



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO

ÁTILA DJAWARA MOREIRA FERREIRA

**NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS NA
ORDEM JURIDICA GUINEENSE**

Salvador
2008

ÁTILA DJAWARA MOREIRA FERREIRA

**NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS NA
ORDEM JURIDICA GUINEENSE**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado, na área de concentração em Direito Público, sob a orientação do Professor Doutor Saulo José Casali Bahia como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Salvador
2008

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP).

F439 Ferreira, Átila Djawara Moreira.
Normas constitucionais programáticas na ordem jurídica guineense [manuscrito] / por Átila Djawara Moreira Ferreira. – Salvador, 2008.
135 f. ; 29 cm.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado em Direito Público, 2008.
“Orientação: Prof. Dr. Saulo José Casali Bahia.”

1. Direito constitucional – Guiné-Bissau. 2. Normas constitucionais. 3. Direitos fundamentais. I. Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado em Direito Público. II. Bahia, Saulo José Casali. III. Título.

CDD 342.665

ÁTILA DJAWARA MOREIRA FERREIRA

**NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS NA ORDEM
JURIDICA GUINEENSE**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado, na área de concentração em Direito Público, sob a orientação do Professor Doutor Saulo José Casali Bahia como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Saulo Casali Bahia

Professor da Universidade Federal da Bahia (UFBA)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta

Professor da Universidade Federal da Bahia (UFBA)

Terceiro examinador

DECATÓRIA

Ao meu querido pai, Timóteo Moreira Ferreira e ao meu amado irmão Edgard de Deus Tomé Moreira Ferreira que a ironia do destino, ainda na flor da juventude os privou da convivência humana. Apesar de tudo as suas inspirações e lembranças permanecerão bem vivas no meu coração e seguirão todos os meus passos nessa vida. Que Deus lhes conceda a sua Luz e que descansem em paz.

Não há em nenhuma Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular dos seus órgãos.

Rui Barbosa

Os direitos são sempre "trunfos" perante quaisquer maiorias. A maioria política jamais poderá prevalecer sobre um direito, o que vale dizer que nenhum argumento relativo a fins coletivos ou a objetivos pode ser invocado contra um direito. Isso e somente isso, é "levar os direitos a sério".

Ronald Dworkin

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Saulo José Casali Bahia, meu Orientador, que enquanto Coordenador do Programa de Pós-Graduação apostou no meu projeto e me concedeu a Carta de aceitação para me candidatar à bolsa de Mestrado. E, desde os primeiros momentos da minha estada em Salvador me deu o seu imprescindível apoio, sempre de boa disposição e graças a sua orientação este projeto se tornou uma realidade.

Aos Ilustríssimos Professores do Mestrado: Washington Luiz da Trindade, Edivaldo Machado Boaventura, Edvaldo Pereira de Brito, Fredie Didier de Souza Junior, Doutor Ediltom Meireles, Roxana Brasileiro Borges, Paulo Roberto Lyrio Pimenta e Johnson Meira Santos pelos preciosos ensinamentos ministrados durante o curso.

À Professora Doutora Maria Auxiliadora Minahim, pelo carinho e simpatia.

Ao meu colega e amigo Dr. João Biaguê, pela sua valiosa contribuição e idéias brilhantes desde a fase embrionária até a elaboração deste projeto.

Aos colegas do Mestrado, especialmente à Dra. Morgána Bellazzi de Carvalho, Dra. Priscila Cavalcante, Dr. Jailson Correia, Dra. Adriane Mônica Oliveira de Souza e Dr. Ilzver de Matos pelo carinho, solidariedade e as experiências com elas trocadas durante esses dois anos.

Aos servidores do programas e da Faculdade em geral pela boa disposição e atenção que sempre me tem prestado no desempenho das suas funções.

À minha família, em especial a minha querida mãe, Ana Maria Marquês Vieira, que desde os primeiros anos da minha vida me enveredou pelo caminho do saber, sempre de boa disposição, com todo apoio e carinho do mundo.

Ao meu companheiro Fernando Jorge Barreto Costa, o grande incentivador deste projeto, pelo amor e compreensão. E, apesar da distância sempre se fez presente nesta conquista. Ao meu querido filho, Juerson Enelder que outrora as suas saudades me faz fortalecer cada vez mais a minha ambição de vencer e terminar logo para voltar aos seus braços.

