria do Estado.

Assim, o bloco constitucional dirigente não é um fator limitador à dinâmica política. Na verdade, fornece um impulso diretivo material para consagrar uma exigência de atuação destes. Desta forma, a constituição dirigente requer do Estado uma ação, uma atitude para assim aplicar seu dirigismo na sociedade. De lado inverso, a sociedade necessita da ação estatal para ver aplicado o dirigismo constitucional, ou seja, a sociedade é passiva da ação/omissão dos atos de governo.

Canotilho (p.465) faz um adendo que merece análise. Segundo ele as linhas de direção política se traduzem em projeto políticos no âmbito da atividade de governo. “Não sendo normas jurídicas no sentido constitucional, produto de um processo legislativo, é incorreto pretender aquilatar sua conformidade com a constituição como se tratasse de atos normativos ou como se as linhas de direção fossem extraídas dos preceitos constitucionais”. Ou seja, este defende a ideia de que os atos de governo não são normas jurídicas, devendo se lastrear nos preceitos fundamentais.

Canotilho (p.465) aduz que a política não é criação de nenhum sistema normativo, sem pré-constituído à Constituição do interesse superior do Estado. Os objetivos deste não devem, em hipótese alguma, derivar da vontade política do governo já que os fins políticos e as tarefas de uma república devem se lastrear perante a base normativa de uma Constituição.

Assim, mais uma vez, Canotilho (465) defende a ideia da Constituição dirigente e suas normas programáticas como um marco a ser seguido pelo Estado, delimitando suas fronteiras de atuação e indicando qual caminho deve ser seguido para que a sua vontade seja efetivamente aplicada na sociedade, não abrindo brechas legais para eventuais desrespeitos as garantias individuais e direitos fundamentais de cada cidadão.

Assim, uma definição programático-constitucional dos fins e tarefas do estado não obstaculiza o poder de conformação da maioria simples que se apoia em um dado governo e nem impede a renovação das diretivas políticas e o pluripartidarismo. Ao inverso, o que se impõe é um objetivo em comum, o objetivo do Estado de direito. Isto não seria possível caso a diretiva política fosse parte legítima para definir os contornos e objetivos Estatais.

Estaria diante de um Estado sem um objetivo em comum, fadado as vontades políticas distintas em cada eleição, desrespeitando o princípio da segurança jurídica, da legalidade e diversos outros tratados internacionais. Tudo bem que estar-se-ia exercendo o poder supremo da soberania estatal, dentro de suas fronteiras, todavia, estar-se-ia diante de um Estado maleável, sem a confiança internacional para investimentos estrangeiros, impondo o fracasso econômico e o desrespeito internacional.

Este é um fenômeno corrente no atual Estado Venezuelano. Aqui, a vontade constitucional é suplantada pela vontade política e suas diretivas. Os marcos constitucionais, os quais deveriam ser supremos, são delimitados, lastreados, e desrespeitados pelas diretivas políticas de seus representantes. Com isto, há um imensurável insegurança estatal.

Já no Brasil, isto não ocorre, todavia, as corrupções, a falta de regulamentação do lobby, fazem com que exista uma falácia constitucional, onde a vontade dos detentores de poder oprime a vontade do povo. Assim, a constituição dirigente se

torna fracassada, já que os legitimados a buscar sua aplicação, na verdade, exercem esse poder com o intuito de auferir vantagens para si ou para outrem, sempre se esquecendo de que seu mandato político foi-lhe concedido através da vontade popular.

Como aduz Canotilho (p.466) a atividade de direção política não é determinadora de um indefinível interesse Estatal e fixadora dos méis de prosseguir-los, mas, é uma espécie de mediadora da constituição.

Diante de um dirigismo explícito nesta concepção, a constituição torna-se um instrumento de justiça social, com o intuito de diminuir a concentração de riquezas, promover a igualdade de raças e gêneros, promover a educação de qualidade, etc. Com isto, como assevera Miguel Calmon Dantas (2009, p.27) o dirigismo constitucional se justifica pelo objetivo de defender a falta de efetividade das normas programáticas e seus direitos sociais.

Nesta esteira, aduz que o cerne problemático da constituição dirigente seria a dificuldade em trazer à realidade as normas projetivas do futuro, devendo lograr êxito para, enfim, operar sobre a realidade fática. Canotilho *apud* Miguel Calmon Dantas (2009, p.27) anota que a previsão de um programa como normas constitucionais conseguiria atingir uma imediaticidade concretizável, de forma a acabar com a falácia da constituição não cumprida ou não concretização da norma. Data vênica, no Brasil, não funcionou assim.

A priori, viu-se a inclusão de normas diretivas, projetivas, no bojo de uma constituição escrita como o alcance certo e imediato destas normas no seio da sociedade. Todavia, o que se viu foi a previsão de outros institutos que, doravante, seriam usado como limitadores da aplicação e efetivação dos programas sociais ali também incluídos.

Explica-se. A separação de funções acaba por mitigar a eficácia dos direitos e garantias individuais no momento em que se defende a ideia de uma dotação orçamentária própria para gasto, por exemplo. Também, em função de sua abstração e generalidade do texto constitucional, usa-se como barreira pra escusar-se de efetivar medidas publica com fins sociais.

Todavia, como assevera Miguel Calmon Dantas (2009, p.28) não se deve utilizar destas falsas premissas para afirmar o fim do constitucionalismo dirigente, já que

deve ser estudado e aplicado sob a ótica de cada país, em especial, o Brasil. Assim, os problemas locais devem servir de embasamento para a projeção de programas sociais, determinados de acordo com a realidade de um dado Estado.

Em verdade, o que se critica nesta concepção é sua capacidade utópica. Segundo Miguel Calmon Dantas (2009, p.250) o programa constitucional não se deve limitar ao que está positivado, devendo recorrer a necessidade existencial de promover a realização dos direitos e garantias individuais sob o prisma de uma dada realidade sociológica. A ideia utópica de um Estado igualitário é o que move o ideal do governado. Como já afirmado, nos tempos em que a população se via oprimida pela vontade e desmandos do seu governado, esta se insurge com o objetivo de ter seus anseios respeitados.

O inverso também é verdade. O imaginário utópico de uma sociedade igualitária, respeitadora dos direitos e garantias individuais, é o que move o sentimento de “segurança” destas pessoas. No momento em que se resta patente a ausência de ideais utópicos, a sociedade estará fadada aos mandos e desmandos, novamente do seu governante. Ou seja, este utopismo é lastro essencial para o esperado e normal desenvolvimento de uma sociedade.

Este é o entendimento de Weiber *apud* Miguel Calmon Dantas (2009, p.250) quando versa que o desencantamento com a política partidária brasileira, com a mercantilização do processo político-decisório, resultando em um esvaziamento ideológico-programático dos partidos que, cada vez mais, buscam menos os interesses dos eleitores e mais os interesses dos eleitos, geram uma descrença no dirigismo constitucional, ao ponto de, indubitavelmente, contestar a efetividade de uma constituição social como a brasileira de 1988.

O que ocorre, em verdade, é que o mau costume empregado pelos partidos políticos e pelos próprios políticos, constituídos mediante um mandato político, acaba por criar um ceticismo exarcebado dos governados e, consequentes, um ceticismo perante os programas previstos na carta Magna.

Contudo, para o dirigismo ser seguido e aplicado pela sociedade, esta, por sua vez, tem que estar integrada, unida e partícipe na realização dos direitos fundamentais e objetivos constitucionais, conforme preceitua Miguel Calmon Dantas (2009, p.252). Nesta diapasão, a comunidade tem de se perceber na Constituição e de ser

percebida a Constituição na comunidade, para que haja uma ligação forte e simultânea o suficiente para que ambas as partes possam se desenvolver.

Como preceitua Haberle *apud* Miguel Calmon Dantas (2009, p.252) a Constituição é um espelho da realidade, contudo, não apenas com este papel, mas, como a própria fonte de luz, indicando, assim, um caminho a ser percorrido pela sociedade, caminho este, que deve ser comum a ambas as partes.

Com isto, este dirigismo constitucional gera uma feição programática das normas garantidoras dos direitos e garantias individuais. Segundo Norberto Bobbio (2007, p.71), todavia, não são apenas as normas constitucionais tem esta feição programática, sendo uma própria característica do Estado Social.

Nesta diapasão, assenta que este Estado social fora precedido por aquele cujo único objetivo era intervir na esfera econômica com o único objetivo de defender seus interesses. Agora, este estado se propõe a dirigir a atividade do país em sua completude, com um objetivo previamente estabelecido, ou seja, há claramente a passagem do Estado protecionista para o estado programático.

Nesta esteira, o estado programático de Bobbio se equivale ao estado social, sendo ambos pautados de normas programáticas.

4 TEORIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Segundo Paulo Bonavides (2013, p.244) o problema do constitucionalismo contemporâneo está em delimitar o caráter normativo das Constituições, principalmente, em delimitar o caráter jurídico das normas constitucionais programáticas e o seu grau de eficácia e aplicabilidade.

Com enfoque nas normas programáticas, relacionando, novamente o Estado e a sociedade, o constitucionalismo social abre-se para os direitos sociais. Filiando-se a doutrina mais moderna do direito constitucional, há que se reconhecer que tudo que está inserto no texto constitucional tem valor normativo.

Assim, indubitavelmente, em matéria de Constituição rígida, perfilha-se a doutrina que reconhece a eficácia vinculante das normas constitucionais programáticas, Paulo Bonavides (2013, p.245). Sem este reconhecimento, não há como reconhecer a unidade de uma constituição, pois, assim como as normas programáticas, a constituição funciona como uma direção a qual o Estado deve obedecer e seguir e, sobretudo, o seu desrespeito é capaz de ensejar uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão, um mandado de injunção e inúmeras ações por omissão estatal.

É com este objetivo que o trabalho atual monográfico se debruça, com o intuito de criticar e apontar uma solução a falta de eficácia e aplicabilidade das normas programáticas, aponto que a sua não aplicação é capaz de gerar sanção por omissão estatal.

Atribuindo-se a eficácia vinculante das normas programáticas faz com que o constitucionalismo brasileiro dê passos largos em direção ao respeito de sua constituição, pois, a tese de antinormatividade destas normas faz com que os juristas e os responsáveis por sua aplicação evadam-se do seu cumprimento ou observância de regras e princípios constitucionais, Paulo Bonavides (2013, p.246).

Assim, segundo a linha deste doutrinador, a compreensão das normas programáticas como normas jurídicas contribui para reconciliar conceitos historicamente distantes: o conceito jurídico e o político de Constituição, Paulo Bonavides (2013, p.246).

4.1 A NORMA CONSTITUCIONAL

Adotando-se uma visão jurídica da Constituição conclui-se que esta é conglomerado de normas jurídicas, aptas a surtirem efeitos na sociedade, regulando sua vida política, social e jurídica, já que se compreende a Constituição como norma suprema a qual deve ser obdecida pelas normas infraconstitucionais, José Afonso da Silva (1998, p.44).

