

**A LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR NO ÂMBITO DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS**
*LA LIBERTAD DE CONFORMACIÓN DEL LEGISLADOR EN EL ÁMBITO DE LOS
DERECHOS FUNDAMENTALES*

**Felipe Lima Gomes
Janáína Sena Taleires**

Resumo

Trata do impacto, sobre a liberdade decisória do legislador, do reconhecimento e da proteção de direitos fundamentais. Explora a concepção de liberdade de conformação do legislador como o espectro de comportamentos admissíveis, para os quais o legislador é competente, sem qualquer dever de legislar cumulado à competência conferida a si. Na sequência, analisa a vinculação do legislador à realização dos direitos fundamentais, nas suas vertentes positiva e negativa, com as compressões que ela causa à sua liberdade de conformação. Ao final, promove um balanço da matéria no direito brasileiro, com a crítica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o controle de constitucionalidade do comportamento do legislador em matéria de direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição; direitos fundamentais; discricionariedade do legislador

Resumen

Trata del impacto, sobre la libertad decisoria del legislador, del reconocimiento e de la protección de derechos fundamentales. Examina la concepción de libertad de conformación del legislador como el conjunto de comportamientos admisibles, para los cuales el legislador es competente, sin haber también el deber de realización de estas conductas. Analiza la vinculación del legislador a los derechos fundamentales, en sus vertientes positiva y negativa, con las compresiones que ella causa a su libertad de conformación. Finalmente, promueve un balance de la materia en el derecho brasileño, con la crítica de la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal sobre el control de constitucionalidad del comportamiento del legislador acerca de los derechos fundamentales.

PALABRAS CLAVE: Constitución; derechos fundamentales; libertad de conformación del legislador

1. INTRODUÇÃO

Muitas constituições do mundo ocidental promulgadas no século XX, ao trazer para o seu âmbito uma série de disposições com o caráter dirigente e aberto, estatuíram um grande número de normas que impõem deveres diversos aos poderes constituídos. Esta abertura constitucional, aliada à necessidade do exercício das competências para o cumprimento do plano traçado por constituições dessa vertente, cujo incumprimento é

capaz de frustrar substancialmente as expectativas deitadas sobre o produto dos trabalhos constituintes, gerou uma realidade desconcertante para o constitucionalismo: surgia a missão de resguardar a supremacia da constituição, não somente na repulsa às normas oriundas de atos comissivos do legislador – algo já conhecido desde o século XIX, – mas também no controle das situações jurídicas inconstitucionais que se põem em virtude da omissão legislativa, sob pena de erosão fragorosa da força normativa das normas constitucionais.

A missão acima referida toma ares ainda mais dramáticos quando estão em jogo assuntos relevantes da pauta constitucional, sobretudo os direitos fundamentais. A crescente densidade da força normativa das normas das constituições tem levado a uma revisão de certos fundamentos do constitucionalismo clássico, entendido este como o surgido nos moldes das revoluções liberais de fins do século XVIII. Com efeito, certos pilares desse constitucionalismo entram em conflito direto com a necessidade de realização de certos comandos constitucionais observados em diplomas mais recentes; como exemplo, explorado neste trabalho, a supremacia do legislador, outrora pedra de toque do constitucionalismo, sofre sérios abalos com a demanda pela ação legislativa na realização plena de direitos consagrados constitucionalmente, razão pela qual se impõe o estudo mais detido da relação que se passa a estabelecer entre os direitos fundamentais e liberdade do legislador.

À vista desses elementos, o intento será analisar a relação que se estabelece entre a liberdade de conformação do legislador, compreendida como o espectro de comportamentos admissíveis, para os quais o legislador é competente, sem qualquer dever de legislar cumulado à competência conferida a si, e as imposições constitucionais derivadas da consagração dos direitos, com a crítica do atual estágio da jurisprudência brasileira sobre o controle jurisdicional de constitucionalidade na matéria.

2. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA E DEVER DE LEGISLAR

A competência jurídica ocupou de maneira extraordinária a teoria jurídica na segunda metade do século passado e ainda toma a atenção dos teóricos do Direito¹,

¹ Em geral, sobre o tema, cf. SPAAK, Torben. **The concept of legal competence: an essay in conceptual analysis.** Tradução de Robert Carrol. Brookfield: Dartmouth, 1994; BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Sobre el carácter de las normas de competencia.** Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito – Universidade Pompeu Fabra. Barcelona, 1997. Disponível em <http://www.tdx.cat/handle/10803/7312;jsessionid=F19CE4A55A5F6BE6ADCB90D5F40D7989.tdx1>

embora tais estudos não tenham gerado o desenvolvimento do tema pelos doutrinadores brasileiros. A dedicação a esta noção se justifica porque os tratos dados ao tema variam muito de acordo com o autor que se consulte, o que pode causar graves confusões. Apenas para ilustrar tal realidade, há autores que promovem distinções entre competência pública e competência privada (como Alf Ross, analisado mais à frente), assim como há mesmo quem considere que somente existe competência para os entes públicos, ao passo que os particulares teriam apenas faculdades². Além disso, como o propósito é estudar o (eventual) impacto da consagração de direitos fundamentais na liberdade decisória do legislador, com a geração de deveres para este, a separação clara das noções de competência e de dever é um passo decisivo para evitar mal-entendidos. Pelo valor heurístico que suas investigações apresentam sobre o tema, serão analisadas, em alguns de seus pontos fundamentais, as contribuições de Hans Kelsen e Alf Ross sobre o tema, para, a partir da crítica a essas contribuições, encerrar a noção de competência jurídica com que se trabalhará. Ao fim deste número, serão confrontadas as noções de competência e dever jurídicos.

A respeito da obra de Hans Kelsen, o tratamento do tema em seus trabalhos é mais relevante para esta pesquisa na sua produção a partir de 1960³. No ano da publicação da segunda edição alemã de sua *Teoria pura do direito*, Kelsen sistematiza um catálogo de funções que cada norma pode cumprir, a saber: prescrição, permissão, revogação, e autorização⁴. Esta última é a mais interessante neste passo. A partir da

#documents. Acesso em 21/03/2012; TUSSEAU, Guillaume. **Les normes d'habilitation**. Paris: Dalloz, 2006.

² Por exemplo, Carla Huerta promove distinção confusa e pouco criteriosa entre as faculdades dos particulares para realizar atos jurídicos (*capacidad*) e a competência das autoridades públicas para realizar atos normativos ou de execução (*competencia*) (cf. La discusión sobre el carácter deóntico de las normas de competencia: obligación o permiso. **Problema – Anuario de filosofía y teoría del derecho**, vol. 4 (2010), 2011. Disponível em <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/filotder/cont/4/pr/pr11.pdf>, p. 248-249 e 262-263. Acesso em 21/08/2011; reafirma-se a distinção com a consideração do caráter necessariamente público da competência em *Idem*. Una reflexión metodológica sobre la naturaleza y función de las normas de competencia. **Boletín mexicano de derecho comparado**, n. 131, mai./ago., 2011. p. 602. Disponível em <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/131/art/art4.pdf>. Acesso em 16/01/2012.

³ Para um apanhado da competência jurídica em todas as fases da teoria jurídica de Kelsen, cf., especialmente, PULIDO, Carlos Bernal. Las normas de competencia en la teoría pura del derecho de Kelsen. In: BORDA, Luis Villar. **Hans Kelsen: 1881-1973**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. p. 89-123.

⁴ Curioso observar que, para muitos intérpretes de Kelsen, a função revogatória foi tratada pela primeira vez em um ensaio especificamente dedicado ao assunto (Derogation. In: NEWMAN, Ralph A. (ed.) **Essays in jurisprudence in honor of Roscoe Pound**. Indianápolis/Nova York: Bobbs-Merrill, 1962. p. 339-355), com a posterior incorporação à *Teoria geral das normas*. Nesse sentido, cf. PULIDO, Carlos Bernal. Las normas de competencia en la teoría pura del derecho de Kelsen. In: BORDA, Luis Villar. **Hans Kelsen: 1881-1973**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. p. 98, nota 30). Entretanto, o próprio Kelsen reivindica a aparição da função revogatória em seus escritos já em 1960, na segunda

década de 60, a competência toma novos contornos para Kelsen e ganha novos refinamentos até mesmo em obras postumamente publicadas, a ponto de haver motivos para se fundamentar, como será discutido, que ela se tornou a mais elementar das funções possíveis de uma norma jurídica. Tal posicionamento da autorização tem por base uma das mais constantes noções da teoria jurídica kelseniana: a de que o Direito regula sua própria produção. E se o direito regula sua própria criação, somente os agentes suficientemente autorizados para criar ou aplicar as normas jurídicas poderão fazê-lo; fora do poder⁵ conferido pelo ordenamento jurídico, todo e qualquer ato será juridicamente irrelevante – a menos que, por exemplo, seja uma conduta que condicione a aplicação de uma sanção, algo não necessariamente observado⁶.