Aos meus conterrâneos Guineenses em Salvador e os estudantes africanos em geral, pela convivência maravilhosa durante os dois anos dessa aventura.

Esta Dissertação implica um esforço conjunto de muitas pessoas que direta ou indiretamente colaboram e contribuíram cada qual à sua maneira. Os meus sinceros

agradecimentos á todos que de uma forma ou de outra lutaram e sonharam comigo para a concretização deste sonho. A todos o meu muito obrigado.

Agradeço a Deus pelo dom da vida e pelas maravilhas feitas em minha vida.

RESUMO

Palavras Chaves: Normas constitucionais, direitos fundamentais, efetividade dos direitos.

O estudo demonstra a evolução do sistema constitucional Guineense desde sua fase embrionária, analisando as conseqüentes vicissitudes constitucionais até o regime jurídico atualmente instituído que é Democracia Representativa.

Sob o título “Normas Constitucionais programáticas na Ordem Jurídica Guineense”, o desenvolvimento deste trabalho dissertativo implica a análise de cinco capítulos à saber: Constitucionalismo Guineense, regime jurídico dos direitos fundamentais, eficácia jurídica das normas constitucionais programáticas, inconstitucionalidade e o regime de fiscalização instituído na Guiné-Bissau e o papel do Estado na disciplina, proteção e segurança dos direitos.

No estudo da eficácia jurídica das normas constitucionais programáticas, que corresponde ao tema central desta dissertação, parte-se da análise das normas definidoras dos direitos fundamentais acreditando-se que o processo de efetivação das normas constitucionais se impõe como necessária avaliação do modo pelo qual a ordem jurídica enfrenta a problemática da omissão legislativa.

Através da análise das conseqüências jurídicas da inconstitucionalidade por omissão e o sistema de fiscalização instituído na Guiné-Bissau, uma abordagem sobre a relevante missão do judiciário na efetivação de direitos e a responsabilidade civil do Estado, a existência ou não de um dever de legislar para o legislador ordinário e os remédios constitucionais como instrumentos de tutela jurisdicional indispensáveis para a efetivação dos direitos e garantias fundamentais como forma de demonstrar que nem sempre as dificuldades de efetivação dos direitos dos cidadãos se prendem com a falta de regulação da lei, mas o próprio sistema de repartição de competência entre os órgãos dos poderes públicos pode contribuir para a fragilidade da garantia dos direitos dos cidadãos.

Um estudo comparativo onde se procura sempre fazer um paralelo com os sistemas brasileiro e português, constata-se que a Guiné-Bissau apesar da preocupação com a efetivação dos direitos, os instrumentos jurídicos de efetivação dos direitos dos cidadãos ainda estão por disciplinar, o que veio confirmar a vulnerabilidade das

garantias dos direitos dos cidadãos neste país africano, a conclusão que se quer chegar nesta dissertação: a vulnerabilidade das garantias dos direitos na Guiné-Bissau.

Este estudo inspira-se na crença segundo a qual uma Constituição cumprirá o seu papel de organizar os poderes políticos e garantir o bem estar social e o desenvolvimento econômico do país, impondo limites e vantagens para todos, não apenas com a definição dos direitos e deveres dos cidadãos, mas, sobretudo através da instituição legal dos meios de efetivação desses direitos e o empenho dos principais responsáveis pela ordem constitucional em realizar não só a vontade do poder, mas também a vontade da Constituição.

RESUMÉ

Mots-Clés: Normes constitutionnelles, droits fondamentaux, effectivité des droits.

La présente dissertation prétend démontrer l'évolution du système constitutionnel Bissau-guinéen depuis sa phase embryonnaire, en analysant les conséquentes vicissitudes constitutionnelles jusqu'au régime juridique actuellement institué qui est celui de la Démocratie Représentative.

Sous le titre "Normes Constitutionnelles Programmatiques dans l'ordre juridique Bissau-guinéen", le développement de ce travail dissertatif implique l'analyse de cinq chapitres, à savoir: Constitutionnalisme Bissau-guinéen, régime juridique des droits fondamentaux, efficacité juridique des normes constitutionnelles programmatiques, inconstitutionnalité et le régime d'inspection instituée en Guinée-Bissau et le rôle de l'Etat dans la discipline, protection et la sécurité des droits.