Já segundo Luiz Roberto Barroso (2011, P.191) as normas constitucionais são aquelas emanadas do poder constituinte originário ou reformador, estando no bojo de uma Constituição rígida. Desta forma, destacam pela sua supremacia dentre os demais tipos de normas jurídicas integradas em qualquer ordenamento jurídico.

Partindo de um entendimento já superado, restará demonstrado que a distinção entre normas constitucionais materiais e formais não merece mais prosperar. Aduz José Afonso da Silva (1998, p.44) que “as normas constitucionais são todas aquelas que integram uma constituição rígida”. Entende que não interessa o conteúdo material, apenas interessando seu sentido formal, ou seja, a mera localização desta no bojo da carta fundamental, não importando se contém, ou não, valor constitucional material, como normas que dispõe sobre a organização do Estado. Explica-se.

Existem muitas normas constitucionais materiais que, devido a sua não distinção hierárquica das demais normas jurídicas, perdem parte do seu significado maior, quer dizer, constitucional, como, por exemplo, as normas Eleitorais, José Afonso da Silva (1998, p.44).

Todavia, os largos passos em direção ao constitucionalismo dirigente tornaram esta distinção inócua. A busca pela efetivação de direitos e garantias individuais resultou em uma maior amplitude na aplicabilidade das normas constitucionais. Nesta diapasão, não importa se o caráter da norma constitucional é material ou formal e sim o resultado obtido com a aplicação desta norma.

Nesta esteira, Michel Temer (2002, p.22) aduz que ambas as normas constitucionais materiais e formais possuem os mesmos efeitos jurídicos. Assim, não há mais que se falar na distinção de tais normas, já que estas estão em patamares hierarquicamente iguais, produzindo os mesmo efeitos jurídicos e que, para serem

alteradas, devem ser submetidas a um rígido processo legislativo, definido pelo poder constituinte originário.

Assim, todas as normas constitucionais contêm juridicidade o suficiente para impor deveres e defender direitos e garantias fundamentais sendo, portanto, normas jurídicas. Ruy Barbosa (1991, 475) aduz que todas as constituições contemporâneas têm normas constitucionais, todavia, de diversos tipos, funções e natureza. Nesta esteira, mister se faz distinguir estas normas quanto aos seu grau de eficácia e aplicabilidade. Umas são de eficácia contida, limitada e até plenas.

Todavia, isto não quer dizer que não tem conteúdo não jurídico, ao inverso, elas possuem imperativo dogmático, mas, para serem efetivamente aplicadas dependem, ou não, de uma norma regulamentadora. Nesta diapasão é que, doravante, abre-se um embate contra a doutrina clássica da não aplicação imediata das normas programáticas. Ruy Barbosa (1991, p.475) defende a ideia que todas as normas são dotadas de imperatividade, sem exceção, pois, tanto as normas omissivas quanto às comissivas, são de obediência cogente para os indivíduos aos quais a norma se dirige, sejam pessoas físicas, jurídicas ou órgãos públicos.

Segundo José Afonso da Silva (1998, p.47) há diversos tipos de normas, com diferentes funções e naturezas, já que se destinam a diferentes objetivos, todavia, correlacionadas, condicionadas entre si. Nesta diapasão, formam um conjunto global, no qual internamente é constituído de diversos micro ordenamentos, nos quais a ausência de uma dada norma faz existir uma lacuna jurídica, a qual será preenchida de acordo com a analogia, princípios e costumes.

“Algumas normas são plenamente eficazes e de aplicabilidade imediata, outras são de eficácia reduzida, dependendo do legislador que lhes integre o sentido e que sua incidência; não são de aplicabilidade imediata, mas, aplicáveis até onde pode — neste aspecto é que o atual trabalho monográfico se debruça —”, José Afonso da Silva (1998, p.47).

Em obra vestibular, José Afonso da Silva já defende a ideia de que mesmo que alguma norma jurídica precise de Lei, emanada de um processo legislativo ulterior, que lhe dê executibilidade e aplicabilidade, esta não deixa de ser norma jurídica, tendo seu grau de aplicabilidade e eficácia próprios.

Luiz Roberto Barroso (2011, p.198) aduz que existem diversas consequências das normas constitucionais. A primeira delas é a aplicabilidade direta e imediata as situação que às contemplam, principalmente, em relação à proteção e direito direitos e garantias individuais e dos direitos fundamentais.

A segunda consequência é que estas normas funcionam como parâmetro de validade para as demais normas jurídicas, as quais, obviamente, são inferiores hierarquicamente. Assim, estas devem observar seus mandamentos e, só assim, são aptas a possuírem a validade necessária para serem aplicadas no ordenamento jurídico pátrio.

A terceira e última consequência seria que no momento em que o interprete do direito aplique a norma infraconstitucional, este tem o dever de se orientar pelas normas constitucionais, as quais são instituídas de valores e fins próprios.

Nesta diapasão, conforme já analisado acima, as normas constitucionais possuem características próprias, apenas se diferenciando das demais normas jurídicas, a uma, pela supremacia, a duas, a abertura semântica, a três, seu conteúdo específico e, a quatro, sua dimensão política, Luiz Roberto Barroso (2011, p.197).

4.2 AS CONDIÇÕES DE APLICABILIDADE DA NORMA CONSTITUCIONAL: DOCTRINA CLÁSSICA

Firmado o entendimento de que todas as normas insertas no bojo de uma constituição rígida detém estrutura e natureza jurídico-constitucional, mister se faz avançar sobre suas condições de aplicabilidade.

Partindo-se da premissa de que as normas constitucionais regem as relações sociais, estas foram criadas para serem aplicadas. Desta forma, aplicabilidade, segundo José Afonso da Silva (1998, p. 51) exprime uma possibilidade aplicação real, concreta, na sociedade.

É o caso da possibilidade da subsunção do fato à norma, ou seja, quando existir uma norma prévia, preenchida com todos os requisitos para a sua plena aplicabilidade, esta deve se enquadrar em um caso concreto nela prevista. Assim, há que se indagar quais os requisitos para isto ocorrer.

José Afonso da Silva (1998, p. 52) aduz que “sociologicamente, as normas constitucionais são eficazes e aplicáveis na medida em que efetivamente observadas e cumpridas”. Juridicamente, no entanto, a aplicabilidade das normas constitucionais, e os demais tipos normas também, dependem, a uma, de vigência, a duas, de legitimidade, e a três, de eficácia. Passa-se a análise de cada condição.

Quanto à vigência e a chamada de *Vacatio constitutionis*, segundo José Afonso da Silva (1998, p. 52) aduz que vigência “é o sentido técnico-formal de norma que foi regularmente promulgada e publicada, com a condição de entrar em vigor em data determinada”.

Existe todo um processo legislativo para que uma dada lei seja criada e, posteriormente, seja aplicada no caso concreto. Há toda uma ritualística necessária para conferir a esta norma sua vigência e aplicabilidade na sociedade. Desde a sua propositura, sua passagem em cada comissão da casa legislativa, onde ira ser estudado sua devida obediência formal e material em relação à Constituição, sua conseqüente votação e aprovação em cada comissão parlamentar, seu devido sancionamento pelo chefe do poder executivo competente, são alguns procedimentos, amparados na Constituição, para que um dada lei seja aprovada e, conseqüentemente, possua sua inteira vigência.

Assim, vigência é a capacidade de uma dada norma existir no plano jurídico, tornando-a sua observância obrigatória, exigível. Nesta diapasão, mister se faz distinguir a vigência da eficácia, já que esta é condição daquela, Dirley da Cunha Jr. (2010, 148). Para que a norma tenha eficácia, é necessário que a norma primeiro comece a vigorar, a produzir seus efeitos. A vigência é condição de efetivação da eficácia, ainda que, a plenitude desta dependa de normas integrativas.

Quanto à legitimidade, segundo José Afonso da Silva (1988, p.55) significa que há legitimidade quando há um obediência formal e substancial aos ditames impostos pela constituição. Explica-se. Como já citado anteriormente, há que existir um respeito aos ditames impostos pelo sistema normativo pátrio.

Considerando o escalonamento das normas que compõe o ordenamento jurídico, as normas infraconstitucionais devem respeitar as normas constitucionais. São legítimas na medida em que sejam constitucionais, segundo o principio da compatibilidade vertical, José Afonso da Silva (1998, p.55).

Todavia, conforme já explicitado anteriormente, a Constituição está em um patamar superior das demais normas existentes no ordenamento jurídico pátrio, ou seja, todas as demais normas infraconstitucionais devem respeitar seus ditames impostos e aquelas que divergem de seus preceitos são consideradas inconstitucionais. Portanto, se aquelas normas são hierarquicamente superiores, onde irão encontrar sua legitimidade, sua validade?

Nesta diapasão aduz José Afonso da Silva (1998, p.58) que toda Constituição deriva de um poder constituinte originário, não limitado juridicamente e, no caso de reforma constitucional, este poder se encontra com a própria legislatura ordinária, revestida, é claro, pelos ditames do poder de reformar. Assim, este poder constituinte, seja originário ou reformador, possui legitimidade para instituir normas, as quais, nas lições de Tércio Sampaio Ferraz Júnior (p.22), trata-se de um conceito prospectivo, inicia-se da legitimidade até suas consequências, enquanto que a validade se trata de um conceito retrospectivo, encaminha-se da validade até sua origem.

4.2.1 A eficácia jurídica das normas constitucionais e sua evolução

Segundo José Afonso da Silva (1988, p.73) a jurisprudência e a doutrina foram as responsáveis por evoluir a classificação e concepções acerca das normas constitucionais e sua eficácia.

Nesta linha, a doutrina aponta as normas *self-executing* como aquelas desde logo aplicáveis, pela sua capacidade de possuir plena eficácia jurídica, regulando diretamente as situações e comportamentos que cogitam.

Já as normas *not self-executing*, aduzindo ideias de Ruy Barbosa, aduz que são aquelas que não possuem meios de ação para seus direitos nela incluídos. Assim, instituem encargos, competências, mas, contudo, dependem do Legislador para escolher critérios para que se habilite a exercer seus preceitos.

Quanto à eficácia a dogmática brasileira é marcada pela influência da clássica e majoritária obra de José Afonso da Silva. Como aduz Willis Santiago Guerra Filho (P.129) a distância entre o ideário constitucional e a calamitosa realidade social do Brasil só faz aumentar. Assevera que lastreado em obras estrangeiras como de

Veio Crisafulli, aquele constitucionalista brasileiro insere de maneira impar a ideia de que não há norma constitucional desprovida de eficácia.

Assim, Willis Santiago Guerra Filho (p.132) assevera que se promove a superação da doutrina, por nós difundida por Ruy Barbosa, que distinguia as normas constitucionais em “*self-executing*” e “*not self-executing*”, ou autoexecutáveis e não autoexecutáveis, estas, desprovidas de eficácia.