Kelsen distingue algumas acepções da função de autorização (*Ermächtigung*) e realiza um inventário das noções que a doutrina tradicional maneja como se fossem distintas, mas que cumpririam, todas elas, a mesma função normativa⁷. Ao terminar todo esse catálogo de usos encartados na função de autorizar, Kelsen tece uma importante crítica:

Na medida em que seja tomada como em conta a função que consiste no exercício do poder jurídico conferido pela ordem jurídica, esta limitação do conceito de competência não se justifica. A capacidade negocial e o direito subjectivo – privado ou político – de um indivíduo são a sua <<competência>> no mesmo sentido em que o é a capacidade de certos indivíduos de fazer leis, proferir decisões judiciais ou tomar resoluções administrativas. A terminologia tradicional encobre o parentesco essencial que existe entre todas as funções que exercitam este poder jurídico, em vez de o pôr em evidência.⁸

Esta, seguramente, é uma das grandes contribuições extraídas da doutrina kelseniana sobre as normas de competência. O “parentesco essencial” a que ele se refere é a chave para uma melhor compreensão de certas inovações no âmbito dos vários

edição de sua *Teoria pura do direito* (cf. **Teoria geral das normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris Editor, 1986. p. 395, nota 76).

⁵ Para os fins deste trabalho, poder jurídico é sinônimo de competência jurídica.

⁶ Cf. On the basis of legal validity. Tradução de Stanley L. Paulson. **The American journal of jurisprudence**, v. 26, 1981. p. 179-180 (este trabalho foi publicado pela primeira vez em 1960); *Idem*. **Teoria pura do direito**. 3. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1974. p. 268-269; e *Idem*. **Teoria geral das normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris Editor, 1986. p. 129-130.

⁷ Essas funções incluíam desde a capacidade para delinquir (*Deliktsfähigkeit*) até à competência para certos atos com função jurídica, como legislar ou julgar (*Kompetenz* ou *Züstantigkeit*) (cf. **Teoria pura do direito**. 3. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1974. p. 208-213. Os termos alemães apresentados entre parênteses foram conferidos em **Reine Rechtslehre**. 2. ed. reimpr. Wien: Österreichische Staatsdruckerei, 1992. p. 150-154. Um apanhado completo dos termos que Kelsen dá como abrangidos pela função de autorização pode ser visto em BULYGIN, Eugenio. On norms of competence. **Law and philosophy**, vol. 11, n. 3, 1992. p. 202.

⁸ **Teoria pura do direito**. 3. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1974. p. 212-213.

ordenamentos jurídicos. Separar todos esses fenômenos como coisas diversas pode estarrecer a doutrina na hora de resolver problemas com situações jurídicas que se encontrem a meio caminho de duas (ou mais) das elencadas por Kelsen. O mais importante, por ora, é chegar à mais relevante relação estabelecida por Kelsen entre a autorização e imposição, fundamental no aparato teórico para o problema do controle do exercício de competências.

Na doutrina kelseniana, no período tomado em consideração, separação entre as funções de prescrição e de autorização é realizada insistentemente. Para Kelsen, é apenas contingente que uma conduta seja autorizada e, ao mesmo tempo, prescrita⁹. Desse modo, ele propõe uma construção teórica que permite à noção de competência jurídica abranger uma enorme quantidade de posições jurídicas, desde os particulares até ao legislador; este ponto é de fundamental importância, pois oferta uma ferramenta teórica que permite a descrição da situação jurídica do legislador tanto para casos em que ele é competente para certos atos sem ter o dever de cometê-los, quanto para aqueles em que tal dever não exista.

Outro autor cuja contribuição para o estudo da competência jurídica é relevante para o presente trabalho é Alf Ross. Para ele, todo exercício de poder produz um ato jurídico (*act-in-the-law*), que é um pronunciamento lingüístico que, como regra, resulta em conseqüências jurídicas, de acordo com seu conteúdo. Como exemplos, podem ser citados um testamento, uma promessa, um ato administrativo etc. Da mesma forma que todo exercício de poder resulta em um ato jurídico, todo ato jurídico é exercício de um poder. É importante notar que Ross sempre teorizou a existência de uma cadeia de normas, na qual um agente competente tem o seu poder conferido por outro, e assim sucessivamente, até se chegar à norma básica de um sistema jurídico, a qual constitui a

⁹ “Podemos, portanto, ser juridicamente obrigados a fazer ou a omitir algo; mas apenas nos pode ser conferido poder ou competência para fazer algo. O que sucede, porém, é que podemos ser juridicamente obrigados a fazer uso de uma competência: uma acção para a qual a ordem jurídica atribui competência a um indivíduo pode, ao mesmo tempo, ser prescrita ou ordenada, isto é, pode ser tornada conteúdo do seu dever”, diz Kelsen. Prossegue, ainda na mesma página: “A este respeito recorde-se uma vez mais que, se a proposição jurídica é formulada com sentido de que, sob determinadas condições ou pressupostos, deve intervir um determinado acto de coacção, a palavra <<deve>> nada diz sobre a questão de saber se a aplicação do acto coercitivo constitui conteúdo de um dever jurídico, de uma permissão positiva ou de uma atribuição de competência (autorização), antes, as três hipóteses são igualmente abrangidas.” (**Teoria pura do direito**. 3. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1974. p. 175-176). Em uma passagem especialmente interessante para o presente trabalho, Kelsen reafirma que uma aplicação de sanção pode ser apenas autorizada, sem o ser também imposta, e fala o seguinte: “Para o estabelecimento de normas gerais, o órgão legislativo é autorizado pela Constituição; mas o estabelecimento de normas jurídicas gerais – em regra – não lhe é imposto. Se o órgão legislativo não faz uso da autorização a ele dada não comete nenhuma infringência ao direito.” (**Teoria geral das normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris Editor, 1986. p. 130).

competência de sua mais alta autoridade¹⁰. A competência é a habilidade juridicamente conferida para criar normas ou efeitos jurídicos. Nesse sentido, é uma espécie de poder, e um poder existe sempre que uma pessoa tem a capacidade de, através de seus atos, produzir efeitos jurídicos desejados. A norma que estabelece uma competência põe as condições para o exercício dessa habilidade (e para a conseqüente criação de normas ou efeitos jurídicos). Estas condições são de três ordens: (1) referentes ao sujeito que exercita a competência (competência pessoal); (2) referentes ao procedimento e a outras condições relativas à gênese do ato (competência formal); (3) relativas ao conteúdo do ato, que travejam a norma a ser criada com relação ao seu tema, ao seu sujeito, e à sua situação¹¹ (competência material)¹².

Um dos mais relevantes pontos no trato de Ross sobre a competência jurídica é a distinção fundamental que ele vislumbra, com relação ao seu conteúdo e ao propósito (finalidade) social que persiga no seio de uma comunidade. Neste aspecto, a competência pode ser dividida em *pública* e *privada*. Os poderes que constituem a autonomia privada (competência privada) são conferidos a todas as pessoas adultas normais. Estes poderes estão limitados à capacidade de contrair obrigações e dispor dos próprios direitos. O exercício de tais poderes vincula apenas o próprio detentor da competência, como regra, sem vincular outras pessoas alheias à decisão de exercê-lo. Os poderes da autonomia privada são acometidos aos sujeitos sem que haja também o acometimento de um dever de exercitá-lo, ou de fazê-lo de maneira específica. As competências sob consideração não constituem um “direito”, mas compõem sempre um direito transferível; com a transferência do direito (que é possível), a competência é transferida para o seu sucessor. Assim, a autonomia privada constitui-se de poderes que todas as pessoas detêm (*unqualified*), autônomos (provocam mudanças apenas nas

¹⁰ Embora seja constante a caracterização da norma básica como a que constitui a mais alta autoridade (ou um conjunto de autoridades mais elevadas, em coordenação), a norma básica assume, aparentemente, pelo menos duas formas ao longo de sua obra: como uma norma pressuposta (cf. **Sobre el derecho y la justicia**. 4. ed. Tradução de Genaro Carrió. Buenos Ayres: Eudeba, 1977. p. 78) e como direito implícito ou costumeiro (cf. **Directives and norms**. London/New York: Routledge & Kegan Paul, 1968. p. 96). Maiores considerações sobre essas duas construções da norma básica não importam para o trabalho, pois o relevante é que elas são sempre constitutivas da mais alta autoridade.

