

## Aspectos Relevantes da Inconstitucionalidade por Omissão e Troca de Sujeito

### Relevant Aspects of Unconstitutionality by Omission and Change of Subject

Luciano Meneguetti Pereira<sup>a\*</sup>

<sup>a</sup>Instituição Toledo de Ensino, São Paulo, Brasil

\*E-mail: lmeneguetti@gmail.com

#### Resumo

O presente texto trata dos aspectos relevantes do tema inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeitos legitimados constitucionais. O estudo objetiva realizar uma abordagem crítica acerca dos principais tópicos relacionados à referida tese, visando-se averiguar as condições e possibilidades de sua efetiva aplicabilidade, isto é, a ocorrência do câmbio de legitimidade de sujeitos constitucionais em decorrência da perda da competência constitucional originária, como modalidade de sanção por omissão inconstitucional. Analisando-se alguns conceitos fundamentais do Estado constitucional contemporâneo, tais como Estado, Constituição, jurisdição constitucional, controle da constitucionalidade das espécies normativas, separação de funções e democracia, o trabalho demonstrará ser possível a substituição do sujeito constitucional originariamente legitimado a realizar comandos constitucionais por outro sujeito, sempre que restar configurada a sua inércia quanto à prática de determinado ato ou tarefa exigido pela Constituição, sem que isso acarrete ofensa ao princípio democrático e à separação harmônica de funções, visando-se, com isso, a realização da própria Constituição.

**Palavras-chave:** Inconstitucionalidade por Omissão. Troca de Sujeito. Legitimidade. Jurisdição Constitucional.

#### Abstract

*This paper concerns the respects of the unconstitutionality by omission and the change of constitutional legitimate subjects. The study aims at a critical analysis of the main topics related to the theory, by measuring to find out the conditions and possibilities of its effective applicability, that is, the legitimacy change of constitutional subjects due to the loss of the original constitutional authority, as a penalty for unconstitutional failure. Analyzing some fundamental concepts of the modern constitutional State, such as the State, Constitution, constitutional jurisdiction, control of the constitutionality of normative species, separation of duties and democracy, the study shows the possibility of replacement of the constitutional subject originally legitimized by constitutional command, when its inaction configures as the act or practice of a task imposed by the Constitution requirements, without insult to the democratic principle and the harmonic separation of functions, bringing about the implementation of the Constitution itself.*

**keywords:** Unconstitutionality by Omission. Change of Subject. Legitimacy. Constitutional Jurisdiction.

#### 1 Introdução

O presente texto constitui uma abordagem acerca dos principais aspectos relacionados ao tema da *inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeitos*, tratado na obra de Walter Claudius Rothenburg. Neste trabalho, o autor enfoca e defende de maneira exímia a possibilidade de uma mudança de legitimidade constitucional

“decorrente da perda de competência constitucional como modalidade de sanção por omissão inconstitucional, com a substituição do sujeito originariamente legitimado a realizar comandos constitucionais” (2005, p. 93).

Se a perda da competência constitucional originária e consequente câmbio de legitimidade dos sujeitos constitucionais constitui uma modalidade de sanção imposta em razão da omissão no cumprimento das tarefas impostas pela Constituição, num Estado democrático, torna-se imperiosa a discussão acerca da própria legitimação constitucional para a ocorrência da hipótese em questão. Esta discussão é

muito bem abordada pelo autor quando apresenta as diversas modalidades de legitimidade, explorando tanto aquela que é afastada quanto aquela que emerge em decorrência da imposição da sanção.

A vereda percorrida pelo autor durante o desenvolvimento do tema permite a verificação de que o objetivo final da obra consiste na proteção e na realização dos comandos constitucionais enquanto valores fundamentais consagrados democraticamente pela sociedade em um documento que também não poderia deixar de ser fundamental, isto é, a Constituição. Desse modo, assume relevância o papel do órgão detentor da competência para o desempenho dessa tarefa e o enfoque de sua legitimidade no ambiente de um Estado democrático. Nesse ponto, o autor destaca o tribunal constitucional como principal sujeito contemporâneo com capacidade para realizar a fiscalização da constitucionalidade e, assim, o controle das omissões inconstitucionais (sendo estas entendidas como uma modalidade de controle de constitucionalidade).

A compreensão do assunto exige que se traga à lembrança alguns conceitos fundamentais sem os quais não é possível a apreensão da temática proposta em sua completude, de maneira que se torna essencial uma exploração, ainda que sucinta, de figuras como o *Estado* (tratado no trabalho do autor sob uma perspectiva democrática), *diploma ou pacto fundamental* desse Estado (Constituição), *legitimidade constitucional*, *jurisdição constitucional*, *controle de constitucionalidade*, *omissão inconstitucional* e *separação harmônica de funções*.

Certamente conceitos de tamanha magnitude não poderiam ser tratados de modo minucioso neste texto, porém, uma singela compreensão de cada um deles é necessária para que se possa alcançar aquilo que foi objetivado pelo autor na obra que ora se propõe comentar, isto é, a *imposição constitucional original de realização da Constituição*.

## 2 Os Conceitos Fundamentais e os Principais Aspectos

O *Estado* que serve como pano de fundo ao texto aqui explorado consiste na construção humana consubstanciada em um modo específico de organização política para a vida em sociedade, como forma de poder, e que deve estar legitimado por meio de um processo *democrático* pelas vias do exercício da cidadania (ROTHENBURG, 2005, p. 96).

Na percepção de Dallari (1998, p.59), o Estado é concebido como “a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”. Assim, a finalidade do Estado, consubstanciada na realização do bem comum da sociedade, pressupõe a realização de acordos entre os indivíduos que a compõe, por meio dos quais haverá o consentimento na criação dessa ordem jurídica soberana concebida como Estado e a delegação a esse ente abstrato, do poder necessário para a integração, unificação e regência social, surgindo então o pacto social fundamental, a Constituição<sup>1</sup>.

Por se tratar de um pacto sobre aquilo que é fundamental para a vida em sociedade, a Constituição é tida então como

norma central e suprema do ordenamento jurídico<sup>2</sup>, pois é neste *diploma fundamental* que os indivíduos elegerão as condições e os valores que entendem mais importantes para a manutenção da vida social e estabelecerão, dentre muitas outras coisas, a legitimidade dos sujeitos (pessoas, órgãos, instituições, entre outros) incumbidos de defendê-lo e realizá-lo<sup>3</sup>.