Dans l'étude de l'efficacité juridique des normes constitutionnelles programmatiques, qui correspond au sujet central de cette dissertation, l'on commence par celle de l'analyse des normes définissables des droits fondamentaux, accréditant que le processus d'accomplissement des normes s'impose comme évaluation primordiale de manière à ce que l'ordre juridique envisage la problématique de l'omission législative.

A travers l'analyse des conséquences juridiques de l'inconstitutionnalité par omission et le système d'inspection instituée en Guinée-Bissau, une approximation sur l'importante mission judiciaire dans l'accomplissement des droits et la responsabilité civile de l'Etat, l'existence ou non d'un droit de légiférer pour un législateur ordinaire et les ressources constitutionnelles comme instruments d'appui juridictionnel indispensables pour l'accomplissement des droits et garanties fondamentales de manière à prouver que ce n'est pas toujours que les difficultés d'accomplissement des droits des citoyens sont assujetties au manque de régulation de la loi, mais le propre système du partage de compétence entre les organes des pouvoirs publics peut contribuer à la fragilité de la garantie des droits des citoyens.

Dans une étude comparative où je cherche toujours à faire un parallèle avec les systèmes brésiliens et portugais, l'on reconnaît que la Guinée-Bissau, malgré son souci dans l'accomplissement des droits, les instruments juridiques d'accomplissement des

droits des citoyens doivent tout d'abord se plier à une discipline, ce qui vient confirmer la vulnérabilité des garanties des droits des citoyens dans ce pays africain ; dans cette dissertation l'on voudrait parvenir à la conclusion suivante : la vulnérabilité des garanties des droits en Guinée-Bissau.

Cette étude s'inspire dans la croyance selon laquelle une Constitution interprétera son rôle d'organiser les pouvoirs politiques et garantir le bien-être social et le développement économique du pays, en établissant des limites et des avantages pour tout le monde, non seulement avec la définition des droits et des devoirs des citoyens, mais surtout par le biais de l'institution légale des moyens d'accomplissement de ces droits et l'engagement des principaux responsables envers l'ordre constitutionnel pour la réalisation non seulement de la résolution du pouvoir, mais également la résolution de la Constitution.

ABSTRACT

Key words: Constitutional rules, fundamental rights, effectiveness of the rights.

The dissertation that is now presented intends to demonstrate the evolution of the Guinean constitutional system from its embryonic phase, analyzing the consequent constitutional vicissitudes throughout the Representative Democracy System, the actual juridical regime instituted.

Under the title " Programmatic Constitutional Rules in the Guinean Constitutional System ", the development of this work of dissertation implicates the analyses of the following five chapters: *The Constitutional System of Guinea Bissau; Juridical regime of the fundamental rights; Juridical effectiveness of the programmatic constitutional rules; Unconstitutionality and the inspection system instituted in Guinea-Bissau and the Role of the State in the discipline, protection and safety of the rights.*

The study of the juridical effectiveness of the programmatic constitutional norms, that corresponds to the central theme of this dissertation, starts from the analyses of the definition norms of Fundamental Rights witch is believed that the process of putting into practice this type of constitutional norms is imposed as necessary evaluation in the way for which the juridical order faces the problem of the legislative omission.

Through the analyses of the juridical consequences of the unconstitutionality for omission and the inspection system instituted in Guinea-Bissau, an approach on the relevant mission of the judiciary in putting into practice the rights and the civil responsibility of the State, the existence or not of a duty of legislating for the ordinary legislator and the constitutional medicines as instruments of jurisdictional protection indispensable for putting into practice the rights and fundamental warranties as form of demonstrating that not always the difficulties of putting into practice the citizens' rights are related to the lack of regulation of the law, but the system of the competence partition among the organs of the public departments can contribute to the fragility of the warranty of the citizens' rights.

A comparative study where I always try to do a parallelism with the Brazilian and Portuguese systems, it is verified that Guinea-Bissau in spite of the concern about putting into practice the rights, the juridical instruments of effectiveness of the citizens' rights still not exist. This will confirm the vulnerability of the warranties of the citizens'

rights in this part of the African country. Therefore, this is the conclusion that I want to get into this dissertation: **The vulnerability of the warranties of the citizens' rights in Guinea-Bissau.**