¹¹ Sujeito, situação e tema são os famosos elementos utilizados por Ross para promover a representação de uma conduta comandada por uma norma. O sujeito diz com o agente de quem se é de esperar o comportamento conforme à norma. A situação se refere às condições em que a conduta se deve dar. O tema é o elemento que tem a função de indicar como o sujeito deve agir na situação indicada (cf. **Directives and norms**. London/New York: Routledge & Kegan Paul, 1968. p. 107).

¹² Ainda que, em algumas passagens, tenha-se a impressão de que Alf Ross considerava a existência de várias normas de competência (norma de competência pessoal, norma de competência material e norma de competência procedimental para constituir o mesmo poder), ele geralmente se referia às condições para a produção de um ato jurídico, o que leva à conclusão de que ele defenderia que a individuação da norma de competência se dá pela conjunção de todos esses fatores, não pela presença de apenas um deles.

posições jurídicas das pessoas cujas decisões são envolvidas nos seus exercícios), discricionários (exercidos livremente) e transferíveis.

Os poderes componentes da competência pública (autoridade pública) são conferidos somente a certas pessoas que cumprem requisitos extraordinários, como os ministros de Estado, nomeados na forma da lei. Substancialmente, são poderes que possibilitam a criação de regras vinculantes para outras pessoas, que não os detentores da competência. Um poder público não é conferido para ser exercitado de acordo com o interesse de quem o detém; sua função social é servir aos interesses da comunidade e do “bem-comum”. O seu exercício constitui um dever, em sentido bastante amplo, e se deve dar de uma maneira imparcial, com o fim de atingir os propósitos sociais aos quais esse poder se presta; deste modo, a competência pública vem acoplada a sanções e controles de diferentes tipos, a fim de que seus detentores não se desviem dos escopos para os quais têm a si acometido tal poder. Tal competência, ao contrário da competência privada, não pode ser transferida, por não compor um direito. Em suma, a competência pública é conferida a agentes especialmente qualificados (*qualified*); os poderes que a compõem são heterônomos (promovem a alteração de posições jurídicas de outros indivíduos); servem ao interesse público e não são transferíveis¹³.

De acordo com o que se expôs, assim como Kelsen, Ross também admite que a competência pode ser cumulada com um dever de exercício e a sua concepção de norma lhe leva mais além, como dito, para entender que uma norma de competência somente pode ser direito vigente caso haja uma forma de declarar nulos os atos que sejam cometidos em desacordo com os seus preceitos, ou caso se possa responsabilizar alguém pelos atos mal praticados.

À vista do exposto, a grande crítica que pode ser feita à doutrina rossiana é a de que ela pretende promover uma distinção entre competência pública e privada, a fim de utilizar tais noções para “enquadrar” as situações jurídicas constituídas em determinado ordenamento; entretanto, algumas posições jurídicas podem mostrar-se resistentes à sua classificação como pública ou privada, por conta da ausência de alguns caracteres dessas categorias de poder jurídico. Assim, a proposta kelseniana é mais abrangente e proveitosa, por ser um instrumento com o qual se podem descrever casos em que a

¹³ Cf. **Sobre el derecho y la justicia**. 4. ed. Tradução de Genaro Carrió. Buenos Ayres: Eudeba, 1977. p. 160-161, 198-199; *Idem*. On the concepts “state” and “state organs” in Constitutional Law. **Scandinavian studies in law**, v. 5, 1961. p. 116-119; *Idem*. **Directives and norms**. London/New York: Routledge & Kegan Paul, 1968. p. 96, 130-133); *Idem*. Auge y decadencia de las expresiones realizativas. Tradução de Raúl Necedal. **Boletín mexicano de derecho comparado**, n. 21, set./dez., 1974. p. 185 ss. Disponível em <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/21/est/est11.pdf>. Acesso em 21/08/2011.

conduta geradora de efeitos por força da atribuição de competência não é objeto de um dever, e casos em que isso não ocorre. Com isso, é possível estabelecer a noção de que detém competência jurídica o sujeito a cuja conduta são imputados certos efeitos jurídicos, efeitos estes consistentes na alteração de posições jurídicas de algum sujeito de direito; destarte, será competência legislativa toda aquela atribuída ao legislador de algum ordenamento. Na construção seguida, haverá um dever de legislar se, e somente se, à competência acometida para realizar um ato legislativo, também houver – e não necessariamente há – a atribuição de competência para a correção do comportamento do legislador, seja na cassação de atos realizados em desacordo com a competência atribuída, seja na correção das situações jurídicas resultantes do comportamento omissivo do legislador. Esta segunda parte da noção de dever de legislar é muito importante, pois dá conta do problema das omissões legislativas e desvincula a noção de dever de uma compreensão estrita de sanção jurídica, entendida como uma reação do ordenamento consistente apenas na responsabilização (patrimonial ou política) de algum ente, de modo a abranger as ocasiões em que simplesmente é corrigida a situação antijurídica, sem que haja tal responsabilização. Um exemplo disso será discutido quando se tratar do controle das omissões legislativas.

3. DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR

A expressão “liberdade de conformação do legislador” se consagrou no direito alemão (*Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers*) e, com algumas expressões sinônimas, como discricionariedade do legislador¹⁴, alude a algo como um “espaço” dentro do qual o legislador pode escolher o conteúdo das decisões a tomar, em um espectro de decisões viáveis, do ponto de vista constitucional (ou de normas que conformem a sua ação,

¹⁴ José Júlio Fernández Rodríguez critica a utilização do termo “discricionariedade” para fazer referência à liberdade do legislador, uma vez que o termo é geralmente lançado em relação ao administrador público, que mantém com a lei uma relação diferenciada, em termos de vinculação, com a mantida pelo legislador com a Constituição (cf. **La inconstitucionalidad por omisión: teoría general, derecho comparado, el caso español**. Madrid: Civitas, 1998. p. 79). Em sentido semelhante, Jorge Pereira da Silva afirma que “só metaforicamente se pode falar de discricionariedade legislativa, porque, mesmo na presença de um dever de concretização de normas constitucionais, (...) [o legislador] nunca atua desprovido de sua liberdade de conformação ao ponto de a sua função perder a marca da decisão política e de se transformar numa função secundária ou meramente executiva” (cf. **Dever de legislar e proteção jurisdicional contra omissões legislativas**. Lisboa: Universidade Católica, 2003. p. 29-30). Canotilho traça uma distinção entre as duas noções, com amplas referências (cf. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra. 1982. p. 219 ss.). Essa crítica parece não ter grande força aqui, pois a referência é sempre à liberdade do legislador, sem maior caso sobre o grau de vinculação deste em relação à constituição. Assim, as duas expressões serão utilizadas indistintamente.

ainda que não tenham cunho constitucional¹⁵). Essa liberdade significa que é conferido um poder ao legislador para cometer um ato jurídico, mas que a conduta a que são imputados os efeitos jurídicos típicos desse mesmo ato não constitui o conteúdo de um dever jurídico¹⁶. Essa liberdade implica (e baliza) a atribuição ao legislador de competência para realizar um planejamento estratégico do desenvolvimento legislativo da Constituição, a qual, por sua incompletude¹⁷, tem de reservar uma quantidade razoavelmente grande de matérias para o trato normativo infraconstitucional.

As opções de escolha do legislador se cingem, via de regra, ao momento do exercício da competência a si atribuída, bem como à matéria acerca da qual se tratará com o ato. Desta forma, há opções de escolha sobre o *se*, *quando* e o *quê* da atividade legislativa. O procedimento pelo qual a sua competência deve ser exercida (competência procedimental) não é, ordinariamente, deixado ao arbítrio do legislador¹⁸. As constituições modernas costumam apresentar um procedimento padrão para a produção dos atos legislativos com valor de lei, além de um procedimento mais agravado (em relação ao das leis) para a modificação do texto constitucional – fator ligado à superioridade desse diploma e à maior força de suas normas¹⁹. Desse modo, no âmbito da sua liberdade, o legislador poderá levar a cabo certos juízos sobre a conveniência de

¹⁵ Fez-se uma ressalva sobre normas que não sejam integrantes da Constituição, uma vez que o direito brasileiro conta com previsões de normas de cunho legal que traçam normas para o legislador. Um bom exemplo é o da lei complementar nº 95/98, que regula a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis e de diversos outros atos normativos do direito brasileiro.