A doutrina, de um modo geral, tem reconhecido como valores fundamentais, todos aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados no texto constitucional de determinado Estado<sup>4</sup>, onde o Direito não é concebido como um valor ou um conjunto de valores em si mesmo, mas como um veículo para a realização desses valores, isto é, algo que funciona como meio de realização dos valores fundamentais (VALE, 2009, p.139)<sup>5</sup>.

Se, ao direito interessa essencialmente a questão da legitimidade (ROTHENBURG, 2005, p.94), nesse contexto insere-se a temática da *legitimidade constitucional*, isto é, da legitimação que a própria Constituição confere aos diversos sujeitos incumbidos de defendê-la e fazê-la atuar.

Uma vez que a perda da competência constitucional do sujeito originalmente investido pela Constituição para a prática de determinado ato se dá como uma modalidade de sanção pela omissão inconstitucional desse sujeito, acarretando a mudança da legitimação constitucional originária para outro sujeito, assume importância a averiguação da legitimação do órgão incumbido de aplicar a referida sanção e determinar o consequente câmbio de sujeitos constitucionais, isto é, a substituição do sujeito omissor por outro que atuará em seu lugar. Fala-se aqui da legitimidade do tribunal constitucional (ou da jurisdição constitucional) enquanto sujeito eleito pela Constituição para a realização do controle de constitucionalidade da omissão inconstitucional e eventual troca de sujeitos constitucionais.

A legitimidade democrática do tribunal constitucional é certamente uma das questões mais inquietantes de que se ocupa a doutrina constitucional. Conforme Rothengurg (2005, p.94),

1 O direito, enquanto conjunto de normas (regras e princípios) destinadas à regência dessa vida em sociedade pretende ordenar normativamente a realidade social, devendo, para tanto, haver um pacto sobre aquilo que é fundamental para o agrupamento social, surgindo assim a Constituição, o diploma fundamental da sociedade.

2 Silva (2004, p.45), ao tratar do princípio da supremacia da Constituição, esclarece que afirmar dita supremacia é dizer que “a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado”. De acordo com Canotilho (2003, p.1147), a supremacia da Constituição no modelo atual do Estado de Direito Constitucional traduz-se em três noções essenciais: (1) as normas constitucionais constituem uma *lex superior* que recolhe o fundamento de validade em si própria (autoprimazia normativa); (2) as normas da constituição são normas de normas (normae normarum) afirmando-se como uma fonte de produção jurídica de outras normas (leis, regulamentos, estatutos); (3) a superioridade normativa das normas constitucionais implica o princípio da conformidade de todos os actos dos poderes públicos com a Constituição.

3 A palavra “realizar” aqui deve ser entendida no sentido de tornar real, existente e efetiva a Constituição, pondo-a em prática e fazendo atuar os valores nela consagrados. No contexto das especulações aqui havidas, vale dizer que a alteração da atribuição constitucional de competências, como se verá adiante, justifica-se por uma interpretação sistemática e finalística para preservar a imposição constitucional original de realização (ROTHENBURG, 2005, p.117).

4 Conforme aponta Canotilho (2003, p.377-393), os direitos fundamentais devem ser “estudados enquanto direitos jurídico-positivamente vigentes numa ordem constitucional”, sendo eles “os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente”, e assim, portanto, “os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta”. Sarlet (2009, p. 35) afirma que os direitos fundamentais nascem e se desenvolvem com as Constituições.

5 Ao se conceber o Direito como uma atividade humana que faz referência a valores (dignidade, justiça, segurança, igualdade etc.), o conceito coincide em certa medida com aquele proposto por RADBRUCH, segundo o qual “o direito só pode ser compreendido no âmbito da atitude referida ao valor [...] o direito pode ser injusto, mas só é direito por ter o sentido de ser justo” (2004, p. 11-13).

“é indagação recorrente, quando se aborda o controle de constitucionalidade de atos de poder público, aquela que se faz a propósito da legitimidade que um órgão eminentemente técnico e via de regra não eleito teria para julgar tais atos”.

A principal crítica que se estabelece aqui é a de que a atuação do tribunal constitucional no controle da constitucionalidade dos atos do poder público possui um caráter antidemocrático, na medida em que os seus membros, diferentemente dos parlamentares e dos chefes do Executivo, não são eleitos e nem respondem diretamente perante o povo (SARMENTO, 2009, p.133), uma vez que a forma de ingresso dos membros do tribunal ocorre não pelo voto popular, mas por nomeação do chefe do executivo, no caso brasileiro, pelo presidente da república. A crítica aqui se funda no fato de que, em uma democracia, é imprescindível que as decisões políticas de caráter substancial e mais importantes sejam tomadas pelo povo ou por intermédio de seus representantes eleitos.

Contudo, conforme bem acentua Barroso (2011, p.10), embora os membros do Judiciário em geral “não tenham o batismo da vontade popular, magistrados e tribunais desempenham, inegavelmente, um poder político, inclusive o de invalidar atos dos outros dois Poderes”. De acordo com Rothenburg (2005, p. 94-95), a legitimidade (do Direito) pode ser compreendida como uma “correspondência aos sentimentos dos participantes da vida social (titulares de direitos e deveres), que se relacionam pautados por um ordenamento jurídico”. Desse modo, uma atuação do tribunal constitucional no controle da constitucionalidade dos atos do poder público (notadamente no tocante à aferição da inconstitucionalidade por omissão) que guarde uma correlação com os anseios sociais e com os ideais democráticos consubstanciados na própria Constituição não se revelará antidemocrática, mas acentuadamente útil e necessária à sua salvaguarda e realização<sup>6</sup>.

Ao abordar em sua obra o tema da democracia, Rothenburg (2005) ressalta a importância do consenso (acordo participativo da comunidade) que, embora relativo, não unânime e nem eterno, é imprescindível para a ocorrência da legitimação e efetividade da Constituição. Infere-se que a legitimidade exclui, necessariamente, qualquer respaldo na força, devendo ela sempre derivar do recíproco acordo comunitário. Deste modo, a legitimidade da Constituição está no pacto fundamental elaborado pelos indivíduos que, por meio dos seus representantes e de modo consensual, estabelecem o seu conteúdo. O consenso é então o substrato da legitimidade constitucional.