Neste intere, José Afonso da Silva (1998, p.66) aduz que eficácia é “a capacidade de atingir os objetivos traduzidos na norma jurídica, que vêm a se realizar os ditames jurídicos objetivados pelo legislador” Assim, traduz-se por eficácia jurídica a qualidade de produzir, em menor ou maior grau, efeito jurídicos.

Neste intere, continua aduzindo que a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade, ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica. José Afonso da Silva (1998, p.66) continua analisando que o alcance dos objetivos da norma constitui efetividade.

“Assim, há a chamada eficácia social das normas jurídicas em relação a sua efetividade, pois, o produto final objetivado pela norma se consubstancia no seu controle social”, José Afonso da Silva (1998, p.66), enquanto que a eficácia jurídica é apenas a possibilidade que isso venha a acontecer.

Neste intere, dentre as várias classificações apresentadas em sua obra, José Afonso da Silva separa em, a uma, normas de eficácia plena, a duas, normas de eficácia contida, a três, normas de eficácia limitada ou reduzida, estas se subdividindo em normas programáticas e normas de legislação.

Quanto às normas de eficácia plena aduz o doutrinador que “são aquelas sem necessidade de qualquer integração legislativa infraconstitucional para que produza de imediato seus efeitos”. Assim, são todas aquelas normas que desde a vigência da Constituição são aptas a produzirem todos os seus efeitos.

Quanto às normas de eficácia contida, aduz José Afonso da Silva (1998, p.82) “que são aquelas dotadas de uma eficácia que se pode qualificar de prospectiva, pois, embora possua eficácia total e imediata, a legislação constitucional pode restringir seu campo de abrangência, porque sujeitas a restrições previstas ou dependentes de regulamentação”.

O autor utiliza como exemplos expressões como “ordem pública”, “segurança nacional” para aduzir que estas expressões podem conter a eficácia normativa destas normas. Assim, enquanto o legislador infraconstitucional não expedir norma capaz de conter a sua eficácia, esta norma terá como característica sua eficácia plena.

Nesta diapasão, aduz Dirley da Cunha Júnior (2010, p.168) que apesar de depender do legislador ordinário, este somente o pode restringir a plenitude de sua eficácia, regulamentando os direitos subjetivos que delas decorrem para os cidadãos sem afetar sua essência, obedecendo assim, a vontade do legislador.

Quanto às normas de eficácia limitada aduz José Afonso da Silva (1998, p.119) que são aquelas que não estão aptas a produzirem seus efeitos de imediato por necessitarem “de uma ação legislativa infraconstitucional, ou de adequação para seu integral cumprimento”.

Sua subdivisão em normas legislativas são aquelas que “contém esquemas gerais, como o início de estruturação de instituições, órgãos, ou entidades, pelo que também podiam ser chamadas normas de principio institutivo”.

Já as normas programáticas “são normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativo, executivo, jurisdicionais e administrativos)”, assim, como programas a serem aplicados por cada ente estatal, com o objetivo da realização de seus fins sociais.

Nesta diapasão, são todos os direitos à educação, à moradia, à cultura, ou seja, são aqueles direitos sociais, econômicos e culturais, os quais carecem de ações governamentais para a sua realização. Aqui, adentra-se no verdadeiro submundo das relação política publica X interesse estatal no seu real interesse de aplicação deste direitos.

4.3 AS ESPÉCIES DE NORMAS CONSTITUCIONAIS: OS PRINCÍPIOS E AS REGRAS.

Partindo da clássica doutrina de Robert Alexy (p, 85) a diferenciação entre princípios e regras é à base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e a chave para a solução de problemas centrais da dogmática destes direitos.

Verzio Crisafulli *apud* Paulo Pimenta (1999, p.127) aduz que consolida-se a teoria sobre a normatividade dos princípios, disciplinando comportamentos públicos ou privados. Já Dworkin *apud* Paulo Pimenta (1999, p.127) amplia os alicerces da teoria dos princípios distinguindo as funções integrativa, interpretativa e programática dos princípios. Segundo ele, todos os princípios têm essas funções, todavia, algumas destas são relativizadas.

Noberto Bobbio *apud* Paulo Pimenta aduz que os princípios são normas fundamentais ou generalíssimas do sistema. Para ele não há dúvida. Os princípios são normas como todas as outras.

No ordenamento jurídico brasileiro, o último doutrinador a defender a normatividade dos princípios fora Eros Roberto Grau, em sua singular monografia intitulada “A ordem Econômica da Constituição”.

Segundo Eros Roberto Grau (1988, p.125) ainda que os princípios possuam tamanho grau de generalidade, eles portam os pressupostos de fato, sendo suficiente para sua caracterização como norma.

Todavia, o atual trabalho monográfico irá se debruçar, principalmente, na moderna teoria dos princípios, sobretudo no enfoque das normas constitucionais programáticas.

Adotando-se como lastro o artigo escrito pelo doutrinador Humberto Ávila (2000, p.06) citando Esser, aduz que princípios não contêm diretamente ordens, mas, apenas fundamentos, justificando uma ordem. Assim, a distinção entre princípios e regras não seria apenas quanto ao grau de abstração e sim quanto a sua qualidade.

Já segundo Larenz *apud* Humberto Ávila os princípios seriam normas de grande relevância no ordenamento jurídico já que estabelecem critérios, fundamentos, preceitos para a interpretação da aplicação do Direito. Desta forma, há que se notar

uma convergência quanto algumas das teorias sobre os princípios, onde todas caracterizam os princípios quanto ao grau de abstração e generalidade prescritiva normativa.

Nesta esteira, segundo Alexy *apud* Humberto Ávila (2000, p.10), aduz que a diferenciação entre princípios e regras residem na diferença quanto à colisão. Explica-se. Na colisão entre princípios, há apenas uma limitação recíproca, já na colisão de regras, “há que se ter a declaração de invalidade de uma delas ou a abertura de uma exceção que exclua a antinomia”.

“Também há que distinguir quanto à obrigação que instituem, já que as regras instituem obrigações absolutas, já que não são superadas por normas contrapostas, enquanto que os princípios instituem obrigações *prima-facie*, já que podem ser derogadas”.

Segundo Humberto Ávila (2000, p.21), as regras são entendidas como normas que estabelecem fins, com uma maior definição, estabelecendo sua concretização sobre qual o comportamento devido. Assim, dependem menos da relação com outras normas para a determinação da conduta devida.

Como aduz Canotilho (1997), a Constituição é composta por regras e princípios de diferentes graus de densidade normativa (concretização), articulados de maneira tal que, juntos, formam uma unidade material, na qual, as normas, tento podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a forma de regras.

Nesta discussão, há de se frisar a normatividade dos princípios e das próprias normas programáticas. Por muito tempo, o objetivo de ambos foi confundido e até mesmos rejeitados. Os princípios não eram vistos como integrantes do ordenamento jurídico, não sendo assim, possíveis objetos da tutela jurídica. O próprio artigo 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil preceitua “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”.

Preceitua o autor lusitano Jorge Miranda (1996, p.155):

“Por certo, os princípios, muito mais que os preceitos, admitem ou postulam concretizações, densificações, realizações variáveis. Nem por isso, o operador do jurídico pode deixar de os ter em conta, de os tomar como pontos firmes de referência, de os interpretar segundo os critérios próprios da hermenêutica e de, em consequência, lhes dar o devido cumprimento.”

Ora, analisaremos posteriormente, mais a fundo, o conceito e concepção das normas programáticas. Estas se caracterizam, principalmente, pelo objetivo futuro de

sua concretização. Há que se esclarecer a diferença, portanto, entre princípios e normas programáticas. Do mesmo modo, a diferença entre princípios x normas programáticas se são, ou não, mesmos institutos. Na medida em que não há mais dúvidas quanto à eficácia e aplicabilidade dos princípios, há que se esclarecer a (in) eficácias das normas constitucionais programáticas.

Alexy (2001, p.95) esclarece um pouco a distinção quando:

“O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios reside em que os princípios são normas ordenadoras de que algo se realize na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são mandatos de otimização, caracterizados pelo fato de poderem ser cumpridos em diferentes graus, e a medida do seu cumprimento não depende apenas das possibilidades jurídicas. As regras, ao contrário, só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então há de se fazer exatamente o que ela exige, nem mais, nem menos. As regras contêm determinações no âmbito do que fática e juridicamente possível. Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma ou é uma regra, ou é um princípio.”

Todavia, parte da doutrina, como Alexy e Dworking, não concorda com esta teoria, a qual, assim, confunde-se profundamente a aplicação das normas programáticas, dos princípios. A parte doutrinária a qual não concorda afirma que não só as normas como os princípios, seriam mandatos de otimização, podendo entrar em colisão total, de modo que, a aplicação de um princípio em um dado caso concreto afastaria a aplicação de outro eventualmente colidente, como não pertencente ao mesmo ordenamento jurídico (Ávila, 2003).

Ronald Dworkin (1987, p.22) sustenta a diferença básica entre normas e princípios no fato em que, aquelas são aplicáveis em todo ou em parte, enquanto que estes podem deixar de ser aplicados, ainda que ocorra o fato o qual permita sua aplicação.

Chega-se, portanto, à necessária discussão acerca da eficácia dos princípios e regras. Entende-se por eficácia, segundo Kelsen (2000, p.11), “ao fato real de a norma ser efetivamente aplicada e observada”. O mesmo salienta que a eficácia e a validade estão umbilicalmente ligadas, no momento em que, para uma dada norma seja considerada válida, quando a conduta humana que ela regula lhe corresponda efetivamente, assim, uma norma entra em vigor antes ainda de se tornar eficaz, ou seja, antes de ser seguida e aplicada (Kelsen, 2000).

Segundo Dirley da Cunha Júnior (2010, p.356), a eficácia jurídica, se difere da eficácia social. Esta se caracteriza por mostrar sua efetiva aplicação, ou seja, o fato de ser aplicada na realidade da sociedade de um dado país. Já aquela aduz a

possibilidade de aplicação da “norma”. A eficácia social mostra o fato de a sociedade respeitar uma dada norma e aplicá-la no seu dia-a-dia, sendo observada, pois, aproxima-se da realidade dos cidadãos. Uma norma a qual é afastada da realidade da sociedade mostra-se ineficaz socialmente. Portanto, é possível que uma dada norma tenha eficácia jurídica, todavia, não possuindo eficácia social, pois, via de regra, a eficácia jurídica é pressuposto para ser socialmente eficaz. Pode-se explicitar, por exemplo, a Lei a qual proibia o uso de álcool e a condução de veículos automotores. Antes da instituição da Lei Seca, os cidadãos não respeitavam a limitação, pois, não havia sanções severas, e muito menos, fiscalização. Agora, já com a nova Lei, com punições e sanções previstas, os motoristas passam a respeitar, pois, temem a sanção do Estado. Assim, esta lei, hoje, possui tanta eficácia social quanto jurídica.