¹⁶ Noutra linguagem, poder-se-ia dizer que essas condutas têm permitidas, juridicamente, a sua comissão ou a sua omissão pelo ordenamento jurídico. Contudo, e essa crítica não encontra neste trabalho espaço para desenvolvimento, com as noções de competência e de dever jurídico já expostas, torna-se desnecessário o uso de normas de permissão como instrumento para descrever o material jurídico. Sobre a crítica à noção corredia de normas permissivas, cf., por todos, ZIEMBIŃSKI, Zygmunt. On so-called “permissive norms”. *Archivum iuridicum cracoviense*, v. 9, 1976. p. 169 ss.

¹⁷ Sobre o caráter fragmentário das constituições, João Barbalho asseverou: “(...) não seria ella constituição, mas tomaria o character e as largas proporções de um código, si em seu contexto particularisasse a organização completa das instituições e serviços necessarios ao regimen que estabeleceo.” (**Constituição federal brasileira**. Rio de Janeiro: Companhia Lytho-Tipographia, 1902 (Edição fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2002) p. 138).

¹⁸ Para evitar problemas desnecessários nesse passo, desconsiderar-se-á qualquer possibilidade de discricionariedade sobre a competência procedimental. Contudo, não se ignora a existência, por exemplo, de setores da doutrina que admitem a possibilidade de o legislador se utilizar de lei complementar (CF; art. 59, inc. II), mesmo quando a Constituição não a demanda para alguma matéria, seja implícita, seja explicitamente. De outro modo, há quem admita a regulamentação de direitos fundamentais por emenda à constituição, mesmo quando esta se refere a “lei”, o que configuraria uma liberdade do legislador para escolher o procedimento pelo qual deve cometer um ato de execução constitucional.

¹⁹ A força normativa é um atributo operativo de uma norma, indicador do potencial jurídico-normativo, quando em relação de tensão com outra. Tal força guarda, via de regra, uma relação de direta proporcionalidade com o reforço do procedimento atravessado por um ato ao longo de sua produção. Sobre a força normativa, especialmente sobre a força de lei, cf. MORAES, Carlos Blanco de. **As leis reforçadas**: as leis reforçadas pelo procedimento no âmbito dos critérios estruturantes das relações entre actos legislativos. Coimbra: Coimbra, 1998. p. 145 ss.

legislar (ou não) em alguma matéria; ao resolver legislar, terá meios para dispor do momento exato em que isso será feito, bem como sobre os termos exatos das suas disposições. A abertura desses “espaços” à apreciação do legislador sobre a conveniência do desenvolvimento legislativo do ordenamento jurídico – sem a presença, portanto, de um dever jurídico sobreposto à sua competência, – somente existe à medida que, seja pela sua omissão, seja pela sua comissão, todas as normas constitucionais venham a ser observadas, ou, o que será dizer o mesmo, todos os seus princípios sejam satisfeitos (e outros sacrificados) de maneira proporcional, de modo que não haja qualquer tipo de inconstitucionalidade resultante de seu comportamento. Marcelo Guerra sugestivamente intitula esse espectro de situações jurídicas constitucionalmente toleráveis de “casos de empate”²⁰.

A nota de que a liberdade de conformação se dá na “zona do empate” é de fundamental importância e tem razões fortíssimas para não ser olvidada no tema do controle das omissões legislativas. Alguns acontecimentos mais ou menos recentes na história do constitucionalismo promoveram uma baixa significativa na amplitude dessa zona. As constituições ganharam, paulatinamente, uma densidade normativa que não tinham; as declarações de direito de fins do século XVIII e início do século XIX passaram de um mero testemunho das aspirações de uma época, para um conjunto de verdadeiras normas jurídicas, muitas delas reconhecidamente constitutivas de posições jurídicas passíveis de proteção jurisdicional. Mais: as próprias constituições passaram a contar com cláusulas que determinaram a aplicação imediata dos direitos fundamentais²¹, razão por que as posições jurídicas dos detentores desses direitos

²⁰ Marcelo Guerra lança essa expressão ao se referir à “possibilidade de ser epistemicamente impossível determinar qual princípio deve preponderar sobre outro, num caso concreto, o que assegura uma delimitação de competências entre judiciário e legislativo” (cf. A proporcionalidade em sentido estrito e a “Fórmula do Peso” de Robert Alexy: significância e algumas implicações. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Porto Alegre, v. 31, n. 65, jan./jun., 2007. p. 36). Na mesma página, ele leva o raciocínio adiante nos seguintes termos: “Aliás, é possível ir mais longe: a possibilidade de “empate” como resultado do sopesamento é o que assegura todas as outras modalidades de competência normativa, diversas daquela exercida pelo Constituinte originário, nomeadamente a discricionariedade (administrativa e legislativa) e a autonomia privada. Ambos os fenômenos, na perspectiva da teoria das normas jurídicas, não passam de modalidades do gênero competência normativa, do qual aquela do legislador e a do judiciário também seriam apenas outras espécies”. Em sentido semelhante, Virgílio Afonso da Silva fala em zona de paridade, no interior da qual todas as respostas que envolvam a colisão entre direitos fundamentais deve ser considerada ótima (cf. Teoría de los principios, competencia para la ponderación y separación de poderes. Tradução de Virgílio Afonso da Silva e Pablo Gasparini. In: SIECKMANN, Jan-R. (ed.) **La teoría principialista de los derechos fundamentales**: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 250).

²¹ No caso brasileiro, está para isso o § 1º, do art. 5º, da Constituição federal. Não vale a pena entrar na discussão interminável sobre a interpretação que se deve dar a tal cláusula. Dois são os pontos merecedores de destaque. Em primeiro lugar, como observou apropriadamente Ingo Sarlet, a Constituição brasileira conta, em seu bojo, com uma quantidade inédita de normas que “em virtude de sua natureza

devem ser reconhecidas como existentes e exigíveis judicialmente, sem que isso dependa de qualquer mediação legislativa – tanto quanto possível, – pelo menos em um grau mínimo para garantir a satisfação desses direitos.

Para o tema da pesquisa, essa crescente força angariada pelas normas de direitos fundamentais, aliada à sua também crescente positivação nos diplomas constitucionais, impactou de maneira grave a liberdade de conformação do legislador, ao fazer com que a “zona de empate” se tornasse cada vez menor, o que aumentou a preocupação com o comportamento do legislador. Certas atitudes legislativas, outrora admitidas sem maior objeção, por não infringir qualquer norma constitucional (e permanecerem na “zona de empate”), passaram a desrespeitar novos preceitos consagradores de direitos fundamentais, agregados às constituições e densificados normativamente. Dessa forma, o legislador passou a ter uma discricionariedade sensivelmente menor no desenvolvimento normativo demandado pela constituição, fenômeno em grande medida devido a essa nova abordagem dos direitos fundamentais. Entretanto, deve ser salientado que essas restrições ficaram, em um primeiro momento, limitadas ao controle de suas ações comissivas, na forma de uma reação aos atos que desbordassem da competência acometida constitucionalmente. O controle de constitucionalidade dos atos legislativos, surgido nesses moldes, representou uma quebra importantíssima em relação ao chamado estado liberal, para o qual, pelo menos em seus primórdios, a onipotência do legislador era fundamental na conformação estatal²², pois representava a garantia de que os representantes do povo fariam valer a vontade de seus representados, sem que houvesse a ingerência do judiciário e do executivo (poderes cujos quadros não eram recrutados em eleições periódicas e

(forma de positivação, função e finalidade), reclamam uma atuação concretizadora dos órgãos estatais, especialmente do legislador, sem que, à evidência, se esteja a negar eficácia e aplicabilidade (inclusive imediata) a estas normas” (cf. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2008. p. 283). Esta constatação parece tornar adequada também para o direito brasileiro a idéia de Fausto de Quadros, segundo a qual a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais se apresenta como uma *vocação*, incapaz, sozinha, de assegurar o exercício desses direitos (cf. Omissões legislativas sobre direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (org.) **Nos dez anos da Constituição**. Lousã: Casa da Moeda/Imprensa Nacional, 1987. p. 58-59). Em segundo lugar, não há dúvida de que a norma extraída do preceito constitucional citado vincula também o legislador, embora não o diga expressamente. Daí a judiciosa anotação de Leonardo Martins e Dimitri Dimoulis, para quem o legislador não pode “restringir um direito fundamental de forma não permitida pela própria Constituição, sob o pretexto que detém a competência e a legitimação democrática de criar normas gerais e geralmente vinculantes” (cf. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 90).