A forma de se chegar a esse consenso ocorre por meio da manifestação da vontade popular por maioria, sendo essa a via normal de seu acesso e que prestigia a democracia. Contudo, a democracia é mais exigente, demandando mais do que a mera observância do princípio majoritário. Nas palavras de Rothenburg (2005, p.102), “nem só de maioria vive a democracia”. Nesse sentido, conforme explica Cambi (2010), o princípio da maioria não equivale à prepotência nem pode traduzir-se na imunidade dos poderes públicos frente às violações da Constituição, seja mediante uma atuação ou em face de uma omissão destes poderes, de modo que o princípio majoritário não se assenta no absolutismo da maioria e nem mesmo na opressão das minorias.

Sarmiento (2009, p.133) acentua que

a maior parte dos teóricos contemporâneos da democracia reconhece que ela não se esgota no respeito ao princípio majoritário, pressupondo antes o acatamento das regras do jogo democrático, que incluem a garantia de direitos básicos, visando a viabilizar a participação igualitária do cidadão na esfera pública, bem como alguma proteção às minorias.

Sob esta ótica, compreende-se que nem sempre será conveniente que a democracia seja exercida segundo a regra da maioria, visto que o princípio democrático não pode ser restringido ao princípio majoritário<sup>7</sup>. Atenua-se e mitiga-se, portanto, a crítica relacionada ao caráter antidemocrático da atividade dos tribunais constitucionais no exercício do controle da constitucionalidade<sup>8</sup>. E isto ocorre pelo menos por dois motivos relevantes.

O primeiro, porque embora o tribunal não seja constituído por membros eleitos sob o manto do princípio majoritário, a sua constituição ocorre de estrita conformidade com aquilo que é estabelecido pela Constituição, pacto fundamental originário que por sua vez observa a regra da maioria, ou seja, a legitimidade da jurisdição constitucional no controle da constitucionalidade decorre da própria Constituição, ressaltando-se então a prevalência da legitimidade constituinte (maioria constituinte) sobre a legitimidade dos poderes constituídos (maioria governante), fato que revela a preponderância dos valores constitucionais, onde estão incluídos os direitos fundamentais (ROTHENBURG, 2005).

O segundo, porque o controle da constitucionalidade levado a efeito pelo tribunal, no ambiente do Estado constitucional contemporâneo, deverá ser enquadrado no contexto da democracia, contribuindo para reforçá-la, situação que poderá ser aferida por meio da eventual desinvestidura do titular de

6 Refuta-se aqui a ideia de uma legitimidade constitucional atribuída a qualquer sujeito constitucional que tenha o caráter da intocabilidade, imutabilidade ou perpetuidade.

7 Conforme alerta Rothenburg (2005, p.106), “uma maioria ocasional e despreparada oferece riscos à democracia, que desse perigo precisa resguardar-se. O antídoto, para ser legítimo, por sua vez, deve assentar-se numa maioria esclarecida e duradoura, que por suposição inspira o poder constituinte”.

8 Rothenburg (2005, p.137) afirma que a jurisdição constitucional pode representar uma infirmação de decisões obtidas majoritariamente, mas alerta para o fato de que não se deve incorrer em ilusão “com a virtude contramajoritária da jurisdição constitucional”. O autor, citando John H. Ely, chama a atenção para o fato de que “a capacidade de os juízes predizerem o futuro não é melhor que a dos legisladores” e aduz que “naturalmente, os juízes, como os legisladores, podem cometer erros [...] Mas a combinação de legisladores majoritários, revisão judicial e nomeação de juízes pelo Executivo provou ser um dispositivo valioso e plenamente democrático para reduzir a injustiça política no longo prazo” (ROTHENBURG, 2005, p.126-131).

competências constitucionais estabelecidas originariamente, com a sua consequente substituição quando for o caso, desde que presente a legitimidade da ação jurisdicional nesse sentido (ROTHENBURG, 2005).

Rothenburg (2005), utilizando-se das premissas levantadas por Eros Roberto Grau no tocante à legitimidade – para quem existe uma mera aspiração à legitimidade integral por parte do sujeito legitimado, sendo que a questão da legitimidade transcende uma concepção meramente formalista do fenômeno jurídico, indo buscar na realidade social sua fundamentação, verificando-se, portanto, não ser possível uma apreciação estática da legitimidade, uma vez que esta deverá passar pelo teste de acompanhamento da realidade social que é cambiante – afirma que cada um dos aspetos trabalhados pelo autor referenciado repercute na tese da substituição do sujeito constitucional originariamente legitimado para a realização das tarefas constitucionais.

Aduz o autor que embora o legitimado constitucional originário desfrute de uma presunção de legitimidade advinda do momento constituinte, tal legitimidade pode ser suspensa e transferida temporariamente e, no extremo, até desaparecer em razão de sua inércia ou inaptidão para a realização dos comandos constitucionais. Acrescenta ainda o autor que conquistas (parciais) de legitimidade podem, com o decorrer do tempo, restarem desprotegidas em razão de seu titular não mais conseguir garanti-las, apontando-se para a necessidade de uma eventual substituição. Por fim, esclarece que uma atribuição formal de competência constitucional originária pode, com a dinâmica e evolução social constante, deixar de corresponder às opções valorativas expressadas pela Constituição, fazendo com que o sujeito originariamente legitimado para determinada atuação constitucional não acompanhe a referida evolução da realidade social, ensejando-se então a ocorrência de sua substituição (ROTHENBURG, 2005, p. 94).

O cenário que se tem, portanto, reflete um quadro de *legitimados constitucionais* para realização dos comandos constitucionais, composto por todos aqueles sujeitos previstos pela própria Constituição para o desempenho de tal tarefa, que pode eventualmente ser alterado pelo tribunal constitucional durante o exercício do controle da constitucionalidade e da verificação de uma hipótese de omissão inconstitucional, sem que isso acarrete ofensa à democracia. Nesse ponto, Rothenburg (2005) afirma que, paradoxalmente, o controle da constitucionalidade levado a efeito pelo tribunal aparecerá precisamente como uma condição da democracia.

Isto ocorre porque, com vistas à preservação e manutenção do consenso sobre aquilo que é fundamental, a própria Constituição legitima os sujeitos que serão os responsáveis por tal designio, estabelecendo, para tanto, competências e prevendo mecanismos de atuação nesse sentido, destacando-se então a *jurisdição constitucional*, que realizará, dentre outras tarefas, o controle da constitucionalidade das leis

e demais atos normativos para a defesa e garantia do pacto fundamental, ainda que isso implique na substituição de um sujeito originariamente legitimado pela Constituição.