This study is inspired on the belief that a Constitution will accomplish its role of organizing the Political Powers and to guarantee the social welfare and the economical development of the country, imposing limits and advantages for everyone, not just with the definition of the rights and the citizens' duties, but basically through the institution of the legal means of effectiveness of those rights and the pledge of the main ones responsible for the Constitutional Order in accomplishing, not only the will of the Authority but also, the will of the Constitution itself.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	17
CAPÍTULO 1 – O CONSTITUCIONALISMO GUINEENSE	22
1.1 APRESENTAÇÃO	22
1.2 PODER CONSTITUINTE	23
1.3. CONSTITUIÇÃO DE 1973	24
1.3.1 O papel do PAIGC	25
1.3.2 Organização do poder político	26
1.3.3 Período da ruptura constitucional: 1980 a 1984	26
1.4 CONSTITUIÇÃO DE 1984	28
1.4.1 Fundamentos e natureza do Estado	29
1.4.2 Organização do poder Político	30
1.5 Transição constitucional	32
1.5.1 lei constitucional 1/91 de 09 de maio	33
1.5.2 lei Constitucional 2/91 de 04 de dezembro	35
1.5.3 lei constitucional 1/93 de 26 de fevereiro	35
1.5.4 lei constitucional 1/95 de 01 de dezembro	36
1.5.5 lei constitucional 1/96 de 27 de novembro	37
1.6 CARACTERÍSTICAS DA CONSTITUIÇÃO	35
1.6.1 Constituição do regime democrático	39
1.6.2 Constituição de um Estado Unitário	40
CAPÍTULO 2 – REGIME JURIDICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	42
2.1 APLICABILIDADE IMEDIATA DAS NORMAS DEFINIDORAS DE DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	44
2.1.1 O Princípio da aplicabilidade imediata no sistema Brasileiro e Português	45
2.1.2 Direitos implícitos	51
2.2 DIREITOS SOCIAIS	53
2.2.1 Direitos sociais no Brasil e em Portugal	58
2.3 EXIGIBILIDADE DOS DIREITOS	61
CAPÍTULO 3 – EFICÁCIA JURIDICA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS	66

3.1	NORMAS CONSTITUCIONAIS (GENERALIDADES)	66
3.1.1	Classificação das normas constitucionais	67
3.2	Normas constitucionais programáticas	71
3.2.1	Conceitualidade	71
3.2.2	Evolução histórica	73
3.3	PROGRAMATICIDADE NAS CONSTITUIÇÕES GUINEENSE	76
3.4	EFICÁCIA JURÍDICA DAS NORMAS PROGRAMÁTICAS	78
3.5	CONDIÇÕES MATERIAIS DE EFETIVAÇÃO	85
3.6	FUNÇÃO E RELEVÂNCIA	87
3.7	LIMITES DE EFETIVAÇÃO JUDICIAL DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS	89
CAPÍTULO 4 – INCONSTITUCIONALIDADE, SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS E O REGIME DE FISCALIZAÇÃO INSTITUÍDO NA GUINÉ-BISSAU		
4.1	INCONSTITUCIONALIDADE	95
4.1.1	Tipologia	97
4.1.1.1	Inconstitucionalidade por ação	97
4.1.1.2	Inconstitucionalidade por omissão	98
4.1.1.3	Inconstitucionalidade originária e Inconstitucionalidade superveniente	100
4.1.1.4	Inconstitucionalidade por omissão legislativa total e inconstitucionalidade por omissão legislativa parcial	101
4.2	SISTEMA DE FISCALIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE NA GUINÉ-BISSAU	102
4.2.1	Momento da caracterização da inconstitucionalidade por omissão	106
4.2.2	Efeitos da declaração da Inconstitucionalidade por omissão	109
4.3	PAPEL DO JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS	111
4.4	RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	119
4.4.1	Nota introdutória	119
4.4.2	A responsabilidade civil na Ordem Jurídica Guineense	121
CAPÍTULO 5 – PAPEL DO ESTADO NA DISCIPLINA, PROTEÇÃO E SEGURANÇA DE DIREITOS		
5.1	ATIVIDADE CONSTITUCIONAL DO ESTADO	127
5.1.1	Direito a emissão de normas e o dever de legislar	129
5.2	CONSIDERAÇÕES SOBRE OS REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS	132

5.2.1 Omissões Legislativas no direito Brasileiro e Português-----	132
5.2.2 Mandado de Injunção-----	141
5.2.3 Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental-----	147
CONSIDERAÇÕES FINAIS-----	153
REFERÊNCIAS -----	167

INTRODUÇÃO

A proposta deste estudo é investigar a problemática da eficácia jurídica das normas constitucionais programáticas no Sistema Constitucional Guineense.