4.4 SURGIMENTO DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Meados do século XX se originou, na Europa, o pensamento voltado a reconhecer supremacia material e axiológica da Constituição. Nesta esteira, seu conteúdo normativo, dotado de força normativa, passa a ser condição de validade, estabelecendo deveres de atuação para todo o Estado, Dirley da Cunha Júnior (2010, p.38).

Nesta diapasão, este pensamento faz surgir um novo paradigma jurídico, qual seja, o Estado Constitucional de Direito. Segundo Luis Roberto Barroso (2005, p.123) o neoconstitucionalismo identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado. Dentre elas está o Estado Constitucional de Direito, “o pós-positivismo coma centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre direito e ética”, e a força normativa da constituição.

Isso se deu ao fracasso do Estado Legislativo de Direito, principalmente marcado pela época autoritarista, exemplificada pela Holocausto e inúmeras outras barbáries. Nesta época, viu-se que a estrita legalidade e o respeito à Lei não foram suficientes para propagar os direitos e garantias individuais.

Viu-se que apenas a letra lei, imposta por um sistema pré-determinado por alguma autoridade dotada de competência normativa, não seriam suficientes para a

legitimação dos direitos sociais e fundamentais. Nesta esteira, “destaca-se a força normativa da Constituição, com eficácia jurídica vinculante e obrigatória, com eficácia jurídica vinculante e obrigatória, dotada de supremacia material e intensa carga valorativa, Dirley da Cunha Júnior (2010, p.39).

Assim, a própria legalidade está subordinada à Constituição, de modo que a condição de validade das leis e demais normas jurídicas dependem da compatibilidade vertical e material com os princípios e regras constitucionais.

5 TEORIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS

Segundo Crisafulli (1952, p.215), as normas constitucionais programáticas caracterizam-se pelo fato de traçarem objetivos a serem cumpridos pelos órgãos componentes ao poder estatal, visando à efetividade dos fins fundamentais e sociais do estado, e não pelo fato de regular direta e imediatamente estes interesses.

Ou seja, é uma espécie de mandatos, cujo objetivo a ser cumprido não tem caráter imediato e, segundo a teoria que não concordamos, não passível de tutela jurídica. Aduz Cunha Júnior (2010, p.170) que “são normas de eficácia limitada que veiculam políticas públicas ou programas de governo, como o resultado de um compromisso assumido pelas Constituições dos Estados contemporâneos”. Meirelles Teixeira (1991, p.165) comenta brevemente que “as normas de constitucionais de caráter programático são matéria de natureza ético-social, representando o aspecto das Constituições contemporâneas relativo à justiça social: direito à educação, saúde, etc”.

Todavia, cabe, aqui, um esforço mais profundo. É sabido que as normas programáticas necessitam de normatividade futura, pois, muitas vezes, não possuem o meio ideal para serem cumpridas. Parte esmagadora da doutrina afirma de maneira veemente que não se é possível exigir a eficácia de uma norma programática, toda via, não é bem assim. “Países onde a desigualdade social é um caráter marcante, na maioria das vezes os cidadãos necessitam da mão “invisível” Estatal para lhe acolher e guiar, pois, com seus próprios recursos, não conseguem” remar contra a maré” da economia, onde só os fortes sobrevivem e vivem, literalmente. Como aduz um dos expoentes no assunto, no Brasil, José Afonso da Silva (1998, p.164), as normas programáticas, independem de regulamentação, produzem eficácia imediata, direta e vinculante, especialmente nos seguintes casos.

- a) estabelecem um dever para o legislador infraconstitucional; b) condicionam a legislação futura, implicando na inconstitucionalidade das leis ou atos que as ofendam; c) informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a fixação de fins sociais; d) constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; e) condicionam a atividade discricionária da administração, do legislador e Judiciário, e f) criam situações jurídicas subjetivas.

O que vem se assentando na doutrina brasileira e internacional é a teoria da eficácia e aplicabilidade imediata das normas programáticas. Veja bem, nos países onde a democracia é o regime político, o fim daquela, é exatamente promover o fim social e dos direitos fundamentais aos cidadãos. Leciona o mestre Luis Roberto Barroso (2000, p.106).

Já não cabe negar o caráter jurídico e, pois, a exigibilidade e acionabilidade dos direitos fundamentais, na sua múltipla tipologia. É puramente ideológica, e não científica, a resistência que ainda hoje se opõe à efetivação, por via coercitiva, dos chamados direitos sócias. Também os direitos políticos e individuais enfrentaram, como se assinalou, a reação conservadora, até sua final consolidação. A afirmação dos direitos fundamentais como um todo, na sua exequibilidade plena, vem sendo positivada nas Caras Políticas mais recentes, como se vê do art. 2º da Constituição portuguesa e do Preâmbulo da Constituição brasileira, que proclama ser o país um estado democrático, “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais.

Adentra-se mais um pouco no pensamento do mestre Barroso (2009, p.150). Ele cita a “resistência que ainda hoje se opõe à efetivação” das normas programáticas. Mas, será porque são direito metaindividuais, que objetivam direitos acima da capacidade do Estado, ou porque, além de uma relativa falta de normatividade, os governantes são omissos em sua aplicação, esquivando-se da responsabilização pelo argumento da reserva do possível e, ainda assim, quando aplicadas às normas programáticas, só foram possíveis, pois, sua iniciativa pessoal e “poder” de retórica.

Como todas as normas presentes na Constituição, as normas programáticas são mais uma, das quais, a tutela jurídica é possível. Defendemos, pois, esta visão. Talvez, data vênica, a instituição destas normas, de caráter futuro e não vinculativo, como parte da doutrina as vê, seja uma válvula de escape para permitir a omissão do Estado. É sabido, pois, contudo, que o Estado não possui recursos ilimitados, um poço sem fim. O Estado depende da tributação de seus cidadãos para sobreviver.

Diante da atual época de campanha eleitoral, veem-se todos os candidatos prometendo a aplicabilidade das normas programáticas, ou seja, a construção de escolas, creches, melhorias na saúde, etc.. Todavia, de acordo com o nosso entendimento, isto não passa de uma mera e simples obrigação que estes possuam com seus eleitores.

5.1 ORIGEM – O ESTADO SOCIAL

Como já analisado, as transformações da Primeira Guerra Mundial proporcionaram a evolução do Estado Liberal para o Estado Intervencionista. Nesta diapasão, surge o Estado social, fundado no desenvolvimento econômico e ao bem-estar social, Paulo Pimenta (1999, p.134).

Segundo Edvaldo Britto *apud* Paulo Pimenta, este Estado social nascera para ordenar a vida social, atuando no processo econômico com o intuito de construir uma liberdade econômica compatível com os ideais de bem estar social e desenvolvimento. Assim, articulam-se direitos, liberdades, e garantias sociais, estabelecendo-se a integração entre liberalismo político e democracia.

Nesta diapasão, nota-se a busca, pelas constituições elaboradas neste lapso temporal, do compromisso entre o liberalismo e o socialismo, inserindo-se normas em um contexto ético-social a serem desenvolvidos pelo Estado dentro das chamadas normas programáticas, Paulo Pimenta (1999, p.135).

Segundo Hesse *apud* Regina Maria Macedo a norma constitucional não tem existência autônoma e apartada da realidade que está inserida. Ou seja, “a sua essência reside na sua vigência”. Nesta diapasão, a constituição, por sua vez, também é um dever-ser já que imprime ordem e conformação na realidade política e social.

Como é sabido, o direito nasce da sociedade e assim o é na via transversa, ou seja, a constituição é a forma que se tem de dirigir condutas e gerar expectativas de condutas. Se assim não o fosse, as normas jurídicas não teriam seu lastro social, não tendo o que preceituar, com o que se subsumir aos fatos da realidade.

Com o surgimento do Estado garantidor dos direitos e garantias individuais há uma grande repercussão nos textos constitucionais vigentes à época, incluindo nestes textos a previsão dos direitos sociais e econômicos. Assim, as constituições começam a ter incluídas nas suas estruturas o objetivo de direção, na medida em que define fins e programas de ação do Estado, Regina Maria Macedo (p.157).

Todavia, estas previsões nem sempre vieram acompanhadas de normas precisas, dotadas de todos os seus elementos para incidir, ao inverso, seus preceitos são

acompanhados de grande imprecisão, comprometendo, assim, sua eficácia e aplicabilidade, Maria Regina Macedo (p.157).

Segundo Canotilho *apud* Maria Regina Macedo (p.157) aduz que a identificação de um constituição como Dirigente importa a atuação do legislador, mas, também todos os órgãos do poder público, bem como toda a sociedade, Maria Regina Macedo (p.157).

Assim, o Estado passa a assumir, não só sua feição negativa ou defensiva, mas, também, a função positiva de assegurar o desenvolvimento da vida social, econômica e cultural, mediante o planejamento de políticas públicas de médio e longo prazo, Regina Maria Macedo (159).

Assim, a constituição passa a ser, também, a lei fundamental da sociedade e não apenas do Estado. Ou seja, deixa de ser apenas um mero instrumento, estruturando os órgãos do governo, definindo competências e regulando procedimentos, para determinar tarefas e fins para o Estado e para a própria sociedade, Regina Maria Macedo (p.159).

Nesta esteira, a constituição não só assinala os limites do permitido ao Poder Público, mas, transforma-se em um programa, de tal modo que a legislação não de impõe somente como limites negativos, mas também, do desenvolvimento da Constituição e do que deve fazer, Regina Maria Macedo (p.160).

Analisando-se os tempos atuais, passa-se por uma época onde o estado assistencialista está sendo usado como desculpa para um governo populista, onde os interesses das classes de maior poderio econômico são levados a sério, não pelo fato do Estado se preocupar com a efetividade de seus direitos, mas, sim, com o intuito de se perpetuar no poder. O poder, já diria Maquiavel, corrompe. E ainda mais, perpetuamente.

Devido sua ampla abertura polissêmica, as normas programáticas, via de regra, são gerais e abstratas. A constituição Federal de 1988, por exemplo, prevê o direito à justiça social. Mas, realmente, o que significa justiça social? A polissemidade dos institutos, portanto, é mais uma brecha legal para a falta de eficácia destas normas. Seu caráter amplo e genérico não produz os efeitos os quais eles são destinados. Isto dificulta sua aplicação na sociedade.

Diante disto, a teoria que se defende é que os mais variados órgãos do Estado, dentre eles o Executivo, Legislativo e Judiciário são responsáveis pela sua aplicação. Entenda-se. O executivo não pode se valer da aplicação das normas programáticas sem uma breve dotação orçamentária, a qual deve ser aprovada pela respectiva casa legislativa do referido órgão estatal.

De certo, muitas das vezes a aplicação das normas programáticas é utilizada como desculpa para a corrupção e desvio de verbas. Assim, o sistema de freios e contrapesos e é um eficaz meio para tentar evitar o desvio de verbas publicas.