*Controlar a constitucionalidade* é verificar a compatibilidade dos atos executivos, legislativos e jurisdicionais com a Constituição, ou seja, examinar a adequação de dado comportamento destes sujeitos ao texto constitucional mediante análise de requisitos, em regra, estabelecidos pela própria Constituição. Carvalho (2009, p.361) conceitua o controle de constitucionalidade como “técnica de limitação do poder, através da submissão dos poderes constituídos” e também estabelece a sua finalidade, afirmando que a ação “visa garantir, por vários mecanismos, a supremacia material e formal da Constituição sobre as leis e os atos do governo e da administração”, sendo que de acordo com Canotilho (2003), a fiscalização judicial da constitucionalidade das leis e demais atos normativos constitui um dos mais relevantes instrumentos de controle do cumprimento e observância das normas constitucionais.

O controle da constitucionalidade constitui, portanto, uma das formas de exercício da *jurisdição constitucional* que, por sua vez, nas palavras de Carvalho (2009, p.566), consiste na “atividade jurisdicional de defesa da Constituição, por meio do desempenho do controle de constitucionalidade, compreendendo ainda a proteção processual dos direitos fundamentais”. Barroso (2006, p.3) afirma que a

jurisdição constitucional designa a aplicação da Constituição por juizes e tribunais. Essa aplicação poderá ser direta, quando a norma constitucional discipline, ela própria, determinada situação da vida. Ou indireta, quando a Constituição sirva de referência para atribuição de sentido a uma norma infraconstitucional ou de parâmetro para sua validade. Neste último caso estar-se-á diante do controle de constitucionalidade, que é, portanto, uma das formas de exercício da jurisdição constitucional.

Para Tavares (1998, p.106)

deve-se compreender a jurisdição constitucional como a parte da administração da justiça que tem como objeto específico matéria jurídico-constitucional de um determinado Estado. Eis aqui a essência daquilo que se compõe a jurisdição: a defesa da Constituição sob todos os seus aspectos, desde que operada pelos órgãos da Justiça. O objeto do que se denomina “jurisdição constitucional”, portanto, abarca o controle da constitucionalidade dos atos do poder público, especialmente a produção das leis, como forma de defesa da Constituição, além do controle de outros atos, desde que a defesa destes esteja ancorada na Constituição.

Com base nestes conceitos, pode-se afirmar que a jurisdição constitucional traduz-se em toda e qualquer aplicação das normas constitucionais (direta ou indiretamente) para a defesa, garantia e realização do pacto fundamental e dos direitos fundamentais frente a qualquer disposição ou omissão dos poderes constituídos, tarefa que se dará especialmente pela fiscalização ou controle da constitucionalidade das leis e demais atos normativos frente à Constituição e pela

avergüação da omissão de tais poderes no tocante às tarefas que lhe foram designadas pela Constituição, visando suprir eventual deficiência que venha a ser aferida no desempenho deste A função da jurisdição constitucional é, nesse sentido, a promoção e a garantia da realização do pacto fundamental, possibilitando a sua defesa e conferindo à sociedade as condições para a efetivação dos direitos fundamentais: a) seja por meio de um construtivismo interpretativo para a concretização dos direitos fundamentais; b) seja por meio da autocontenção judicial, restringindo-se o Judiciário, nesse ponto, à defesa da lisura do procedimento democrático, que para sua legitimidade, não necessariamente requer sempre a observância do princípio majoritário<sup>9</sup>; e c) seja para atuar na defesa e efetivação da Constituição, através do controle de constitucionalidade e das omissões inconstitucionais, por meio do qual se pode, inclusive, substituir a legitimação e a competência originária no caso de não atuação ou atuação deficiente dos sujeitos constitucionalmente incumbidos da realização dos mandamentos constitucionais. Sob essa ótica, a jurisdição constitucional “deixa de ser vista como uma ameaça e passa a ser tida como *requisito* da democracia” (ROTHENBURG, 2005, p.110)<sup>10</sup>.

Nesse ponto assume relevância a conceituação da *omissão inconstitucional* que, segundo Rothenburg (2010) constitui um fenômeno que desafia um tratamento *jurídico* e não meramente *político*. Sob um prisma jurídico constitucional, a omissão inconstitucional estará caracterizada sempre que houver a abstenção, a inércia, o silêncio do sujeito legitimado constitucionalmente quanto à prática de determinado ato ou tarefa exigido pela Constituição. Em outras palavras, estará configurado o comportamento omissivo inconstitucional sempre que houver, de um lado, o dever constitucional de ação e, do outro, a inércia, a desídia e o descaso do sujeito na observância do dever constitucionalmente imposto, obstando-se, com isso, a realização do mandamento constitucional. Piovesan (2003, p.18) destaca que “a Constituição só se torna viva, só permanece viva, quando há o esforço em conferi-lhe realização, que não se coaduna com a omissão

inconstitucional, inviabilizadora de sua eficácia”.

Verifica-se que não é qualquer omissão ou inércia dos sujeitos constitucionais que terá o condão de caracterizar uma omissão inconstitucional que afronte a ordem constitucional e seja capaz de ensejar o câmbio de legitimidade como modalidade de sanção. A omissão genuinamente inconstitucional apta a tal propósito será aquela cuja fonte que qualifica como devida e necessária a atividade, atuação ou tarefa omitida está na própria Constituição (SATÊ, 2001, p.15). De acordo com Canotilho (1994, p.333), a configuração da omissão inconstitucional exige a violação da imposição constitucional concreta por parte dos sujeitos constitucionais dotados de competência para o ato violado, sendo que a omissão deve necessariamente estar relacionada ao descumprimento de exigência concreta constitucional de ação.

### 3 O Câmbio de Sujeitos Como Modalidade de Sanção Pela Inconstitucionalidade Omissiva

Os conceitos trazidos constroem o cenário no qual se possibilita a justificativa e a fundamentação da tese defendida pelo autor no trabalho em comento, isto é, a imposição de uma sanção pela omissão inconstitucional, consistente na perda da competência pelo sujeito originariamente constituído pela Constituição para a prática de determinado ato e a sua consequente substituição por outro sujeito que será o novo incumbido para a realização do comando constitucional não observado, cumprindo-se, assim, a *vontade de Constituição* (HESSE, 1999).