As Constituições Contemporâneas, seguindo o modelo da Constituição da República de Weimar de 1919, não se limitam a garantir, aos particulares, posições jurídicas contra agressões dos poderes públicos, como as Constituições Liberais do século XIX. Fugindo ao modelo “garantista”, tributário do “status quo”, pretendem conformar amplos aspectos da vida social, seja através da formulação de fins e programas para os poderes públicos, seja através da constitucionalização de direitos a prestações estatais, que, para sua efetivação, exigem postura ativa por parte do Estado.

A eficácia das normas programáticas deve-se ao fato de elas imporem um dever político ao órgão com competência normativa e, ao mesmo tempo, impedem que o legislador comum edite normas em sentido oposto ao direito assegurado pelo constituinte, antes mesmo da possível legislação integrativa que lhes dá plena aplicabilidade, condicionando assim a futura legislação com a consequência de ser inconstitucional.

Certos mandamentos constitucionais são completos e plenos por não exigirem normação infraconstitucional posterior, não dependendo de leis complementares ou leis ordinárias que permitam a sua aplicação imediata. A norma programática não tem essa execução imediata, devendo ser completados tais mandamentos por leis ulteriores. Neste caso, os efeitos pretendidos pelo poder constituinte ou pela norma só ocorrerão se houver a requerida emissão da norma jurídica ordinária ou complementar.

A questão da eficácia jurídica das normas programáticas coloca-se, no caso das omissões legislativas violadoras dos direitos dos cidadãos, em se saber quem deve ser responsabilizado pelos danos causados aos particulares pela não emissão de uma lei ordinária complementar a tais normas.

Se a norma é das que possuem aplicabilidade imediata, o caso concreto pode ser efetivamente solucionado, outorgando-se à parte o bem garantido diretamente pelo próprio texto constitucional. Se a norma é das que possuem aplicabilidade mediata, como é o caso das normas programáticas, o caso concreto não é efetivamente solucionado, ou seja, não há atribuição pela parte do bem pretendido, mas apenas a

decisão que reconhece a falta da lei regulamentadora e a impossibilidade de colmatação por parte do judiciário.

Nesta Dissertação, procura-se superar o bloqueio através de enfoque diverso do problema da eficácia das normas constitucionais. Este será tratado do ponto de vista judicial, ou seja, sem embargo dos progressos que poderiam advir de propostas legislativas. Buscam-se respostas que sejam viáveis diante do quadro constitucional e legal existente.

O sucesso das chamadas Constituições dirigentes encontrou e continua a encontrar dificuldades. Aliás, dificuldades sempre existentes quando o homem decide, através do Direito, interferir na conformação da vida social. O grau de dificuldade, entretanto, é bem mais elevado, para ele contribuindo não só o alto grau de abstração das normas constitucionais, o que, por si só, já traz problemas para a sua efetivação, mas também o fato de que o modelo constituinte, geralmente resultado de ruptura institucional, favorece a inserção na Carta Constitucional de aspirações comunitárias ainda distantes da realidade.

Konrad Hesse formulou a resposta definitiva para o problema da distância entre a realidade e a norma constitucional, contrapondo suas idéias às contidas no célebre livro de Ferdinand Lassale, após destacar que a pretensão de eficácia da norma constitucional não pode ser separada das condições históricas de sua realização, argumentando que este aspecto afigura-se como decisivo:

A pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização; a pretensão de eficácia associa-se a estas condições como elemento autônomo. A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela. Não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem

ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas¹.

A eficácia jurídica das normas constitucionais tem alcançado uma relevância peculiar numa Constituição como a nossa, que apresenta um universo amplo de normas programáticas cuja eficácia e aplicabilidade dependem, necessariamente, das providências normativas ulteriores para a produção dos efeitos colimados pelo legislador constituinte.

Na Guiné-Bissau, existe uma vontade política do Estado quanto ao reconhecimento dos direitos dos cidadãos, visto que a Constituição da República prevê no seu título II uma série de direitos, bem como a aprovação de algumas leis ordinárias e convenções internacionais referentes à matéria.

Há, de fato, algumas referências formais aos meios de efetivação dos direitos, como é o caso dos artigos 30 n.º 1 e 32 da Constituição da República, em que rezam:

Art. 30, n.º 1: Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

Art.32: Todo o cidadão tem o direito de recorrer aos órgãos jurisdicionais contra os atos que violem os seus direitos reconhecidos pela Constituição e pela lei, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos².