Como citado anteriormente, o poder corrompe e, por isso, deve ser limitado. Instituir poderes à apenas um só órgão não é a maneira mais eficaz de verificar a aplicação dos direitos e garantias fundamentais respaldados nas normas programáticas.

5.2 CONCEITO

A priori, mister se faz salientar que quando fala-se em normas programáticas não há dúvidas acerca de sua imperatividade e sim, apenas de sua efetividade. Nesta diapasão, aduz Vezio Crisafulli *apud* Paulo pimenta (1999, p.136):

nesta acepção, programáticas se dizem aquelas normas jurídicas com que o legislador, ao invés de regular imediatamente um certo objeto, preestabelece a si mesmo um programa de ação, com respeito ao próprio objeto, obrigando-se a dele não se afastar sem um justificado motivo. Com referência àquelas postas não numa lei qualquer, mas numa Constituição do tipo rígido, qual a vigente entre nós, pode e deve dar-se um passo adiante, definindo como programáticas as normas constitucionais, mediante as quais um programa de ação é adotado pelo Estado e cometido aos seus órgãos legislativos, de direção política e administrativa, precisamente como um programa que obrigatoriamente lhe incumbe realizar nos modos e formas da respectiva atividade.

Já José Afonso da Silva (1998, p.132) aduz que:

programáticas aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta ou imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.

Maria Regina Macedo (p.176) critica a denominação das normas programáticas citando Giuseppe Chiarelli. Segundo este, a noção de programa e de norma são

totalmente diversos, pois, “a norma é regra de ação e programa é predeterminação de fins”.

Geraldo Ataliba *apud* Paulo Pimenta (1999, p.136) ressalta que norma é um comando imperativo, não podendo ser programa, que tem cunho dispositivo. Ou seja, “tais normas, mais que programas, impõem tarefas a serem desenvolvidas pelos Poderes Públicos, tarefas estas que podem representar condições para a tomada de decisões ou a indicação de um fim a atingir, o que vem veiculado por comandos constitucionais imperativos”.

A atividade intelectual de conceituar as normas constitucionais programáticas é uma tarefa muito árdua. Inúmeras teorias, doutrinas, umas divergentes outras convergentes, fazem com que torne ainda mais difícil sua aplicabilidade. Adicionado ao impasse doutrinário, sua vagueza, seu grau de abstração termina por, praticamente, dizimar sua força vinculante.

Todavia, como será explicitado, o lento caminhar da doutrina e jurisprudência pátria começa a admitir sua força vinculante e, sobretudo, a omissão inconstitucional na sua não aplicação.

Nesta diapasão, aduz Paulo Pimenta (1999, p.137) que as normas programáticas são aquelas que representam a conciliação de “interesses de grupos sociais opostos, tendo função eficaz de programa, que, entretanto, obrigam os órgãos integrantes da organização política do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário), mediante a determinação dos princípios”.

É esta a corrente doutrinária a qual o atual trabalho monográfico adota. A busca prática pela aplicabilidade das normas programáticas esbarra na sua obrigatoriedade, ou seja, a sua não aplicação é capaz de ensejar sanções por sua omissão. Esta, a que será doravante estudada, na aplicação de direitos e garantias individuais.

A obrigatoriedade destas normas resta patente já que, segundo Canotilho (p,1102) qualquer que seja a norma constitucional, esta deve ser obrigatória perante qualquer órgão público. Ou seja, todas as normas inseridas no bojo de uma constituição rígida são de obrigatoriedade na sua aplicação.

5.3 CARACTERÍSTICAS E NATUREZA JURÍDICA

Diante do quanto exposto, nota-se que em pouco as normas programáticas se diferem das demais normas constitucionais. Não há dúvidas quanto a sua aplicabilidade, todavia, só há em que se falar no grau de eficácias destas. Como estão inseridas no bojo de uma constituição rígida, não há em que se falar em hierarquia formal, já que, todas as normas insertas nesta carta possuem a mesma hierarquia, Maria Regina Macedo (200, p.182).

Nesta esteira, normas que com estas conflitem padecem de inconstitucionalidade, quando anteriores, são automaticamente revogadas, sempre em virtude do princípio da segurança jurídica. Nas palavras de Maria Regina Macedo (2001, p.182) isto as torna incômodas para a realização de políticas públicas, gerando mais um empecilho à sua aplicação, sob a alegação de que pela densidade de seu conteúdo possam vir a ser descartadas.

Portanto, ao impor limites, ao definir tarefas e comportamentos em razão de interesses a serem regulados, o fazem com imperatividade, criando, assim, situações de vantagens efetivas e não meras expectativas, nos limites de sua eficácia jurídica, Regina Maria Macedo (2001, p. 182).

Assim, mais uma vez, a ideia de sua aplicação imediata, com caráter imperativo é amplamente defendido pela doutrina. O falho argumento de que estas normas não possuem caráter vinculante só as fazem ser renegadas pelo ordenamento jurídico pelo simples fato de seu aplicador procurar meios escusos para a não efetivação dos direitos e garantias individuais nelas preceituados.

Nesta diapasão, aduz José Afonso da Silva (1998, p.154) que “decorre disto um vínculo inequívoco, que constitui o enlace entre sujeitos da relação nelas fundada, caracterizando a bilateralidade atributiva essencial a toda regra do direito”. Ou seja, todas as normas do Direito ao mesmo tempo em que outorgam direitos, impõem deveres que devem ser seguidos ao seu destinatário.

A bilateralidade quer dizer que existem direitos e deveres recíprocos, que ambas as partes devem respeitar. Com isto, é mais um argumento que pesa a favor de sua ampla eficácia normativa, no momento em que, além de serem iguais a qualquer

outra norma jurídicas, estas outorgam direitos e devem ser respeitadas pela parte legítima de sua aplicação.

Neste intere, a não aplicação de qualquer norma jurídica e, entre elas, normas programáticas, é capaz de gerar sanção por omissão. Esta é a ideia que há de ser defendida e aplicada no ordenamento jurídico pátrio.

É nesta diapasão que aduz José Afonso da Silva (1998, p.154) que ao passar do tempo a doutrina converge a ideia de que as normas programáticas são sim de caráter vinculante, perdendo, também, estas o caráter de programa, a ponto de gerar a procura por uma nova denominação para estas normas. A título de exemplo, este doutrinador defende nomenclaturas como normas que expressam uma finalidade a ser cumprida obrigatoriamente pelo Poder Público, sem, entretanto, apontar os meios a serem adotados para atingi-lá”.

Aqui, merece uma análise ímpar. Dentre todos os conceitos ora trazidos neste atual trabalho monográfico, estas linhas tecidas por José Afonso da Silva corroboram com o objetivo deste. Explica-se. Em um Estado plural, onde vige um ordenamento jurídico regido por uma constituição rígida, as condutas humanas são reduzidas a termo, na letra de lei. Todavia, uma crítica que se faz à constituição brasileira é o seu positivismo exacerbado, procurando aduzir todas e quaisquer condutas humanas dentro de um conjunto de normas.

Em um estado plural como o Brasil é, ao mínimo, incoerente e impossível dispor sobre todas e quaisquer condutas humanas. Neste intere, parece que o legislador constituinte brasileiro de 1988 foi tão evoluído, que tornou-se incompreendido pelos aplicadores do direito brasileiro. Explica-se.

Ao contrário do que ocorre com a Carta Magna de 1988, a existência das normas programáticas, talvez, tenha o objetivo de ampliar, de abarcar meios plurais para a real e efetiva aplicação dos direitos e garantias individuais. Imagine que para cada aplicação de um direito social fosse preceituado um único e singular meio de aplicação deste. Diante do pluralismo brasileiro, isto pode ser impossível.

Cada região brasileira possui características próprias, singulares, que a diferenciam das demais. Conseqüentemente, a aplicação do direito, apesar de uniforme na sua consequência, pode se utilizar de meios diversos para a efetivação dos direitos e garantias individuais.

Por isto, a abertura semântica das normas constitucionais possa ser intencional para que haja uma maior aplicação dos direitos sociais.

Nas palavras de Paulo Pimenta (1999, p. 137) as normas programáticas têm como característica básica princípios gerais. Jorge Miranda *apud* Paulo Pimenta (1999, p.138) aduz que estas normas possuem como características:

- a) Disciplinam interesses socioeconômicos em conflito;
- b) São normas acolhidas como programas a serem realizadas pelo Estado, eis que, representando um compromisso entre grupos antagônicos, não tiveram força suficiente para desenvolver-se;
- c) Tem eficácia complementável através da ação do legislador infraconstitucional;
- d) Os Programas por elas traçados obrigam os órgãos estatais;
- e) Determinam a cessação da vigência, por inconstitucionalidade sucessiva, das normas infraconstitucionais anteriores que disponham em sentido contrário;
- f) Fixam critérios a serem adotados pelo legislador ordinário;
- g) Possuem um duplo sentido proibitivo, porque vedam a emissão de normas legais contrárias, proibindo, também, a prática de comportamentos que tentem impedir a produção dos atos por ela impostos.

5.4 EFICÁCIA DAS NORMAS PROGRAMÁTICAS

A promulgação da Carta Magna de 1988 defendeu como nunca antes a existência dos direitos e garantias individuais, direitos econômicos e sociais veiculados em normas de caráter programático.

Todavia, como aduz Paulo Pimenta (2008, p.23) a adoção de determinada concepção acerca das normas programáticas, tanto pela doutrina como pelos Tribunais, impossibilitou sua efetivação. Todavia, recentemente, há um grande avanço perante os tribunais, como o STF, no exame da matéria, contribuindo para a sua maior efetividade.

5.4.1 A doutrina Clássica

Esta doutrina surgiu no Estados Unidos da América no início do século XX. Como precursor teve Thomas Cooley, Juiz da Suprema Corte de Michigan. Este, por sua

vez, distinguiu as normas quanto a sua eficácia: normas *self-executing* (*self-enforcing*) e normas *not self-executing* (*not self-enforcing*).

Como aduz Paulo Pimenta (2008, p.29) aquele aduziu que existem normas aptas a gerar seus efeitos desde o instante em que viessem a serem inseridas no ordenamento e aquelas que necessitariam da atuação do legislador infraconstitucional para produzir seus efeitos.

No Brasil esta corrente doutrinária fora difundida por Ruy Barbosa, classificando as normas em auto-executáveis e normas não-auto-executáveis, tendo as mesmas consequências da doutrina norte americana. Dentre este pátrio doutrinador, inúmeros outros seguiram esta corrente, como Pontes de Miranda, Carlos Maximiliano, Nelson de Souza Sampaio, Paulo Pimenta(2008, p.29).

Nesta diapasão, “as normas programáticas seriam regras destituídas de qualquer eficácia, meras exortações morais, que ficariam a espera do legislador para produzirem efeitos jurídicos”, Paulo Pimenta (2008, p.29). Este foi o entendimento majoritário no Brasil durante o século passado.