A hipótese acima descrita ocorrerá quando a atuação da jurisdição constitucional, no exercício do controle da constitucionalidade, verificar que o sujeito que possui competência constitucional (*legitimidade originária*)<sup>11</sup> não atuou ou atuou deficientemente na realização dos comandos constitucionais, caso em que esse sujeito perderá (em caráter temporário ou definitivo – neste último caso com fundamento na *proibição do retrocesso*)<sup>12</sup> a competência que lhe fora originalmente atribuída, como

9 Rothenburg (2005) afirma que a ideia base é a de que a vontade política da maioria governante de cada momento não pode prevalecer contra a vontade da maioria constituinte incorporada na Lei Fundamental.

10 Vale aqui ressaltar que, embora o tribunal constitucional, investido da legitimação democrática manifestada no momento constituinte seja o principal sujeito contemporâneo incumbido de realizar a avaliação quanto ao estado omissivo dos sujeitos constitucionais, bem como a eventual substituição destes por meio do processo hígido de controle de constitucionalidade, não deverá formular orientações políticas nem estreitar demais – por via da interpretação constitucional que fixar – os espaços de conformação jurídica (ROTHENBURG, 2005) reservados a outros sujeitos constitucionais tais como o legislativo e o executivo, e nem mesmo poderá adotar decisões divorciadas do sentimento social prevalente, pena de ela mesma incidir em uma ilegitimidade superveniente.

11 Rothenburg (2005, p.116) esclarece que “estar previsto na constituição é socorrer-se da legitimidade de que se reveste a própria constituição, que é a legitimidade constituinte, uma legitimidade originária”.

12 Sarlet, sobre a vedação do retrocesso esclarece que “se tomarmos a ideia da proibição de retrocesso em um sentido amplo, constata-se, desde logo, que a nossa ordem jurídica, ainda que não sob este rótulo, também já consagrou a noção, pelo menos em algumas de suas dimensões. Com efeito, desde logo se verifica que a já mencionada garantia constitucional dos direitos adquiridos, dos atos jurídicos perfeitos e da coisa julgada, assim como as demais limitações constitucionais de atos retroativos ou mesmo as garantias contra restrições legislativas dos direitos fundamentais, constituem uma decisão clara do Constituinte em prol de uma vedação do retrocesso pelo menos nestas hipóteses. Da mesma forma, a proteção contra a ação do poder constituinte reformador, notadamente no concernente aos limites materiais à reforma, igualmente não deixa de constituir uma relevante manifestação em favor da manutenção de determinados conteúdos da Constituição, notadamente de todos aqueles que integram o cerne material da ordem constitucional ou – para os que ainda teimam em refutar a existência de limites implícitos – pelo menos daqueles dispositivos (e respectivos conteúdos normativos) expressamente tidos como insuprimíveis (inclusive tendencialmente), pelo nosso Constituinte” (2010, p. 12-13).

decorrência de seu enfraquecimento político (*legitimidade política*). Rothenburg (2005, p.132) afirma que o câmbio de sujeitos constitucionalmente legitimados “supõe um enfraquecimento político do sujeito originalmente competente e um deslocamento das forças sociais em apoio ao sujeito constitucional emergente”.

Ocorrendo a hipótese, incidirá então a sanção pela *omissão inconstitucional* do sujeito omissor, valendo destacar que referida omissão tanto poderá ser *total*, quando for completa a inércia do sujeito constitucional na prática do comando constitucional que deveria realizar; como *parcial*, quando restar configurada a deficiência ou insuficiência da referida atividade.

Com a perda da competência constitucional originária, que entra numa espécie de *coma induzido*, ocorrerá a substituição do sujeito omissor por outro, para o qual nascerá uma nova legitimidade. Assim, a troca de sujeito é revestida por uma *legitimidade superveniente*<sup>13</sup>, que nasce e é adquirida por um novo sujeito em detrimento da perda da legitimidade originária pelo omissor.

Diversas são as manifestações que poderão dar ensejo ao câmbio de sujeitos com uma conseqüente perda de legitimidade constitucional originária e o decorrente surgimento de uma legitimidade superveniente para um novo sujeito que não aquele originalmente designado para a realização dos comandos constitucionais, podendo-se citar os seguintes exemplos:

a) a inércia do legislador na edição de normas integradoras do texto constitucional poderá ser substituída, momentaneamente, pela atuação do judiciário, conforme tem ocorrido no Brasil com o *mandado de injunção*<sup>14</sup>;

b) a incapacidade do congresso nacional em apreciar as

medidas provisórias editadas pelo presidente da república em tempo hábil (CRFB, art. 62) poderá ensejar outras maneiras de limitar tal função normativa extraordinária do poder executivo, possibilitando-se neste caso uma atuação do poder judiciário para a realização dessa tarefa<sup>15</sup>;

c) a busca pela finalidade constitucional de proteção do emprego “contra despedida arbitrária ou sem justa causa” (CRFB, art. 7º, inc. I) pode excepcionalmente validar, em sede de controle da constitucionalidade, a destituição provisória do congresso nacional omissor na elaboração de lei complementar por meio da aplicação de uma norma internacional já integrada ao ordenamento jurídico interno (ROTHENBURG, 2005, p. 117-118);

d) o câmbio de sujeitos poderá também se manifestar com a admissão de uma competência superveniente de uma esfera da federação em detrimento da competência originária de outra, o que ocorreria, v.g., por meio da atuação de um Estado-membro no lugar da União em determinado caso em que esta fosse omissa, o que acarretaria, inclusive, a ocorrência de mudança na natureza da competência, v.g., de exclusiva para concorrente ou comum<sup>16</sup>;

e) uma eventual falha de qualquer Estado-membro na garantia do respeito aos direitos humanos e, no caso de sua violação, na condução de investigação que seja capaz de proporcionar um processo judicial hígido e eventual punição, poderá autorizar a ocorrência de deslocamento de competência para as autoridades federais (ROTHENBURG, 2005).

f) uma crise de confiança nas autoridades responsáveis pela investigação de ilícitos pode legitimar uma investigação levada a efeito pelo poder legislativo (como ocorre no caso das CPIs – Comissões Parlamentares de Inquérito, previstas no § 3º do art. 58 da CRFB), podendo até, nesse caso, haver

13 Esclarece Rothenburg que “quando a ocupação paulatina de espaços de conformação jurídica ocorre por conta do vazio deixado pela abstenção ou ineficiência de órgãos inicialmente competentes para atender às demandas sociais, a legitimidade originariamente conferida não foi exercida a contento e cede espaço a uma legitimidade emergente”, aduzindo o autor em outro momento que “a ‘categoria’ da legitimidade superveniente serve para explicar uma situação social de apropriação e resgate de uma legitimidade inicialmente inexistente ou fraca” (2005, p. 139-142).