Todavia, para sua real concretização não há, de fato, alguma vontade política com vistas ao fornecimento de condições materiais e humanas no sentido de efetivação das normas constitucionais programáticas, como forma de minimizar as frequentes afrontas aos direitos dos cidadãos registradas neste país.

Tendo em vista a própria natureza e eficácia dessas normas, a presente dissertação foi dirigida com base em algumas questões orientadoras:

Quando é que se pode considerar que estão criadas as condições materiais para dar efetividade às normas programáticas, ou seja, para emitir e publicar as leis ordinárias?

¹ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991, p.15.

² Lei n.º 1/96 de 27 de Novembro. Edição-ANP, INACEP: 1996, p.15-16

Qual é o grau de discricionariedade do legislador e da administração na efetivação das normas programáticas?

Até que ponto as omissões legislativas podem violar os direitos fundamentais dos cidadãos e, conseqüentemente, constituírem pressuposto de responsabilidade civil do Estado?

Quando é que o Estado pode ser responsabilizado pela falta de engajamento ou não-criação de condições materiais para a efetivação das normas constitucionais programáticas?

Todas essas questões podem se resumir num único problema de pesquisa que se quer desvendar neste trabalho dissertativo: **Qual é a garantia da efetivação dos direitos dos cidadãos em face das omissões legislativas violadoras dos seus direitos, liberdades e garantias fundamentais?**

Ora, o fato é que a constitucionalização das normas programáticas e a sua aplicação devem passar, necessariamente, pelos mecanismos instituídos pelo Estado, através da criação de condições favoráveis para a aprovação de leis ordinárias que, por seu turno, darão eficácia a essas normas.

Além da criação de tais condições é necessária, antes, a disciplina dos direitos e interesses legalmente protegido, tendo em vista que essa problemática está inseparavelmente ligada à própria vida humana no que se refere ao exercício dos direitos dos cidadãos.

Normalmente, pode-se afirmar que, para a efetivação dos direitos dos cidadãos, não basta apenas a aprovação de Leis Ordinárias e complementadoras das normas constitucionais programáticas. Antes, é necessária também a criação de condições materiais e humanas para a sua materialização, razão pela qual se constituiu e ainda se constitui na preocupação de todos os Estados que se orientam com base nos princípios democráticos.

Pode-se constatar que existem Estados em que o nível avançado dessa matéria deixa margens para que se fale apenas na necessidade do seu aperfeiçoamento. Mas também se deve reconhecer que existem certos Estados em que a falta de atenção a essa matéria impõe que se fale, não na melhoria de estrutura da sua efetivação, mas na necessidade permanente de definição desses instrumentos – remédios constitucionais - e também, nas formas de responsabilização em virtude da violação ou omissão legislativa causadora de danos aos particulares.

O fulcro essencial deste estudo busca a responsabilização de cada entidade envolvida no aparelho estatal, bem como o reconhecimento dos direitos e deveres de cada cidadão como forças motoras indispensáveis ao desenvolvimento contínuo e o progresso de um país.

CAPÍTULO 1 – O CONSTITUCIONALISMO GUINEENSE

1.1 APRESENTAÇÃO

A Guiné-Bissau é um País africano situado na Costa Ocidental daquele continente. Tem uma superfície total de 36.125 quilômetros quadrados, com uma população de, aproximadamente, dois milhões de habitantes. Foi uma das colônias portuguesas, fazendo parte dos Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa (PALOP) e da Comunidade dos Países da Língua Oficial Portuguesa (CPLP), da qual a República Federativa do Brasil é membro. Também é membro da Comunidade dos Estados da África Ocidental (CEDEAO).

Aquilo que se chama hoje de República da Guiné-Bissau começou com Diogo Gomes, navegador da coroa Portuguesa que alcançou pela primeira vez a Guiné no ano de 1446.

O percurso colonizativo começou a partir daí e foi-se alargando até os anos setenta. A atual República da Guiné-Bissau foi batizada por colônia e província sucessivamente, mas a realidade evidenciava sempre um território e uma comunidade dominados por uma nação estrangeira, direta ou indiretamente.