²² A onipotência do legislador trazia a reboque o reconhecimento da onipotência da lei dentre as fontes do direito (cf. DIEZ-PICAZO, Luis María. Concepto de ley y tipos de leyes: ¿Existe una noción unitaria de ley en la Constitución española? **Revista española de derecho constitucional**, n. 24, set./dez., 1988. p. 48-49).

representavam as forças políticas contra as quais se combatia) na formação das normas gerais²³.

Em outra frente, a evolução no trato dos direitos fundamentais fez com que as competências do legislador sofressem outro tipo de revés, que não se refere mais a limitações impostas aos seus atos comissivos, mas se dirige em sentido contrário ao de suas omissões. A efetivação de uma ampla gama de direitos fundamentais depende, em graus diversos, de acordo com o direito de que se trata, de prestações normativas cuja competência é deixada ao legislador. Nesse sentido, a importância dos direitos fundamentais na realização do plano traçado pela constituição, representante de altíssimas aspirações de uma comunidade, pode justificar a imposição de um dever de exercício de certas competências, pois a inação do agente leva à frustração de pontos cardeais da constituição. O desenvolvimento dessas idéias, sob as quais subjaz o impacto dos direitos fundamentais na liberdade de conformação do legislador, é o assunto do próximo número.

4. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS. RELAÇÃO COM A DISCRICIONARIEDADE LEGISLATIVA

Uma das mais importantes noções, embora nem sempre precisada com o rigor mais adequado, é o de direito fundamental. Muitas discussões sobre a aplicabilidade ou a colisão de direitos fundamentais estão, sem que muitas pessoas consigam perceber que, na verdade, a grande divergência está na noção adotada de direito fundamental. Primeiro que tudo, deve-se ter em linha de conta que o objetivo é traçar um entendimento que auxilie na reconstrução do material jurídico-constitucional brasileiro, sem pretensões de cravar um conceito universalmente válido, embora a doutrina estrangeira sirva de base para o trabalho empreendido.

Uma concepção justamente influente é a de Robert Alexy. O desenvolvimento

²³ O controle jurisdicional de constitucionalidade continua, ainda hoje, alvo de graves críticas. Para um apanhado do tema, cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La constitución como norma y el tribunal constitucional**. 3. ed. 3. reimp. Madrid: Civitas, 1994. p. 157 ss. No direito norte-americano, a questão tomou um novo fôlego, dentre outros fatos, com o recente debate entre Jeremy Waldron, quem tece críticas de cunho democrático graves ao *judicial review* (cf. The core of the case against judicial review. **The yale law journal**, n. 115, v. 3, abr., 2006. p. 1346-1406. Disponível em www.law.harvard.edu/news/spotlight/links/waldron.pdf. Acesso em 21/08/2011) e Richard Fallon Jr. (cf. The core of an uneasy case for judicial review. **Harvard law review**, v. 121, n. 7, mai., 2008. p. 1694-1736. Disponível em http://www.harvardlawreview.org/media/pdf/fallon_judicialreview.pdf. Acesso em 12/03/2012).

que este professor fez do que chamou *direito fundamental completo* foi um dos passos mais importantes da teoria dos direitos fundamentais no século passado, por prover um material teórico de extraordinário valor, não somente para o direito constitucional alemão, objeto do estudo de Alexy em sua *Teoria geral dos direitos fundamentais*. Segundo ele, falar que um direito fundamental completo é um feixe de posições jurídicas de direitos fundamentais atribuídos a uma disposição de direitos fundamentais é apenas uma parte da questão. Sob o conceito de direito fundamental completo, cabem as mais variadas relações entre normas e posições jurídicas, dentre as quais três seriam facilmente verificáveis: uma relação meio-fim, uma relação de especificação e uma relação de sopesamento, o que denotaria a complexidade de se estabelecer com precisão o conteúdo de um direito fundamental e a necessidade de se lançar mão de todos os recursos da interpretação constitucional na determinação do conteúdo de um direito²⁴. Esta noção é bastante útil, pelo fato de possibilitar uma compreensão expansiva desses direitos, de modo a abranger posições jurídicas que somente se mostrem como componentes de um direito fundamental após um esforço interpretativo, às vezes extremamente complexo.

A adequação dessa lição ao direito constitucional brasileiro parece de demonstração pouco difícil de ser realizada. Com efeito, diversos são os direitos que, para conseguirem sua efetivação, ainda que em grau mínimo, podem se revelar grandes complexos de posições jurídicas de naturezas diversas. O direito à propriedade, à educação, dentre outros, demonstram que é praticamente impossível se delinear um conjunto prévio e fixo das posições jurídicas que tais direitos encerram em seu bojo. Além disso, demonstram a utilidade da distinção entre regras e princípios, como espécies de normas jurídicas, que o mesmo Robert Alexy teorizou. Tais direitos devem ser compreendidos como princípios jurídicos, isto é, como normas que comandam uma quantidade inumerável de condutas para a sua realização, constituindo, destarte, *mandados de otimização*, que devem ser satisfeitos na máxima medida, consideradas as limitações fáticas e jurídicas²⁵. A partir desse entendimento, é mais fácil maximizar os efeitos jurídicos da consagração dos direitos fundamentais na Constituição brasileira²⁶.

²⁴ O professor alemão trata disso em sua *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 248 ss.

²⁵ Na literatura nacional, abordou com proficiência a distinção entre regras e princípios na obra de Alexy SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista latino-americana de estudos constitucionais*, n. 1, 2003, p. 607-630.

²⁶ Advirta-se para o fato de que também existem direitos fundamentais que são consagrados por normas com a estrutura de regras. Contudo, estes não têm tanto interesse para o presente trabalho, pois a sua

Feitas tais considerações, é de tocar o ponto crucial do trabalho: as formas de vinculação do legislador aos direitos fundamentais, com a conseqüente limitação de sua liberdade de conformação. Em primeiro plano, geralmente considerados em sua vertente subjetiva, os direitos fundamentais, como vinculam efetivamente os poderes públicos (e também os particulares), promovem uma limitação de suas competências, uma vez que excluem do seu raio de ação as matérias que consagram em seu âmbito normativo. Assim o explica Konrad Hesse:

Ao significado dos direitos fundamentais como direitos de defesa subjetivos do particular corresponde seu significado jurídico-objetivo como determinações de competências negativas para os poderes estatais. Sem dúvida, é sua função proteger os direitos fundamentais, podem eles ser obrigados a concretizar direitos fundamentais, e podem eles ser autorizados a limitar direitos fundamentais; mas o status individual da liberdade e igualdade garantido com essa medida pelos direitos fundamentais está subtraído à sua competência e ele é protegido por essa subtração contra os poderes estatais.²⁷

Esta é uma dimensão – vinculação negativa do legislador – da questão bem menos problemática, pois a sua aceitação no âmbito da doutrina e da jurisprudência constitucionais é ampla. Contudo, uma vez que seja reconhecido que muitos direitos fundamentais demandam uma prestação normativa do legislador, ainda que se aceite a doutrina da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais, os direitos fundamentais devem gerar outra pressão sobre a liberdade de conformação do legislador.

Com efeito, estes outros direitos não se realizam apenas com o controle dos atos comissivos do legislador que desbordem da competência conferida a ele. Neste passo, será decisivo que haja uma forma de evitar que as omissões legislativas não possam se estender de modo a gerar efeitos contrários à própria Constituição; a carência de efetividade das normas constitucionais, especialmente quando envolvam direitos fundamentais, é uma das mais graves violações a um ordenamento jurídico. É para o

relação com a liberdade de conformação do legislador não apresenta os problemas dos direitos que se consagram por normas com a estrutura de princípios.