14 O mandado de injunção, criado pela Constituição de 1988, constitui meio processual de que dispõe o indivíduo para exercer prerrogativas, direitos e liberdades constitucionais inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, impedidos de exercício por seus titulares por ausência de norma regulamentadora (CRFB, art. 5º, inc. LXXI). Há diversos casos em que a inércia do poder legislativo na regulamentação dos dispositivos constitucionais aptos a dar concretude às prerrogativas, direitos e liberdades previstos na Constituição tem sido suprida pela atuação do poder judiciário. O Supremo Tribunal Federal, no ano de 2007, diante da omissão legislativa na regulamentação do inciso VII do art. 37 da Constituição brasileira, que daria concretude à norma constitucional e regularia o direito de greve dos servidores públicos, além de reconhecer a mora do Congresso e lhe assinalar o prazo de sessenta dias para legislar sobre a matéria, fixou os parâmetros para o exercício do direito de greve dos servidores públicos, determinando a aplicação da legislação relativa à iniciativa privada (Lei 7.701/1988) naquilo que couber (Mandado de Injunção 670/ES e 708/DF – relator Ministro Gilmar Mendes e Mandado de Injunção 712/PA – relator Ministro Eros Grau). Outros casos de câmbio de legitimidade de sujeitos constitucionais (no caso, perda de legitimidade do poder legislativo e surgimento de nova legitimação para o poder judiciário) no âmbito do Mandado de Injunção envolvem questões como lei complementar federal para criação de municípios, aviso prévio proporcional, aposentadoria especial, criação de cargos no Tribunal de Contas no modelo federal e estão disponíveis em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional>>.

15 O Supremo Tribunal Federal tem o entendimento de que as medidas provisórias são passíveis de controle por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade. A ADI-MC/DF 162, julgada em 14 de Dezembro de 1989, foi considerada pela própria Corte o leading case em que o Supremo Tribunal Federal entendeu que era possível o controle das medidas provisórias por meio de ADI, sendo referido julgamento utilizado como precedente para muitas outras decisões sobre o controle de constitucionalidade das Medidas Provisórias.

16 Em um julgado ocorrido em 2004, ante a omissão da União, o poder judiciário determinou, em segunda instância, a duplicação de uma rodovia federal no Estado de Santa Catarina, ante a responsabilidade civil do Estado sobre mortes e mutilações decorrentes de acidentes de trânsito ocorridos em uma rodovia federal de competência da União (TRF 4ª Região, AGA 2004.04.01.014570-3/SC, 4ª Turma, Rel. Juiz Edgard Lipmann Jr, DJU 04.08.2004). Rothenburg exemplifica uma situação de transferência de legitimidade exclusiva para concorrente ao abordar a omissão legislativa que se verificou quanto à imposição constitucional do dever da União em editar um Código de Defesa do Consumidor (ADCT, art. 48) (2005, p. 144-145).

o deslocamento de competência investigatória local para o âmbito federal<sup>17</sup>;

g) a substituição momentânea do poder executivo pelo poder judiciário na implementação das políticas públicas que deveria realizar e não o fez, ou não o fez a contento também constitui uma manifestação da tese aqui explanada<sup>18</sup>;

h) a atuação do Ministério Público no caso da inércia do Poder Legislativo no tocante a não descriminação de figuras delitivas sem expressão atual, como era o caso dos crimes de sedução e adultério, também demonstra o câmbio de legitimidade, uma vez que “o legislador, originariamente legitimado a proceder à atualização legislativa, perde (temporariamente) essa legitimidade em prol do Ministério Público”, órgão que por sua vez adquirirá provisoriamente uma legitimidade que não lhe foi originariamente conferida (ROTHENBURG, 2005, p. 140);

i) o deslocamento de competência do Executivo, que deixa apresentar projeto de lei de sua competência, para o Legislativo, também denuncia a tese do câmbio de legitimados como sanção decorrente da omissão inconstitucional<sup>19</sup>.

Conforme pode ser aferido das hipóteses acima elencadas, haverá casos em que a substituição do sujeito originariamente investido de determinada competência importará na manutenção da natureza legislativa de um determinado órgão e alteração do titular apenas (v.g., mudança do legislativo federal para o estadual), porém, em outros casos, haverá a alteração da natureza, bem como do titular (v.g., atuação do judiciário no lugar do legislador), implicando-se numa alteração quanto ao fundamento da legitimidade (originária para superveniente ou adquirida).

O que é importante destacar com relação às hipóteses apresentadas é que o câmbio de sujeitos constitucionais legitimados originariamente implica numa reinterpretção da vontade constituinte originária, fazendo surgir uma legitimidade superveniente que terá como principal objetivo, ao final, a realização da própria Constituição por meio do

atendimento de seus comandos pelo sujeito adquirente da legitimidade emergente.

O que deve ser frisado e assegurado nesse processo de substituição de sujeitos constitucionais é que a atribuição conferida ao *sujeito substituto* para a realização de determinado comando constitucional que permaneceu inerte em razão da omissão inconstitucional do *sujeito substituído*, sempre deverá estar vinculada a uma legitimidade que deverá, em última análise, estar consubstanciada na própria Constituição.

Em assim ocorrendo, a atribuição da legitimidade constitucional para a realização dos comandos constitucionais não realizados, a outro sujeito que não aquele originariamente constituído (no momento constituinte), pode certamente significar uma evolução para um quadro constitucional que melhor atenda às demandas sociais e à proteção e cumprimento do pacto fundamental estabelecido. Esta situação, ao cabo de contas, pode representar um positivo acréscimo de legitimidade pela via do aumento de sujeitos legitimados para realizar os comandos constitucionais.