5.4.2 A doutrina moderna

Nas palavras de Paulo Pimenta (2008, p.29) no final da primeira metade do século XX houve um grande avanço sobre a eficácia das normas constitucionais programáticas. Houve grande esforço do constitucionalista italiano Vezio Crisafulli, o qual se notabilizou pela defesa da eficácia das normas veiculadas na Constituição Italiana de 1948.

A premissa fundamental de Crisafulli é a constituição como ato normativo, como qualquer lei ordinária, só que, dotada de maior valor. Destarte, as contradições existentes no ordenamento devem ser eliminadas, dando prioridade, obviamente, as normas hierarquicamente superiores, Paulo Pimenta (1999, p.151).

Assim, Crisafulli *apud* Paulo Pimenta (1999, p.151) sustenta a normatividade dos princípios, especialmente, os princípios fins, “os quais manifestam sua função programática. Aduz que este princípio expresso numa formulação legislativa, seja implícito no ordenamento”, constitui uma norma, aplicável a qualquer regra de

comportamento público ou privado, “a unir a eficácia vinculante uma eficácia integrativa” e interpretativa, no momento em que serve de direção a interpretação das normas legislativas.

Nesta diapasão, aduz Crisafulli *apud* Paulo Pimenta (1999, p.152) que “quanto à eficácia programática dos princípios, estes representam uma direção legislativa, através de um programa a desenvolver-se progressivamente”. Continua analisando que numa constituição rígida, os princípios, postos como superiores à lei ordinária, não torna-se como diretivo e sim obrigatório, “com a conseqüente invalidade das leis emendas em sentido contrastante”.

Nesta diapasão, não há que se falar em eficácia programática em contraposição à eficácia propriamente obrigatória, pois, qualquer norma constitucional é obrigatória desde a sua vigência. A introdução do pensamento que as normas programáticas regulam comportamento público faz com que estas incidam sobre todos os órgãos incumbidos de fazer aplicar estas normas e seus preceitos descritos nelas, Paulo Pimenta (1999, p.153).

Nesta diapasão aduz Crisafulli *apud* Paulo Pimenta (1999, p. 154) que a Carta Magna é uma “*superlegge*” e como tal é dotada de eficácia ab-rogante em relação à outra disposição contrária anterior.

Já Canotilho *apud* Paulo Pimenta (1999, p.155) corrobora do entendimento que as normas programáticas estão longe de serem apenas programas a serem seguidos, apenas proclamações ou programas futuros desprovidos de qualquer vinculatividade. Estas, por suas vez, vinculam juridicamente o exercício da função legislativa na escolha dos fins.

Assim, segundo Canotilho *apud* Paulo Pimenta (1999, p.156) há uma adequação legislativa, ou seja, conformidade das leis com os fins expressos na Constituição. Assim, evidencia-se que este defende, também, o caráter impositivo destas normas. Nesta diapasão, aduz, a uma, que as normas programáticas vinculam o legislador de forma permanente à sua realização, a duas, esta vinculação é positiva de todos os órgãos concretizadores, em qualquer momento da sua atividade concretizadora e, a três, a vinculação material negativo dos poderes públicos, tornando inconstitucional norma que as contrariem.

No Brasil, o principal expoente da doutrina moderna é José Afonso da Silva, concluindo que as normas programáticas possuem eficácia imediata, direta e vinculante nos casos que, a uma estabeleçam um dever para o legislador ordinário, a duas, condicionam a legislação futura, a três, informam a concepção do Estado e da Sociedade, a quatro, constituem direção interpretativa e integrativa as normas, a cinco, condicionam a atividade discricionária da administração e do judiciário.

Eros Roberto Grau caminha na mesma direção, aduzindo as normas programáticas diretamente aplicáveis e imediatamente vinculantes aos poderes Legislativos, Executivo e Judiciário, Paulo Pimenta (1999, p.162).

Nesta diapasão, há que se notar o caminhar, inafastável, da doutrina em direção à eficácia imeditada e vinculante das normas programáticas. Não só no Brasil, mas, também, em países como a Alemanha Itália.

Perante nosso ordenamento jurídico, outra não é a conclusão que se chega quanto à eficácia das normas constitucionais programáticas. Perante O Supremo Tribunal Federal, há um intenso direcionamento quando eficácia imediata e vinculante destas normas. Nesta diapasão, é este o entendimento da vasta jurisprudência do Egrégio Tribunal, como no julgamento do AI nº 725.891/SC, relator o Ministro Celso de Mello, publicado no Diário de Justiça de 10/10/08, *in verbis*:

“CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE. ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA. EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006). COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º). AGRAVO IMPROVIDO.

- A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV).

- Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das '*crianças até 5 (cinco) anos de idade*' (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.

- A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se

subordina a razões de puro pragmatismo governamental.

- Os Municípios – que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.

- Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à '*reserva do possível*'. Doutrina.

Em acórdão singular, Excelentíssimo Sr. Dr. Ministro Dias Tóffoli proferiu sua decisão de maneira ímpar, defendendo de todas as maneiras possíveis a imediata aplicação das normas programáticas, aduzindo que a sua não obediência é capaz de ensejar omissão estatal quanto à aplicação dos direitos e garantias individuais. Assim, no Recurso Extraordinário n. 503645, publicado no Diário de Justiça de 27/09/2010, o eminente relator aduziu, *in verbis*:

O artigo 227 da Constituição Federal estipula como dever do Estado, bem como da família e da sociedade, assegurar à criança e ao adolescente, com *absoluta prioridade*, a concretização da sua dignidade humana, mormente no tocante a colocá-los a “salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”, para tanto promovendo programas de assistência social.

Dessa forma, é patente que o Poder Público, incluídas todas as unidades federadas, inclusive os municípios, deve garantir a observância irrestrita da Constituição, não podendo se furtar dos deveres constitucionais sob fundamentos supostamente extraídos do próprio texto e da competência constitucional do ente federado.

Com efeito, a estipulação, pelo município, de Programa de Orientação Sócio-Familiar deve garantir o efetivo acesso aos destinatários, de modo a assegurar a aplicabilidade da norma constitucional, extraindo da sua efetivação a concretização de seus efeitos jurídicos e eficácia social.

A negativa ou simples inércia estatal no atendimento prioritário da criança e do adolescente de modo a descumprir a política pública programática, apenas é plausível se não inviabilizar o efetivo acesso a programa social já existente e positivado pelo Estado.

Assim, cabe ao Poder Judiciário analisar a legalidade do ato administrativo, quando, como no caso dos autos, o ente político descumprir os encargos políticos-jurídicos que sobre ele incide de maneira a comprometer com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais assegurados pela Constituição Federal.

O alto significado social e o irrecusável valor constitucional de que se reveste o direito à educação infantil – ainda mais se considerado em face do

dever que incumbe, ao Poder Público, de torná-lo real, mediante concreta efetivação da garantia de então, em creche e pré-escola, às crianças de até cinco anos de idade (CF, art. 208, IV) – não podem ser menosprezados pelo Estado, *'obrigado a proporcionar a concretização da educação infantil em sua área de competência'* (WILSON DONIZETI LIBERATI, 'Conteúdo Material do Direito à Educação Escolar', *'in'* "Direito à Educação: Uma Questão de Justiça", p. 236/238, item n. 3.5, 2004, Malheiros), sob pena de grave e injusta frustração de um inafastável compromisso constitucional, que tem, no aparelho estatal, o seu precípua destinatário.

Cabe referir, neste ponto, a observação de PINTO FERREIRA ('Educação e Constituinte' *'in'* Revista de Informação Legislativa, vol. 92, p. 171/173), quando adverte – considerada a ilusão que o caráter meramente retórico das proclamações constitucionais muitas vezes encerra – sobre a necessidade de se conferir efetiva concretização a esse direito essencial, cuja eficácia não pode ser comprometida pela inação do Poder Público:

'O direito à educação necessita ter eficácia. Sendo considerado como um direito público subjetivo do particular, ele consiste na faculdade que tem o particular de exigir do Estado o cumprimento de determinadas prestações. Para que fosse cumprido o direito à educação, seria necessário que ele fosse dotado de eficácia e acionabilidade (...).' (grifei)

O objetivo perseguido pelo legislador constituinte, em tema de educação infantil, especialmente se reconhecido que a Lei Fundamental da República delineou, nessa matéria, um nítido programa a ser implementado mediante adoção de políticas públicas consequentes e responsáveis – notadamente aquelas que visem a fazer cessar, em favor da infância carente, a injusta situação de exclusão social e de desigual acesso às oportunidades de atendimento em creche e pré-escola -, traduz meta cuja não realização qualificar-se-á como uma censurável situação de inconstitucionalidade por omissão imputável ao Poder Público.

Outro não foi o entendimento no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário N.384.201/SP, cujo relator é o eminente Ministro Marco Aurélio, *in verbis*:

'APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. SENTENÇA QUE CONCEDEU A ORDEM, DETERMINANDO AO MUNICÍPIO A INCLUSÃO DE CRIANÇA EM CRECHE. DIREITO FUNDAMENTAL. COMPETÊNCIA DO ESTADO. IMPOSSIBILIDADE DE O MUNICÍPIO EXIMIR-SE DO DEVER CONSTITUCIONAL, ATRIBUINDO-O À INICIATIVA PRIVADA. GARANTIA QUE TEM POR DESTINATÁRIO TODAS AS CRIANÇAS DE 0 (ZERO) A 5 (CINCO) ANOS DE IDADE, E NÃO SOMENTE AQUELAS QUE SÃO PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA OU QUE SE ENCONTRAM EM SITUAÇÃO DE RISCO. ART. 23, INCISO V, ART. 205, 'CAPUT', ART. 206, INCISO I, ART. 208, INCISO IV, E ART. 227, 'CAPUT', TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ART. 4º, ART. 53, INCISOS I E V, E ART. 54, INCISO IV, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ART. 1º, ART. 2º, ART. 3º, INCISO I, E ART. 4º, INCISO IV, DA LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL. ALEGAÇÃO DE LIMITAÇÃO FINANCEIRO-ORÇAMENTÁRIA IMPEDITIVA DA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL QUE É REJEITADA. RECURSO DESPROVIDO. RESSALVA DO PONTO DE VISTA PESSOAL DO RELATOR.

1. Ressalvado o ponto de vista pessoal do relator, entende a Câmara que o direito à educação da criança - matrícula em creche próxima à residência da mãe - pode ser reclamado em sede de mandado de segurança.

2. 'CRECHE E PRÉ-ESCOLA - OBRIGAÇÃO DO ESTADO.

Cumpra ao Estado - gênero - proporcionar a creche e a pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade, observando a norma cogente do artigo 208, inciso IV, da Constituição Federal, com a redação decorrente da Emenda Constitucional n. 53/2006. ' (STF, agravo regimental no recurso extraordinário n. 384.201/SP, relator o ministro Marco Aurélio, j. Em 26.4.2007).'

Nesta mesma esteira, há que se frisar a importante decisão monocrática exarada no julgamento da ADPF N. 45, cujo relator é o Ministro Celso de Mello.