Em 19 de Setembro de 1956, sob a liderança do Engenheiro Amílcar Lopes Cabral e mais alguns compatriotas da então província da Guiné e de Cabo-verde, inconformados com a situação, foi fundado o Partido Africano para a independência da Guiné e Cabo-verde (PAIGC), que teve por objetivo lutar contra a dominação colonial e a conquista da independência dos respectivos países.

A luta de libertação nacional desencadeada pelo PAIGC em 23 de Janeiro de 1963 durou onze anos. No dia 24 de Setembro de 1973, em Madina de Boé, foi proclamado, unilateralmente, o Estado da Guine-Bissau, na primeira reunião da Assembléia Nacional Popular.

Foi nesse evento que a primeira Constituição da Republica foi aprovada, e os titulares dos demais órgãos do poder do Estado, eleitos.

O evento em referência é tão somente o clímax de um processo de ruptura com o domínio estrangeiro e de afirmação duma vontade nacional destinada a erguer e solidificar uma nação. Na vertente externa, o processo de independência logrou conquistar o beneplácito de uma faixa relevante da comunidade internacional.

Com o reconhecimento do PAIGC pela Assembléia Geral das Nações Unidas como representante dos povos da Guiné e Cabo-verde, a ONU, através da resolução do conselho de segurança, exigia de Portugal o reconhecimento do direito à independência dos povos Guineenses e Caboverdianos.

Deve-se salientar que o reconhecimento do Estado da Guiné-Bissau ainda em 1973 pela ONU, a sua admissão na Organização de Unidade Africana (OUA) a 19 de Novembro de 1973, tudo tem a haver com a repercussão tida pelo processo libertador.

1.2 PODER CONSTITUINTE

A primeira Constituição da Guiné-Bissau foi aprovada por uma Assembléia Constituinte, reunida no Boé nos dias 23 e 24 de Setembro de 1973.

Esta Assembléia foi convocada no decurso do processo de luta de libertação nacional conduzido pelo Partido Africano para a Independência de Guiné e Cabo-Verde (PAIGC) e visava essencialmente a proceder a proclamação unilateral da independência. Deve-se salientar que as eleições para essa Assembléia realizaram-se em 1972, quando, numa primeira fase, todos os cidadãos Guineenses de mais de 17 anos foram chamados a votar a favor ou contra uma lista única de candidatos à representação do povo nos chamados conselhos regionais, e, posteriormente, numa segunda fase, foram os conselhos regionais que escolheram os Deputados da Assembléia Nacional Popular.

Tratava-se assim de uma Assembléia Constituinte eleita por sufrágio indireto, com uma composição hegemonzada pelo PAIGC, sendo que os processos de convocação, eleição e reunião foram naturalmente limitados e condicionados pelo fato de o Partido não deter ainda o controle da totalidade do território nacional.

Assim, reunida por razões de segurança no Boé, a ANP proclamou, a 24 de Setembro de 1973, o Estado da Guiné-Bissau, ou seja, procedeu a declaração unilateral da Independência, após o que, assumindo poderes Constituintes, aprovou a Constituição de 1973. Por fim, já na qualidade de órgão supremo do novo Estado, elegeu o Conselho de Estado e o Conselho dos Comissários de Estado, aprovou a lei nº 1/73, segundo a qual a legislação portuguesa em vigor à data da independência do Estado da Guiné-Bissau *mantém a sua vigência em tudo o que não for contrário à soberania nacional, a*

Constituição da República, as suas leis ordinárias e aos princípios e objetivos do PAIGC.

A República da Guiné-Bissau obteria, então, o reconhecimento de várias dezenas de países e foi admitida, ainda em 1973, como membro da Organização da Unidade Africana (OUA). Todavia, só com a queda do regime ditatorial em Portugal, a 25 de Abril de 1974, e a instauração de um novo poder democrático Portugal veio a reconhecer de *jure*, em Setembro de 1974, a República da Guiné-Bissau, que foi, ainda no mesmo mês, admitida como membro da Organização das Nações Unidas (ONU).

1.3. CONSTITUIÇÃO DE 1973

A Constituição de 1973 é uma Constituição relativamente curta. Tem apenas 58 artigos divididos nos quatro capítulos, a saber:

- Capítulo I: sobre fundamentos e objetivos do Estado (arts. 1º a 10º);
- Capítulo II: direitos, liberdades e deveres fundamentais (arts. 11 a 22);
- Capítulo III: organização do poder político (arts. 23 a 56);
- Capítulo IV: revisão constitucional (arts. 57 e 58).