Embora a configuração constitucional originária da legitimidade dos sujeitos não seja algo que esteja inicialmente à mercê de modificações, podendo-se falar inclusive na existência de limites intransponíveis, funções absolutamente exclusivas e titulares insubstituíveis (ROTHENBURG, 2005), haverá casos extremos em que a omissão inconstitucional não poderá ser tolerada e a injustificável inércia ou inaptidão de determinado sujeito constitucional em realizar as determinações constitucionais deverá ser combatida, sob pena de correr-se o risco de que tal atitude deflagre uma grave crise de violação ao pacto fundamental consubstanciado na Constituição. Nesse caso, conforme aponta Rothenburg (2005, p. 118), “o câmbio de sujeito constitucional competente para realizar determinações constitucionais significa uma reinterpretção da vontade constituinte e, certamente, um afastamento excepcional do desenho original de distribuição de competências e respectivos titulares”.

17Uma típica hipótese de deslocamento de competência foi criada pela emenda constitucional 45/04, que versou sobre a reforma do Judiciário e, dentre outras coisas, criou um incidente de deslocamento de competência, figura denominada como federalização. A emenda inseriu o § 5º no art. 109 da Constituição, prevendo que “Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal”.

18Rothenburg (2005, p.129) afirma que “o aspecto dirigente do ordenamento constitucional, em que metas são impositivamente traçadas ao Poder Público e à sociedade, requer-se do Judiciário que aprecie a implementação das diretrizes (políticas públicas), que concorra para a consecução dos objetivos e que reprima obstáculos, distorções e omissões na realização dos valores constitucionais”. Para além dessa assertiva, é possível afirmar que a força dirigente e determinante dos direitos fundamentais (eventualmente obstaculizados quanto à sua realização em razão de uma política pública não implementada ou implementada insuficientemente) inverte o objeto clássico da pretensão jurídica fundada em um direito subjetivo, isto é, de uma pretensão de omissão dos poderes públicos trafega-se para uma proibição de omissão. A jurisprudência brasileira tem se mostrado sensível à necessidade de efetivação dos direitos fundamentais (notadamente os sociais), admitindo a possibilidade de intervenção judicial para a realização desses direitos, ainda que isso acarrete uma excepcional transferência de legitimidade do poder executivo na conveniência quanto à implementação de política públicas, em favor do poder judiciário: AI 462.563/RS, Rel. Min. Carlos Velloso; AI 532.687/MG, Rel. Min. Eros Grau; AI 537.237/PE, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; RE 242.859/RS, Rel. Min. Ilmar Galvão; RE 279.519/RS, Rel. Min. Nelson Jobin; RE 297.276/SP, Rel. Min. Cezar Peluso; RE 342.413/PR, Rel. Min. Ellen Gracie; AI 570.455/RS, Rel. Min. Celso de Mello; RE 393.175/RS, Rel. Min. Celso de Mello; ARE 639.337 AgR/SP, Rel. Min. Celso de Mello.

19Esta situação pode ser exemplificada por meio do deslocamento da competência deferida constitucionalmente com exclusividade ao chefe do executivo para o oferecimento de projeto de lei de reajuste ou aumento da remuneração dos servidores públicos (CRFB, art. 61, § 1º, inc. II, “a”) para o poder legislativo caso seja constatada uma omissão executiva nesse sentido, capaz de proporcionar a desvalorização da remuneração dos servidores.

20Uma análise aprofundada sobre o tema é feita por André Ramos Tavares (TAVARES, 2005, p. 164-182).

Nesse contexto, algumas palavras sobre a configuração da separação harmônica de funções estatais (“separação de poderes”) no ambiente do Estado constitucional contemporâneo são necessárias.

Essa temática tem sido constantemente revisitada pela doutrina<sup>21</sup> nos últimos anos em face de uma postura cada vez mais proativa do poder judiciário que supostamente estaria a ferir esse instituto legitimamente consagrado de modo originário pela Constituição (CRFB, art. 2º). O tema merece uma adequada compreensão no contexto do Estado contemporâneo. A sua revisão e o desenvolvimento de uma perspectiva que possibilite a sua releitura neste contexto será importante no sentido de ajudar na compreensão das dificuldades trazidas pelos temas contemporâneos, bem como demonstrar que a tese discutida no presente texto não constitui uma ofensa a esse princípio constitucional.

Sob a ótica daquilo que vem sendo denominado como Estado constitucional contemporâneo ou Estado neoconstitucional (Barcellos, 2009), uma das conquistas contemporâneas do Direito e da democracia reside exatamente em uma nova configuração da relação entre os poderes do Estado e suas funções, onde a clássica concepção da rígida tripartição de poderes entre legislativo, executivo e judiciário, difundida por Montesquieu em sua obra *O espírito das leis*, de 1748, precisa ser revista à luz do constitucionalismo contemporâneo.

Nesse sentido, a tese da separação radical e absoluta (e que talvez nunca tenha sido sustentada por Montesquieu) não poder ser aceita nos dias de hoje e deve ser de pronto afastada, uma vez que isso implicaria provavelmente num completo atrofamento e possível inatividade dos poderes no desempenho de suas atividades. Tavares, (2005, p.169) explica que “a separação deve assegurar a liberdade de ação a cada um dos ‘poderes’ em sua esfera, sem implicar seu isolamento”.

Conforme aponta Souza (1991p.73), o que se deve inferir da teoria de Montesquieu é que ele teve o mérito de “sistematizar, pela primeira vez, em termos de especialização de funções, as diferentes atribuições da competência estatal em nível de organismos diferenciados”, bem como lançar as bases para que as Constituições modernas (e acrescentasse aqui também as contemporâneas) pudessem estabelecer normativa e fundamentalmente o *princípio da harmonia e da independência dos poderes*.