²⁷ **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha.** Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre, Fabris: 1998. p. 239. No mesmo sentido, Ignacio Villaverde afirma: “Los derechos fundamentales regulan el uso del poder público para prohibirlo en ciertos sectores de la vida social y, no obstante, habilitar a ciertos órganos del Estado para intervenir en ese sector de la vida con el propósito, o bien de limitar el derecho fundamental privando de su protección a una porción de ese sector de la vida social, o bien delimitando el propio derecho fundamental y definiendo, en consecuencia, precisamente el sector de vida social sobre el que actúa su exclusión de poder público, o bien para regular el ejercicio del derecho fundamental en el sector de la vida social que constituye su objeto, o bien, finalmente, de crear instrumentos de garantía para su pleno disfrute en él.” (La intangibilidad competencial de los derechos fundamentales. Forma de estado y derechos fundamentales. **Teoría y realidad constitucional**, n. 20, 2007. p. 345).

combate a esse tipo de situação que a doutrina desenvolveu uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais, acerca da qual lecionou respeitável doutrinador o que segue:

En sentido objetivo, los derechos fundamentales en vigencia bajo las condiciones del Estado de prestaciones sociales cristalizan como *directrices constitucionales* y *reglas de actuación legislativa*, de las cuales se desprende la obligación —no accionable, pero sí jurídicamente vinculante— de una determinada puesta en marcha de la actividad estatal.²⁸

Embora Schneider reconheça que a existência de direitos fundamentais possa conformar a atuação legislativa – vinculação positiva, – não admite a justiciabilidade desses mesmos direitos. Contudo, a lição colacionada só deve ser trazida para a realidade brasileira no que diz com a regulação imposta ao legislador, pois a Constituição brasileira de 1988 instituiu um sistema de controle das omissões legislativas que torna inválida, para o direito nacional, a impossibilidade de controle jurisdicional dessas omissões como quer Schneider. Um exemplo pode ajudar a lançar luzes nos temas trazidos neste número.

Caso dos mais ilustrativos da discricionariedade do legislador no direito brasileiro, que também envolveu o controle das omissões legislativas sobre direitos fundamentais, foi o do direito fundamental ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço (CF; art. 7º, inc. XXI). Durante mais de duas décadas, não houve qualquer previsão legislativa (especificamente uma lei) que estipulasse os termos em que o aviso prévio seria proporcional ao tempo de serviço, a partir do mínimo de trinta dias, já trazido pela própria Constituição. O próprio Supremo Tribunal Federal já havia se pronunciado sobre a matéria, inicialmente, no sentido de apenas declarar a mora do legislador para, em uma espécie de apelo, rogar-lhe a promulgação da lei faltosa²⁹. Mas o que se pretende aqui não é analisar a sorte do Mandado de Injunção, mas, antes, aproveitar o caso para ilustrar como a discricionariedade do legislador não deixa de existir caso se considerem os direitos fundamentais como princípios e para fazer uma demonstração de como esses mesmos direitos, quando insatisfeitos por conta da omissão legislativa, podem justificar medidas que, à primeira vista, podem aparentar um ataque à liberdade de conformação do legislador, mas que, se interpretadas adequadamente, apenas afirmam a supremacia das normas constitucionais.

Em primeiro lugar, no exemplo do aviso prévio, a Constituição estabeleceu o

²⁸ SCHNEIDER, Hans-Peter. Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático. Tradução de Joaquín Abellán. **Revista de estudios políticos**, n. 7, jan./fev., 1979, p. 32.

²⁹ Vale conferir o MI 369-92DF, em que, por maioria, foi vitorioso o voto do Min. Relator Francisco Resek, no sentido do texto, vencidos os Ministros Ilmar Galvão, Marco Aurélio e Carlos Velloso.

patamar mínimo a ser obedecido, o que, indiscutivelmente, vinculou a todos (poderes públicos, pois o legislador não pode diminuir esse patamar, nem pode o Judiciário recusar a aplicação desse mínimo). Grande questão pairou sobre a competência do Supremo Tribunal Federal para, à falta da lei a que a Constituição teria reservado a instituição da relação de proporcionalidade entre o tempo de serviço e o aviso prévio. É interessante notar que não houve qualquer tipo de “teto” para tal direito; isso é curioso, pois se o aviso de trinta dias é garantido para quem tenha, por exemplo, um ano em um dado emprego, que tempo de aviso se poderia garantir a quem tenha trinta e cinco anos no mesmo posto de trabalho? O fato é que, se a norma de direito fundamental que consagrou o aviso prévio proporcional é um princípio (ou, pelo menos, se visa, juntamente a outras, à realização do valor constitucional da melhoria das condições sociais dos trabalhadores (art. 7º, *caput*, CF)), ela imporá uma realização extremada, com a consagração de períodos tão largos quanto possíveis, fática e juridicamente. Entretanto, é relegado à lei o estabelecimento da relação de proporcionalidade, o que deixa em aberto, pelo menos em uma medida considerável, um espectro de possíveis realizações desse direito – que vão desde uma realização minimamente satisfatória, que não venha a praticamente anular tal direito (o que se daria com um teto pouco maior que trinta dias), até a uma realização mais ampla, que não venha a promover intervenções desproporcionais em outros princípios que gozem da mesma dignidade constitucional, como a liberdade de iniciativa³⁰. Que a opção legislativa possa ter essas variantes é sinal de que a existência de princípios constitucionais não elimina, pelo menos não necessariamente, os espaços para a discricionariedade do legislador; ainda resta uma “zone de empate” ao longo da qual a escolha específica por uma das opções possíveis

³⁰ É discutível a opção do legislador, com a edição da Lei nº 12506/11, pelo limite máximo de noventa dias de aviso prévio, considerando-se que mínimo de trinta dias é garantido a empregados contratados há pouquíssimo tempo. Seguramente, o aceno do Supremo Tribunal Federal nos MI’s 943 – 12/01/2009; 1010 – 02/03/2009; 1074 – 05/05/2009 e 1090 – 05/05/1999, que já contavam com o voto do relator, Min. Gilmar Mendes, pelo acolhimento da pretensão deduzida, com a solução normativa para os casos concretos, fez com que o Congresso Nacional buscasse, a toque de caixa, uma solução conciliatória que evitasse uma enxurrada de ações semelhantes, principalmente pelo fato de que o STF parecia disposto a regular os casos com um limite máximo significativamente superior ao que a Lei referida consagrou. Isto gerou uma mobilização ímpar dos grupos de pressão, no sentido de que o Congresso finalmente deliberasse sobre a matéria, *que contava com diversos projetos de lei em trâmite há décadas*. Fugiria do escopo deste trabalho levar tal assunto mais adiante, o que ocupará uma pesquisa à parte, mas já dá uma pequena nota de que o problema das omissões legislativas não se deve, muitas vezes, à complexidade dos temas ou ao grande volume de trabalho do Legislativo, mas se deve antes ao *custo político da tomada de certas decisões*, as quais podem desagradar certos setores e, conseqüentemente, pesar sobre os projetos político-partidários ou eleitorais de uma parcela dos parlamentares (e. g., decisões que sejam desagradáveis para os eleitores em geral, como aumento/instituição de tributos, ou decisões que tenham de afastar os partidos de suas linhas ideológicas (quando as têm!), por conta da “fidelidade” que devem manter a um Governo de que compõem a base aliada).

não apenas não será vedada ao legislador, como dela dependerá a solução definitiva nos quadrantes traçados pela Constituição. Portanto, que o “empate” se dê em um conjunto de situações menor com a positivação de vários direitos fundamentais, cada um dos quais positivados por meio de normas principiológicas, não implica a supressão da liberdade de conformação do legislador, que não fica adstrito à escolha da solução ótima, pois duas ou mais respostas para cada problema jusfundamental podem ser constitucionalmente viáveis³¹.

Por outro lado, a omissão do legislador deixa em aberto a conformação exata do direito ao aviso prévio. Sabe-se apenas que ele será proporcional ao tempo de serviço; nada além. Ainda que se admita a aplicabilidade imediata dessa norma, é imprescindível que haja um acertamento dessa relação de proporção. Aliás, é mesmo temerário que se admita a aplicabilidade imediata com relação ao aviso prévio proporcional, pois, sem a edição da lei, o empregador não tem condições de saber o custo de uma demissão, o que é um absurdo, do ponto de vista de quem tem de planejar uma atividade econômica, mas essa é uma complicação que pode ser deixada de lado neste passo. O fato é que, reconhecido o direito fundamental ao aviso prévio proporcional, qualquer omissão que venha a negá-lo, restringi-lo, ou mesmo a complicar a sua realização nas relações de trabalho, demanda uma justificativa, pois os direitos fundamentais representam proteções contra a sua própria restrição. Mais: neste caso específico, a desregulamentação do aviso prévio proporcional também restringe posições jurídicas dos empregadores, uma vez que instauram uma grave incerteza sobre as quantias que podem ter de desembolsar caso queiram demitir um empregado; esta dimensão do problema costuma ser olvidada nas análises da questão. Fica claro que a omissão legislativa nesse tipo de caso fere a Constituição, que demanda o