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

6. OMISSÃO ESTATAL NA APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS

Diante do quanto já analisado, evidentemente se demonstrou o caráter vinculativo e a aplicação imediata das normas constitucionais programáticas. Tanto quanto ao seu lado positivo, impondo condutas, comportamentos, tarefas e fins à sociedade, como, seu lado negativo, tornando inconstitucional as normas que àquelas contrárias aos seus preceitos.

Nesta diapasão, adentra-se ao verdadeiro mérito do atual trabalho monográfico, a caracterização da omissão inconstitucional Estatal, diante da não aplicação das normas constitucionais programáticas.

Analisando algumas situações singulares da sociedade brasileira, frequentemente se encontra situações em que o Estado é omissor na aplicação das normas programáticas e, conseqüentemente, dos direitos e garantias individuais e sociais. Todavia, qual a sanção cabível para esta omissão já que, como qualquer outra não obediência de uma norma jurídica, é capaz de gerar conseqüências?

Um dos reais motivos da não aplicação destas normas pode ser a ausência de sanção ou, a menos, obrigatoriedade normativa. Um município que não construa um hospital, uma escola pública que não matricule um aluno, há que se enquadrar como uma omissão inconstitucional.

Com enfoque nos mandatos políticos brasileiros, diversos são os exemplos passíveis de se instituírem com omissão na aplicabilidade das normas programáticas. Educação, saúde, moradia, dentre outros direitos sociais, são amplamente desobedecidos perante a sociedade brasileira, e, incongruentemente, não existe nenhuma conduta relacionando a má administração com a omissão inconstitucional.

A constituição, como Lei Fundamental de um sistema jurídico, de modo imperativo, orienta todas as atividades do Estado e da Sociedade, não podendo ser contrariada, sob pena de invalidade da atuação que esteja em desacordo com aquela, Regina Maria Macedo (2001, p.241).

Dessa forma, chega-se a noção de inconstitucionalidade por ação ou omissão, que ofende no todo ou em parte o texto constitucional. No atual trabalho monográfico, o único enfoque é direcionado à inconstitucionalidade por omissão.

Nesta diapasão, aduz Regina Macedo (2001, p.243) que omissão inconstitucional é quando os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário não realizam suas respectivas funções estatais. Com a função Legislativa ocorre quando existem normas não exequíveis por si e o legislador é omissor na elaboração de normas para sua efetiva aplicação.

Já com o poder Executivo, este incumbido de sua função administrativa, ocorre em omissão quando diante de sua competência para expedir regulamentos, visando a execução das leis, este não os expede. Quanto ao poder Judiciário, este incorre em omissão quando há a denegação da justiça, ou seja, este se isenta de prestar sua atividade jurisdicional, Regina Maria Macedo (2001, p.244).

Segundo Canotilho (2001, p.331) a omissão legislativa se caracteriza não só pelo simples fato de o legislador não fazer, mas, sim, pelo fato de o legislador não fazer aquilo que lhe era obrigado, imposto pela Constituição, de forma concreta e explícita.

Canotilho (2001, 333-334) amplia a abertura semântica da inconstitucionalidade por omissão. Segundo este, quando a configuração de leis de cumprimento das imposições favorecem alguns grupos em detrimento de outros, ou quando os atos normativos que realizam as imposições excluem alguns cidadãos das vantagens outorgadas em lei, estaria caracterizada a inconstitucionalidade por omissão.

6.1 O PRINCÍPIO DA APLICABILIDADE IMEDIATA DAS NORMAS DEFINIDORAS DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Adotando, mais uma vez, da corrente de Luis Roberto Barroso (2009, p.105), parte-se da premissa de que as normas constitucionais garantidoras de direitos fundamentais são de aplicação direta e imediata. Neste sentido, os direitos subjetivos preceituados por estas normas são posições jurídicas imediatamente desfrutáveis, tanto as prestações positivas como as prestações negativas.

Nesta diapasão, estas prestações, lastreadas pelo direito fundamental à efetivação da constituição, podem ser exigidas a qualquer momento pelo poder público ou de qualquer outro eventual destinatário da norma. Inclusive, conforme assevera Luis Roberto Barroso (2009, p.105) a não realização espontânea, outorga ao titular do direito a prerrogativa de requerer-lhes o cumprimento, até mesmo judicialmente.

Conforme preceitua Paulo Pimenta (1999, p.188) a Constituição Brasileira de 1988 consagrou princípio inédito da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, previsto no art. 5, parágrafo 1, que dispõe: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Com isto, limita-se a zona de discricionariedade dos Poderes Públicos na efetividade dos preceitos instituídos nestas normas. Esta previsão constitucional é mais uma prova do efeito vinculante dos direitos e garantias fundamentais, Paulo Pimenta (1999, p.189).

José Afonso da Silva (1998, p.161), todavia, indaga sobre esta possibilidade pelo falso argumento de que estas normas precisariam de legislação ulterior para aplicar as normas definidoras de direitos fundamentais. Todavia, como será doravante demonstrado, existem remédios constitucionais com este mesmo objetivo.

Nas palavras de Canotilho (2001, p.363) aduz que esta aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais, com força vinculante, “significa a indisponibilidade destes direitos pelo legislador e possibilidade de invocação dos mesmo contra as próprias entidades legiferantes”. Sendo assim, quando fala-se em violação dos direitos fundamentais, diretamente remete-se a uma entidade comissiva se esquecendo, todavia, de suas atitudes omissivas. Como é sabido, o cerne da violação destes direitos prende-se na falta de prestações e a inércia normativa dos órgãos de direção política.

Dentre os diversos tipos de direitos fundamentais, o atual trabalho monográfico se debruça nos direitos fundamentais sociais. Estes, por sua vez, possuem como escopo a ação do Estado permanente em benefício do indivíduo, consistente em uma prestação positiva de natureza material ou fática, garantindo, assim, o mínimo existencial.

Nesta diapasão, o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos pilares do Estado democrático direito, independe de prestações, devendo-lhes pleno

reconhecimento. Assim, Dirley da Cunha Júnior (2008, 292) aduz que não podem ser apenas atribuídos ao indivíduo, exigindo ação permanente do estado na realização dos programas sociais.

Do mesmo modo, o cerne deste trabalho reside no enfrentamento à plena eficácia e aplicabilidade imediata deste e dos demais direitos fundamentais, já que, segundo Dirley da Cunha Júnior (2008, p.292) “todos os direitos fundamentais, qualquer que seja sua natureza, são direitos diretamente aplicáveis, vinculam todos os Poderes, especialmente o Legislativo, e essa vinculação se submete ao controle judicial”.

Com isso, há a exaltação da Constituição dirigente, e seus direitos fundamentais. Assim, a força dirigente e determinante destes direitos fundamentais a prestação, inverte a lógica antes vigente, ou seja, antes onde havia a pretensão de omissão dos poderes públicos, hoje, há a proibição dos poderes públicos na aplicabilidade imediata dos direitos sociais, principalmente.

Desse modo, há obrigatoriedade do Estado intervir comissivamente no sentido de garantir as prestações individualmente a cada cidadão. Assim, há uma exaltação do controle judicial das omissões do poder público.

Dentre as inúmeras barreiras que a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais encontra existe a cláusula da reserva do possível. Segundo esta, a aplicação dos direitos sociais depende de dotação orçamentária própria, dependendo de seus respectivos recursos financeiros ou meios jurídicos para a sua real aplicação. Mais uma vez, não adota-se esta teoria.

Em nível comparativo, dados amplamente veiculados em todos os tipos de mídias, a carga tributária brasileira, a principal fonte de renda do estado, é uma das maiores do mundo e, em contrapartida, a sua “contraprestação” em relação ao seu contribuinte é pífio.

Países como a Suíça, Dinamarca, Holanda, dentre outros nos quais pode equiparar a carga tributária, os direitos e garantias individuais e os direitos sociais são um dos patrimônios do seu contribuinte. Serviços de saúde, educação, transportes, são gratuitos, na maioria das vezes, e possuem tamanha qualidade quanto aos serviços delegados à iniciativa privada aqui no Brasil.

Nesta diapasão, o que se vê é a má administração dos recursos públicos, com a sua consequente má destinação de dinheiro e, principalmente, o “grande ralo invisível do

dinheiro público”. A falta de controle destes recursos faz com que o dinheiro destinado a um determinado fim não chegue ou, na maioria das vezes, chegue faltando boa parte da sua totalidade.

Assim, a falácia da reserva do possível, no Brasil, não merece prosperar. O recurso existe, todavia, há uma imensa falta de cuidado, profissionalismo, ética, etc, na aplicação destes recursos. Nas palavras de Ricardo Amorim, “se botar o governo federal para administrar o deserto do Saara, em cinco anos, faltará areia”.

Nesta esteira, como aduz Dirley da Cunha Júnior (2008, p.317) o Brasil tem uma população tão carecedora de padrões mínimos para sobreviver que, onde o estado não lhes garante a mínima dignidade, os direitos sociais não podem ficar refém da cláusula da reserva do possível.

Assim, continua aduzindo que mister faz o poder judiciário da atividade “de controle das omissões do poder público, determinando uma redistribuição de recursos públicos já existente, retirando-os de outras áreas para a destinação ao atendimento das necessidades vitais do homem”.

Nesta esteira, já fora explicitado a dependência de prestações materiais e providências jurídico-normativas do Legislativo para a aplicação dos direitos sociais. Todavia, estes direitos deixam de ser imediatamente exercidos.

6.2 OS REMÉDIOS JURÍDICOS CONSTITUCIONAIS E A CORREÇÃO DAS OMISSÕES LEGISLATIVAS

Conforme preceitua Canotilho (2001, p.344) existem meios eficazes de defesa da omissão legislativa dos direitos fundamentais em relação cidadão, facultando-lhe o direito de obter a declaração de inconstitucionalidade do procedimento omissivo do legislador.

Assim, assevera que os cidadãos lesados em algum dos direitos fundamentais, a demonstração do dever de legislar contido no preceito de uma normal constitucional e a restrição dos efeitos da ação contra comportamentos omissivos à simples fixação de inconstitucionalidade, preenche todos os pressupostos de legitimidade

ativa e passiva da jurisdição constitucional que tem como objetivo reconhecer os direitos sociais ao cidadão.

Conforme assevera Canotilho (2001, p.345) o caminho para alargar a proteção jurídico-constitucional contra as omissões legislativas seria o reconhecimento da possibilidade de controle abstrato de normas em casos omissivos. Aqui, não há a exigência de demonstração de um direito subjetivo, lesado pela omissão. O controle do ato omissivo abrange o não cumprimento das imposições constitucionais criadoras de um dever de legislar em face da comunidade dos cidadãos.

Paulo Pimenta (1999, p. 191) aduz que a Constituição brasileira de 1988 criou duas formas para concretizar os direitos e garantias fundamentais, indo de encontro às omissões do legislador, seriam elas a ação de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção.