Aqui se verifica que a “separação de poderes” é, na verdade, uma separação de funções entre órgãos que são harmônicos e independentes entre si, e que permite uma fiscalização eficaz recíproca de um poder em relação aos outros poderes. Chega-se aqui ao *sistema de freios e contrapesos* (ou *checks and balances*), consubstanciado na ideia de que um poder

pode frear e conter os abusos do outro poder mediante uma fiscalização recíproca (controle recíproco), estabelecendo assim um balanceamento entre os poderes. Como destaca LOEWENSTEIN (1976, p. 55-56),

somente quando os diversos detentores do poder são independentes entre si e se controlam respectivamente [...] é que os destinatários do poder estarão protegidos do abuso do poder por parte de alguns de seus detentores. [...] A separação dos poderes não é senão a forma clássica de expressar a necessidade de distribuir e controlar respectivamente o exercício do poder político. O que correntemente, ainda que erroneamente, normalmente se designa como a separação dos *poderes* estatais, é na realidade a distribuição de determinadas *funções* estatais a diferentes órgãos do Estado. O conceito de “poderes”, apesar de estar profundamente enraizado, deve ser entendido neste contexto de uma maneira meramente figurativa. (*livre tradução*)

Essa é a concepção da separação harmônica de funções que deve nortear a atividade dos sujeitos constitucionais no ambiente do Estado constitucional contemporâneo, possibilitando um inter-relacionamento entre os poderes (que continuam harmônicos e independentes), sem, contudo, minguar ou obstaculizar o exercício da atividade típica e também atípica de cada um deles, permitindo-se a fiscalização recíproca que terá o condão de afastar eventuais abusos que venham a ser detectados<sup>21</sup>. Esta compreensão potencializa a efetivação das exigências constitucionais e a adequação dos poderes para um agir de acordo com Constituição, ideia que não oferece resistência ou maiores objeções à tese do câmbio de sujeitos constitucionais como modalidade de sanção pela omissão inconstitucional ora discutida no presente texto, cuja finalidade é justamente a imposição constitucional de realização da própria Constituição.

Por outras palavras, o princípio da separação dos poderes autoriza o controle da constitucionalidade e a atuação da jurisdição constitucional para a verificação da omissão inconstitucional e aplicação da sanção correspondente, legitimando-os em termos constitucionais.

#### 4 Conclusão

Conclui-se, portanto, que a perda de competência (total ou parcial; definitiva ou temporária) pelos legitimados constitucionais originários e a sua conseqüente substituição por outro sujeito, que adquire uma legitimação superveniente, enquanto modalidade de sanção decorrente da omissão inconstitucional é legitimada pela própria Constituição. Embora esta consagre o princípio democrático e o princípio majoritário como meios de obtenção do consenso sobre aquilo que é fundamental, também legitima a jurisdição constitucional para, por meio do controle de constitucionalidade, averiguar as omissões legitimamente inconstitucionais e obrigar

21 Rothenburg (2005, p.127-128) esclarece que “o quadro da separação harmônica de funções estatais é redesenhado diante da complexidade que essas funções assumiram no mundo contemporâneo” e aduz posteriormente que “as complexas exigências da sociedade moderna e a espraiada presença do Estado propiciam a formação de áreas comuns de atuação”.



a realização da *vontade de Constituição*, ainda que isto ocorra por meio do câmbio de legitimidade dos sujeitos constitucionais.

A decorrência lógica é que nem toda concretização dos comandos constitucionais que refletem aquilo que foi estabelecido no pacto fundamental (estabelecedor de valores e direitos fundamentais) deverá pretender ser fundamentada tão somente no princípio majoritário, uma vez que existem outros métodos para a expressão da legitimidade democrática e a jurisdição constitucional certamente constitui um deles. Deve-se ressaltar que o próprio exercício da jurisdição constitucional não escapa ao controle de legitimidade e da necessidade de atendimento das exigências democráticas.

Significa dizer que a legitimidade superveniente da jurisdição constitucional, que emerge da necessidade de se garantir a concretização dos comandos constitucionais frente às violações perpetradas por outros sujeitos constitucionais, não poderá em qualquer circunstância estar afastada dos ideais sociais e democráticos, o que equivale dizer que a sua atividade estará sempre em constante teste de legitimidade que será, em última análise, chancelado (ou não) pela comunidade.

Uma atuação oportuna da jurisdição constitucional que de conta, inclusive, de proteger as minorias contra a atuação de eventual política majoritária será sempre bem vinda, mesmo que para isso seja necessária a ocorrência do câmbio de sujeitos constitucionais em razão de omissões legislativas que impliquem em grave ofensa a essas minorias.

O que se conclui acerca da tese aqui analisada é que o seu objetivo último consiste em evidenciar a necessidade de se assegurar a realização da Constituição, de modo que a não consecução das finalidades estabelecidas por ela, autoriza a manifestação de um controle de constitucionalidade levado a efeito pela jurisdição constitucional que poderá acarretar a substituição do sujeito competente, sempre que essa alternativa mostrar-se apta à destituição de um sujeito constitucional que tenha falhado no seu dever de realização dos comandos constitucionais e adequada ao estabelecimento de um novo sujeito capaz de desempenhar a tarefa de concretização de tais comandos, sem que isso constitua ofensa à democracia e ao próprio pacto fundamental.

## Referências

- BARCELLOS, A.P. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: QUARESMA, R.; OLIVEIRA, M.L.P.; OLIVEIRA, F.M.R. (Coord.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- BARROSO, L.R. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <[http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf)>. Acesso em: 24 nov. 2011.
- \_\_\_\_\_. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CAMBI, E. *Neoconstitucionalismo e neoprocessoualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- CANOTILHO, J.J.G. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARVALHO, K.G. *Direito Constitucional: teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional Positivo*. 15.ed. Rio de Janeiro: Del Rey, 2009.
- DALLARI, D.A. *Elementos de teoria geral do Estado*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- GRAU, E.R. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- HESSE, K. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- LOEWENSTEIN, K. *Teoría de la Constitución*. 2.ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1976.
- PIOVESAN, F. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2.ed. São Paulo: RT, 2003.
- RADBRUCH, G. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- ROTHENBURG, W.C. A segunda geração do mandado de injunção. *Revista de informação legislativa*, v.47, n. 188, p. 69-91, out./dez. de 2010.
- \_\_\_\_\_. *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito: a perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- SARLET, I.W. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, n.21, 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-MARCO-2010-INGO-SARLET.pdf>>. Acesso em 25 nov. 2011.
- \_\_\_\_\_. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SARMENTO, D. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: \_\_\_\_\_. *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- SATÈ, L.G. Contributo allo studio dei remedi della Corte costituzionale alle lacune ed alle omissioni del legislatore (con alcune osservazioni sulle sentenze di inammissibilità). *Diritto & Diritti – Rivista Giuridica On Line*. Disponível em: <[http://www.diritto.it/materiali/costituzionale/sate\\_sez1.html](http://www.diritto.it/materiali/costituzionale/sate_sez1.html)>. Acesso em: 25 nov. 2011.
- SILVA, J.A. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- SOUZA, J.G. *A criação judicial do direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- TAVARES, A.R. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Tribunal e jurisdição constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 1998.
- VALE, A.R. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. São Paulo: Saraiva, 2009.