³¹ No exemplo trazido, fica difícil se contestar a existência de uma margem de manobra para o legislador. Com efeito, que prazo deveria ser concedido, no máximo? Noventa dias, como a solução legal (cf. nota anterior)? Cento e vinte? Duzentos dez? Trezentos e sessenta? Seguramente, do ponto de vista da realização do valor que representa a melhoria das condições sociais do trabalhador, esse prazo tenderia ao infinito. Contudo, a consideração de outros pontos de vista relevantes força a redução do que pode ser concedido ao trabalhador, mas é praticamente impossível apontar para *uma, e somente uma*, resposta correta, por mais que se recorra à finalidade do instituto, às soluções do direito comparado etc. É exatamente nesse espaço que se pode apontar para uma discricionariedade do legislador. Em sentido semelhante, Virgílio da Silva assevera: “(...) la simple existencia de un amplio catálogo de derechos fundamentales a ser optimizados impide ya una única respuesta para las colisiones entre estos derechos. En razón de la diversidad de las variables y del grado de incertidumbre de muchas de las premisas empíricas y normativas presentes, no es tan sólo posible, sino también probable, que, para un mismo problema, existan diversas soluciones que satisfagan el criterio de la optimización.” (Teoría de los principios, competencia para la ponderación y separación de poderes. Tradução de Virgílio Afonso da Silva e Pablo Gasparini. In: SIECKMANN, Jan-R. (ed.) **La teoría principialista de los derechos fundamentales**: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 250).

desenvolvimento legislativo por parte do legislador. Se se tomar em consideração (1) a supremacia da Constituição, enquanto norma que regula o comportamento de todos os órgãos constituídos e (2) que o Poder Legislativo é um poder constituído, conclui-se que mesmo as condutas que representam as condições para os efeitos condicionados nas competências atribuídas ao legislador podem ser também objeto de um dever jurídico. Deste modo, certas omissões legislativas põem em risco a supremacia constitucional, e quando tais omissões envolvem direitos fundamentais, o seu debelamento se torna uma questão crucial para a manutenção do conjunto normativo instituído pela própria Constituição.

Reconhecido o fato de que a supremacia constitucional é posta em risco com certas omissões do legislador, põe-se o problema de saber se o controle dessas omissões, caso venha a satisfazer (ainda que de maneira temerária) a demanda pela prestação normativa reservada constitucionalmente ao legislador, fere a liberdade de conformação deste. A solução deste problema envolve uma compreensão mais profunda da situação. Em primeiro lugar, a Constituição deixa a matéria no âmbito da reserva de lei, o que, *prima facie*, livra a matéria de qualquer regulamentação que não se dê por um ato que revista a qualificação de lei (CF; art. 59; inc. III). Foi dito, de caso pensado, que se tratava de uma atribuição de competência exclusiva apenas *prima facie*, pois não é o fato de se conceder uma competência para tratar de determinada matéria que o seu trato vedado a qualquer outro agente, por qualquer outro ato jurídico, embora isso ocorra de maneira generalizada. No caso, também a imposição de um dever jurídico, cujo conteúdo é exatamente o cometimento desse ato legislativo. Se se reconhece que o descumprimento de tal dever não se ajusta à supremacia da Constituição, já que a omissão de um órgão constituído mantém uma situação jurídica contrária a uma norma constitucional, abre-se uma via para a admissão de uma solução para a prestação normativa negada pelo legislador, sob pena de a Constituição permanecer descumprida por tempo indeterminado, em matéria tão relevante como os direitos fundamentais. Alguma forma de controle dessas omissões deve existir, principalmente quando o legislador não é proficiente na realização dos direitos fundamentais dependentes da execução legislativa da Constituição. Repita-se: o que está em jogo não é apenas a liberdade de conformação do legislador, mas a própria supremacia constitucional, na matéria que, possivelmente, mais justifique a sua razão de ser.

À vista do que se acaba de dizer, a vinculação positiva do legislador aos direitos fundamentais encontra a sua justificação na necessidade permanente de se

defender e realizar a Constituição, sobretudo em matéria jusfundamental, de modo que a discricionariedade do legislador não deve abranger o momento em que se fará a regulação nesse âmbito, embora seja sempre possível uma certa margem de manobra no âmbito da competência material. Entretanto, com todas as dificuldades que existem para fazer com que o legislador legisle, o que se pode fazer para solver o desrespeito à Constituição causado pela sua inércia? A resposta a esta indagação leva necessariamente ao tema da inconstitucionalidade por omissão, certamente um dos temas mais versados e intrigantes do constitucionalismo nas últimas décadas, uma vez que envolve outros pontos polêmicos do direito constitucional – a exemplo da separação de poderes, da jurisdição constitucional etc. É de se concordar com Gilmar Ferreira Mendes, quando ele afirma que é um tema que não terá respostas prontas e acabadas por um bom tempo³². A complexidade do tema proíbe uma abordagem mais vasta, o que, inclusive, fugiria dos propósitos do presente trabalho. Contudo, uma pequena indicação de como o sistema de controle das omissões legislativas instaurado no direito brasileiro pela Constituição de 1988 pode servir à realização de direitos fundamentais dependentes de prestações normativas do legislador será importante.

O direito brasileiro oferta algumas saídas para efetivar os direitos fundamentais cuja realização é obstada pela inércia legislativa; a propósito, a Constituição brasileira inovou ao pôr aos cidadãos o Mandado de Injunção, instrumento inovador no direito constitucional comparado. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal iniciou uma reviravolta em seu entendimento jurisprudencial, para passar a dar efeitos concretos a este instrumento, como no caso do julgamento do direito à greve no serviço público, julgado líder naquela corte³³. O caso já citado do aviso prévio proporcional foi outro capítulo da evolução no entendimento do STF sobre as omissões legislativas sobre direitos fundamentais, o que demonstra que a corte parece amadurecer, com o tempo, uma melhor interpretação do instituto.

Entretanto, na outra frente do combate às omissões legislativas que envolvem direitos fundamentais, o tribunal está resistente a avanços no que diz com Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão (ADI). Embora a ação tenha, em 2009, recebido a sua conformação processual com a Lei nº 12.063/09, o STF ainda não consagrou entendimento que pusesse em marcha um controle das situações

³² MENDES, Gilmar Ferreira. O controle da omissão inconstitucional. In: SHÄFER, Jairo (org.) **Temas polêmicos do constitucionalismo contemporâneo**. p. 137.

³³ Ver os MI's 670, 708 e 712.

inconstitucionais oriundas das omissões legislativas³⁴. É bem possível, e isso promoveria uma proteção maior aos direitos fundamentais, que a evolução no entendimento sobre o Mandado de Injunção leve os ministros do STF a soluções mais eficazes em sede de ADI, inclusive, sendo o caso, com a dação direta da prestação normativa negada pelo legislador, pelo menos no mínimo para se garantir os direitos fundamentais em jogo, sem prejuízo da competência deste para regular a matéria posteriormente³⁵. Outra sugestão nascida em sede doutrinária é a de Walter Rothemburg, para quem a perda da competência do ente omissor para outro pode servir como solução para as omissões inconstitucionais³⁶. As soluções, como se vê, são ofertadas pela doutrina. Resta agora esperar a evolução jurisprudencial sobre o tema, pois, se pode parecer absurdo a limitação da discricionariedade legislativa, o que parece absolutamente inadmissível “do ponto de vista constitucional é o reconhecimento puro e simples da impossibilidade de superação da violação da Constituição por seus próprios poderes constituídos.”³⁷

5. SÍNTESE CONCLUSIVA

³⁴ É bem verdade que um pequeno, mas significativo, passo foi dado no julgamento da ADI 3682, em que o STF sugeriu ao legislador emanar a lei complementar cuja realização se reclamava naquela ocasião em 180 dias, mas sem qualquer outra providência. Seja como for, tal decisão já serviu de alento à doutrina. Como exemplo, Vanice Valle observou que, quando já estava a se fazer a revisão dos originais de sua obra, foi decidida a ADI 3682, decisão, segundo ela, indicadora da utilidade potencial do instituto, que fica “à espera tão-somente de um labor teórico criativo que lhe emancipe as possibilidades criativas.” Cf. **Sindicar a omissão legislativa**: real desafio à harmonia entre os poderes. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 35-36, nota 3.

³⁵ Nesse sentido, doutrina recentíssima (cf. MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang; e MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 1118.

³⁶ Cf. ROTHENBURG, Walter Claudius. **Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito**: a perda da competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. *passim*.