Segundo Dirley da Cunha Júnior (2008, p, 559) a ação direta de inconstitucionalidade visa impedir a inércia do legislador, impossibilitando assim, a aplicação direta dos direitos constitucionais, assegurando pela plena eficácia destas. Michel Temer *apud* Paulo Pimenta (1999, p.191) aduz que sua principal função é fazer valer a vontade do constituinte. Desta forma, os preceitos que demandem regulamentação legislativa ou as ditas normas programáticas não deixarão de ser invocáveis e exequíveis em razão da inércia do legislador.

No caso de julgamento procedente da ação o Poder Público será notificado para adoção das medidas necessárias para o preenchimento da lacuna jurídica. Nesta diapasão, não há o estabelecimento de prazo para que estas medidas sejam adotadas, Ou seja, conseqüentemente, não há nenhuma sanção, transformando esta ação em instrumento inócuo, deixando a par da discricionariedade do poder legislativo, Paulo Pimenta (1999, p. 192).

Assim, Dirley da Cunha Júnior (2008, p.577) aduz mais um remédio constitucional com o objetivo de suprir estas omissões, a ADPF, arguição de descumprimento de preceito fundamental. Segundo este, a ADPF é uma ação especial destinada a provocar a jurisdição constitucional concentrada no STF, “para a tutela da supremacia dos preceitos mais importantes da Constituição Federal”.

Assim, é destinada a proteção exclusivamente dos preceitos constitucionais fundamentais, ante a ameaça ou lesão resultante de qualquer ato ou omissão do

poder público. Desta forma, com a sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro, começa a se permitir o controle abstrato de constitucionalidade do direito ordinário pré-constitucional, do direito municipal contestado em face da Constituição Federal, atos normativos infralegais e atos administrativos. Ademais, permite-se um controle incidental-concentrado de constitucionalidade, Dirley da Cunha Júnior (2008, p.582).

Nesta diapasão, a ADPF torna-se um instrumento potente no controle das omissões do poder público, quando a inércia deste infringirem algum preceito fundamental da Constituição. Assim, aduz o doutrinador que o conceito de “descumprimento” é muito mais amplo que o conceito de inconstitucionalidade. Enquanto este limita-se à lei e os atos normativos, aquele decorre da elaboração de uma lei ou ato normativo, da decorrência da expedição ou prática de ato não normativo e de decisões provenientes de órgãos públicos, privados e até de pessoas físicas, Dirley da Cunha Júnior (2008, p.590).

Nesta esteira, conforme assevera Dirley da Cunha Júnior (2008, p.605) este novel instrumento além de desempenhar a proteção da supremacia dos direitos fundamentais, “é alçado como meio de controle de qualquer ato ou omissão do poder público, seja normativo ou não, abstrato ou concreto, anterior ou posterior à Constituição federal, estadual ou, municipal, e de qualquer órgão ou entidade pública”.

Julgada procedente a ação, além de reconhecer o descumprimento do preceito em causa, deverá ser comunicada para cumprimento imediato às autoridades ou órgãos responsáveis pelo ato ou omissão questionado. Desta forma, há que se esclarecer o efeito vinculante de sua decisão.

A outra hipótese constitucional para assegurar a efetividade das normas constitucionais definidoras de direitos e garantias fundamentais é o Mandado de Injunção, o qual, segundo Paulo Pimenta (1999, p.192) é uma ação que visa o exercício de um direito, outorgado em nível constitucional, que se encontra obstaculizado em virtude da ausência de norma regulamentadora.

Por sua vez, portando, há que existir um nexo de causalidade entre a inviabilidade de efeitos de uma dada norma constitucional à falta de norma regulamentadora. Esta, entendida como norma infraconstitucional, sendo indiferente de qual poder ela tenha emanado, só tendo como objetivo efetivar a dada norma.

Existem três correntes sobre ao objeto deste remédio constitucional. A primeira restringe o âmbito aos direitos e liberdades constitucionais, a segunda restringe aos direitos e garantias fundamentais, e a terceira aduz que pode ser tutelado qualquer direito, liberdade e prerrogativa previsto constitucionalmente. Neste atual trabalho monográfico, defende-se a terceira corrente.

Nesta diapasão, o juiz edita a norma e atua a sua vontade concreta, criando normas individuais, tão somente a luz do caso concreto, preenchendo a lacuna constitucional. Assim, de acordo com Flávia Piovesan *apud* Paulo Pimenta (1999, p.194) surge, assim, um direito inescusável de tornar eficaz um direito, liberdade ou prerrogativa constitucional obstaculizado pela ausência de norma regulamentadora, encontrando como fundamento o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

Nesta diapasão, há que se distinguirem as diferenças entre o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. De acordo com Paulo Pimenta (1999, p.199):

- a) O Mandado de injunção tutela o direito subjetivo, enquanto a ação direta de inconstitucionalidade por omissão tutela o direito objetivo;
- b) No mandado de injunção existe a fiscalização concreta da omissão, ao passo que na ação direta de inconstitucionalidade por omissão a fiscalização é abstrata;
- c) O mandado de injunção busca efetivar o exercício de direito subjetivo, no caso concreto, já o segundo instrumento tenta efetivar a norma constitucional, no que concerne à inconstitucionalidade em tese;
- d) A afinidade do mandado de injunção é viabilizar um direito subjetivo lesado, enquanto que a da ação de inconstitucionalidade por omissão é sanear a ordem jurídica;
- e) Os efeitos da decisão da mandado de injunção são inter partes, ao passo que na ação de inconstitucionalidade por omissão são erga omnes;
- f) A legitimidade no mandado de injunção é mais ampla que na ação de inconstitucionalidade por omissão, tanto no aspecto ativo, quanto no aspecto passivo;
- g) A competência para julgar a ação é apenas do Supremo Tribunal Federal, o que não ocorre no mandado de injunção.

Nesta diapasão, mister se faz salientar que a ação de inconstitucionalidade por omissão é insuscetível de assegurar a efetividade das normas programáticas, já que a não fixação de prazo para o legislador cumprir o seu dever de legislar gera uma ineficácia, no plano semântico, desse instituto, Paulo Pimenta (1999, p. 199). Assim,

os únicos remédios constitucionais capazes de gerar e proteger a eficácia e aplicabilidade imediata das normas programáticas é o mandado de injunção e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

7 CONCLUSÃO

Como é notório, o constituinte pátrio de 1988 asseverou no bojo de uma constituição rígida, inúmeros direitos e garantias individuais, fundamentais e sociais. Diante de um dirigismo estatal, ele instituiu normas jurídicas com diferentes graus de eficácia e aplicabilidade.

Todavia, isto possibilitou que, parte da doutrina e dos legitimados a aplicarem tais direitos, se utilizassem de vias escusas para a não aplicação dos direitos sociais, principalmente, das normas constitucionais programáticas. Dentre os falhos argumentos, utilizaram a cláusula da reserva do possível, a vagueza semântica destas normas, a ausência de normas regulamentadoras, etc.

Como fora cabalmente demonstrado, nenhum destes argumentos devem prosperar, no momento em que, as normas programáticas, as normas definidoras de direitos e garantias individuais, são passíveis de eficácia e aplicabilidade imediata, sendo, inclusive, passíveis de tutela jurídica.

Estas normas, como quaisquer outras normas jurídicas, portanto, possuem eficácia e aplicabilidade imediata. Amparadas no bojo de uma constituição rígida, estas se insurgem diante da supremacia hierárquica das normas constitucionais.

As normas hierarquicamente inferiores que contra estas sejam incompatíveis, devem ser declaradas inconstitucionais, tanto se forem normas que preconizem atos comissivos ou atos negativos.

Diante do desequilíbrio econômico entre os legitimados a aplicarem estes direitos e o cidadão passivo, é frequente e usual o desrespeito a estas normas, incorrendo em omissão o legitimado a aplicar os direitos e garantias individuais. Diante disto, há um intenso desvio de poder na aplicação/omissão destes direitos, no momento em que são utilizados para fins privados ou com sujeito diretamente beneficiado.

Nesta diapasão, a parte prejudicada não há que ficar inerte diante da configuração de uma omissão legislativa, a qual, incorre em uma omissão inconstitucional, decorrente de um não fazer no momento em que é obrigado a tanto.

Assim, como fora acentuado, há mecanismos constitucionais para concretizar a chamada omissão legislativa. Para isto, remédios como a ação direta de

inconstitucionalidade, o mandado de injunção e a arguição de descumprimento de preceitos fundamentais, fazem o papel de controle destas omissões.

Contudo, o que há que se criticar e concluir é que, na verdade, a efetividade das normas programáticas, normas estas definidoras de direitos e garantias fundamentais e sociais, não deveriam depender de remédios constitucionais para a sua aplicação no caso concreto.

Estes direitos são patrimônios de todos os cidadãos, não devendo incorrer em omissão o Estado competente à aplicação destes direitos. Há que se tornar automático, imediato a aplicação das normas programáticas, não se utilizando de vias escusas para se omitir diante da pobre realidade brasileira.

8 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. A Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2000.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2003.

ÁVILA, Humberto. A Distinção Entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador: CAJ, 2001, ano I, vol. I, nº 14.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. **Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil**. Brasília: Escola Nacional da Magistratura, 2006. Ano 1, nº 2, pp. 26-72.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 4ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 4 Ed. Rio de Janeiro. Saraiva. 2013

BOBBIO, Noberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 12ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28 Ed. São Paulo. Ed. Malheiros. 2013

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988

BRASIL. **Lei 4.657** , de 4 de setembro de 1942. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm> Acesso em: 12/11/12

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial n. 503.645**. Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Recorrido: Município de Florianópolis. Relator: Ministro Dias Tóffoli. DJe 10/11/2012. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=503645&c>

lasse=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 10/10/2012.

BRITO, Edvaldo. **Limites da Revisão Constitucional**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA. **Constituição Dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra Ed. 1994

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 3.ed.Coimbra:Coimbra Ed.1994

CANOTILHO, J.J. Gomes; Moreira, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

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

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed., Salvador: Jus Podivm, 2012

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo Dirigente e Pós Modernidade**. 1ª ed., Salvador: Saraiva, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação**. São Paulo. Atlas. 2000

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 27ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2001

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A Norma Constitucional e Sua Eficácia**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15407-15408-1-PB.pdf>. Acessado em: 12/05/2013.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Interpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Editor, 1977.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 4ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1988.

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

MIRANDA, Jorge. **A Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Constituição. In: Estudos sobre a Constituição**. Lisboa: Livraria Petrony, 1977. v.01

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 9ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

OLIVEIRA, Fábio de. Neoconstitucionalismo e Constituição Dirigente. *In*: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula (coord.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 239-266.

PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

SCHMITT, Carl. **Teoría de La Constitución**. 1ª ed., Madrid: Alizanza Editorial, 2001

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais Programáticas**. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 11. Ed. São Paulo. Saraiva. 2013

TEXEIRA, J.H. Meireles. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Forense Universitária, 1991.