³⁷ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Sindicar a omissão legislativa**: real desafio à harmonia entre os poderes. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 357. Há uma passagem de Robert Alexy em que se trata de afastar o argumento segundo o qual a falta de certeza sobre o conteúdo de um direito fundamental levaria à impossibilidade de sua realização e que defende o controle desses direitos pela jurisdição constitucional, ainda que, eventualmente, isso fira a liberdade de conformação do legislador. Pela precisão e pela adequação ao direito constitucional brasileiro, a sua transcrição se justifica: “O sentido dos direitos fundamentais é exatamente o de retirar da maioria parlamentar as decisões sobre determinadas posições dos indivíduos, ou seja, restringir a discricionariedade dessa maioria; e é característica das posições de direitos fundamentais a existência de polêmicas acerca de seu conteúdo. Se se entende que não é impossível resolver essa polêmica com argumentos racionais, e se não se pretende deixar à maioria parlamentar a decisão acerca da configuração da sua própria discricionariedade – já que isso seria contrário à idéia de que ninguém deve ser juiz em causa própria -, então, sobra apenas a possibilidade de se deixar essa decisão para o Tribunal Constitucional Federal.” (**Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 425).

À vista do exposto, o papel jogado pelos direitos fundamentais, se levados a sério em sua força normativa, impõe uma limitação da competência do legislador em duas frentes: seja ao restringir o seu poder de ação em atos comissivos, por excluir de seu raio de ação as matérias que compõem os direitos fundamentais, seja ao demandar uma ação positiva sua e jogar tornar inconstitucionais certas situações que afrontam os direitos fundamentais, situações devidas à omissão do legislador acerca de direitos que dependem, em alguma medida, da sua atividade para se efetivarem definitivamente, com o pleno gozo por parte dos cidadãos. Na vertente da vinculação positiva, imposta pelos direitos fundamentais ao legislador, o controle de constitucionalidade dos atos cometidos em excesso de poder já é bastante difundido e não há objeções de maior relevo no direito brasileiro. Contudo, na vinculação negativa, ainda há uma grande dificuldade de promover a restrição à discricionariedade do legislador, ainda que se reconheça a supremacia da Constituição sobre os poderes constituídos; o legislador ainda é tratado como soberano, em muitos casos. O Supremo Tribunal Federal tem avançado na última década sobre o controle das omissões do legislador em sede de Mandado de Injunção, novas sugestões de controle são lançadas pela doutrina. É hora de o STF dar mais um passo adiante nessa seara, sob pena de frustrar pontos cardeais em matéria jusfundamental trazidos pela Constituição de 1988.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARBALHO, João. **Constituição federal brasileira**. Rio de Janeiro: Companhia Lytho-Tipographia, 1902. (Edição fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2002).

BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Sobre el carácter de las normas de competencia**. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito – Universidade Pompeu Fabra. Barcelona, 1997. Disponível

em <http://www.tdx.cat/handle/10803/7312;jsessionid=F19CE4A55A5F6BE6ADCB90D5F40D7989.tdx1#documents>. Acesso em 21/03/2012.

BULYGIN, Eugenio. On norms of competence. **Law and philosophy**, vol. 11, n. 3, 1992. p. 201-216.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do**

legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1982.

DIEZ-PICAZO, Luis María. Concepto de ley y tipos de leyes: ¿Existe una noción unitaria de ley en la Constitución española? **Revista española de derecho constitucional**, n. 24, set./dez., 1988. p. 47-93.

DIMOULIS, Dimitri; e MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FALLON JR, Richard H. The core of an uneasy case for judicial review. **Harvard law review**, v. 121, n.7, mai., 2008. Disponível em http://www.harvardlawreview.org/media/pdf/fallon_judicialreview.pdf. Acesso em 12/03/2012.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La constitución como norma y el tribunal constitucional**. 3. ed. 3. reimp. Madrid: Civitas, 1994.

GUERRA, Marcelo. A proporcionalidade em sentido estrito e a “Fórmula do Peso” de Robert Alexy: significância e algumas implicações. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Porto Alegre, v. 31, n. 65, jan./jun., 2007.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre, Fabris: 1998.

HUERTA, Carla. La discusión sobre el carácter deóntico de las normas de competencia: obligación o permiso. **Problema – Anuario de filosofía y teoría del derecho**, vol. 4 (2010), 2011. Disponível em <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/filotder/cont/4/pr/pr11.pdf>. p. 248-249 e 262-263. Acesso em 21/08/2011.

_____. Una reflexión metodológica sobre la naturaleza y función de las normas de competencia. **Boletín mexicano de derecho comparado**, n. 131, mai./ago., 2011. p. 602. Disponível em

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/131/art/art4.pdf>. Acesso em 16/01/2012.

KELSEN, Hans. Derogation. In: NEWMAN, Ralph A. (ed.) **Essays in jurisprudence in honor of Roscoe Pound**. Indianápolis/Nova York: Bobbs-Merrill, 1962. p. 339-355

_____. **Teoria geral das normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris Editor, 1986.

_____. **Teoria pura do direito**. 3. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1974.

_____. On the basis of legal validity. Tradução de Stanley L. Paulson. **The American journal of jurisprudence**, v. 26, 1981. p. 178-189.

_____. **Reine Rechtslehre**. 2. ed. reimp. Wien: Österreichische Staatsdruckerei, 1992.

MENDES, Gilmar Ferreira. O controle da omissão inconstitucional. In: SHÄFER, Jairo (org.) **Temas polêmicos do constitucionalismo contemporâneo**. p. 137-206.

MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang; e MARINONI, Luiz Guilherme.

Curso de direito constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MORAES, Carlos Blanco de. **As leis reforçadas**: as leis reforçadas pelo procedimento no âmbito dos critérios estruturantes das relações entre actos legislativos. Coimbra: Coimbra, 1998.

PULIDO, Carlos Bernal. Las normas de competencia en la teoría pura del derecho de Kelsen. In: BORDA, Luis Villar. **Hans Kelsen: 1881-1973**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. p. 89-123.

QUADROS, Fausto de. Omissões legislativas sobre direitos fundamentais. In:

MIRANDA, Jorge (org.) **Nos dez anos da Constituição**. Lousã: Casa da Moeda/Imprensa Nacional, 1987. p. 57-66.

RODRÍGUEZ, José Júlio Fernández. **La inconstitucionalidad por omisión**: teoría general, derecho comparado, el caso español. Madrid: Civitas, 1998.

ROSS, Alf. _____. On the concepts “state” and “state organs” in constitutional law. **Scandinavian studies in law**, v. 5, 1961. p. 111-129.

_____. **Directives and norms**. London/New York: Routledge & Kegan Paul, 1968.

_____. Auge y decadencia de las expresiones realizativas. Tradução de Raúl Necedal.

Boletín mexicano de derecho comparado, n. 21, set./dez., 1974. p. 169-199.

Disponível em

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/21/est/est11.pdf>. Acesso em 06/02/2012.

_____. *Sobre el derecho y la justicia*. 4. ed. Tradução de Genaro Carrió. Buenos Ayres: Eudeba, 1977.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito**: a perda da competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2008.

SCHNEIDER, Hans-Peter. Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático. Tradução de Joaquín Abellán. **Revista de estudios políticos**, n. 7, jan./fev., 1979. p. 7-35.

SILVA, Virgílio Afonso. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista latino-americana de estudos constitucionais**, n. 1, 2003, p. 607-630.

_____. Teoría de los principios, competencia para la ponderación y separación de poderes. Tradução de Virgílio Afonso da Silva e Pablo Gasparini. In: SIECKMANN, Jan-R. (ed.) **La teoría principialista de los derechos fundamentales**: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 243-259.

SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas**. Lisboa: Universidade Católica, 2003.

SPAACK, Torben. **The concept of legal competence**: an essay in conceptual analysis. Tradução de Robert Carrol. Brookfield: Dartmouth, 1994.

TUSSEAU, Guillaume. **Les normes d’habilitation**. Paris: Dalloz, 2006.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Sindicar a omissão legislativa**: real desafio à harmonia entre os poderes. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **The Yale law journal**, n. 115, v. 3, 2006. p. 1346-1406. Disponível em www.law.harvard.edu/news/spotlight/links/waldron.pdf. Acesso em 21/08/2011.

ZIEMBIŃSKI, Zygmunt. On so-called “permissive norms”. **Archivum iuridicum cracoviense**, v. 9, 1976. p. 169-177.