Em termos de conteúdo, ela é uma Constituição fortemente marcada, como não podia deixar de ser, pelo contexto de luta de libertação nacional, e nasce daí a relevância que, no capítulo primeiro, sobre fundamentos e objetivos do Estado, se confere ao princípio do anticolonialismo, anti-neocolonialismo e anti-imperialismo.

A importância decisiva em toda a estrutura de poderes e vivência constitucional foi uma clara influência de inspiração soviética, como era comum na generalidade dos movimentos anti-coloniais dos anos sessenta e setenta.

Essa influencia reflete-se em três domínios:

- primeiro, a proclamação do PAIGC como força que se dirige à sociedade e decide sobre a orientação política do Estado;
- segundo, uma concepção própria dos direitos fundamentais;
- por ultimo, numa organização do poder político em termos de concentração de poderes.

1.3.1 O papel do PAIGC

Na Constituição de 1973, verifica-se quase uma completa identificação entre o partido único e o aparelho do Estado. Nos arts. 4º e 6º, relativo aos fundamentos e objetivos do Estado, o PAIGC é considerado *força política, dirigente da sociedade e expressão suprema da vontade soberana do povo*, decidindo da orientação política do Estado e assegurando a sua realização em estreita ligação às massas trabalhadoras:

Art. 4º: Na Guiné-Bissau o poder é exercido pelas massas trabalhadoras ligadas estreitamente ao Partido Africano da Independência da Guiné e Cabo Verde (PAIGC), que é a força política e dirigente da sociedade.

Art. 6º: O PAIGC é a força política e dirigente da sociedade. Ele é a expressão suprema da vontade soberana do povo. Ele decide a orientação política do Estado e assegura a sua realização pelos meios correspondentes³.

Por sua vez, esse papel dirigente do PAIGC obtém a correspondente tradução na organização do poder político, na medida em que é ao partido único que cabe a responsabilidade de seleção dos candidatos aos Conselhos Regionais e à ANP nos termos do art. 27:

Art.27: As condições de elegibilidade à Assembléia Nacional Popular e aos Conselhos Regionais são determinadas pela Lei, a qual fixa o número dos seus membros, o modo de eleição e o regime das incompatibilidades. Cabe ao partido a responsabilidade da seleção dos candidatos⁴.

A expressão constitucional clara desta identificação “Partido-Estado” e da hegemonia que o partido único detém sobre os órgãos do Estado e sobre toda a vida social é, ainda, o art. 29, no qual se dispõe que a ANP é o órgão supremo do poder do Estado, é o mesmo órgão que controla a aplicação da linha política, econômica, social e cultural definida pelo partido. *A Assembléia Nacional Popular delibera sobre questões fundamentais da política interna e externa do Estado e controla a aplicação da linha política econômica, social e cultural definida pelo partido*⁵.

³ Lei nº1\73 de 24 de Setembro. Edição-ANP, INACEP: 1973 p.4.

⁴ Lei nº1\73 de 24 de Setembro. Edição-ANP, INACEP: 1973 p. 5.

⁵ Lei nº1\73 de 24 de Setembro. Edição-ANP, INACEP: 1973 p. 5.

1.3.2 Organização do poder político

A organização de poderes é constituída por um modelo escalonado de concentração sucessiva de poderes, de base ao topo, nas chamadas representações populares, a ANP e os conselhos regionais, dos quais emanam todos os demais poderes.

Os cidadãos elegem, na base, os Conselhos Regionais através de listas únicas selecionadas pelo partido único e, por sua vez, os Conselhos Regionais escolhem os deputados da ANP.

Esse processo de eleição indireta da ANP foi considerado transitório nos termos do art. 26, até a libertação do território nacional:

Art. 26: Até a libertação da parte do território do Estado ainda ocupada pelos agressores estrangeiros, a eleição à Assembléia Nacional Popular pode ser feita por sufrágio indireto, através dos representantes eleitos aos Conselhos Regionais, nos termos estabelecidos na lei⁶.

Segundo o preceituado no art.28 “A Assembléia Nacional Popular é o órgão supremo do poder do Estado”, e dela emanam, por um lado, o Conselho do Estado e, por outro, o Conselho dos Comissários do Estado, que é um órgão essencialmente executivo e administrativo. Veja-se o art. 44 e seguintes:

Art. 44: O conselho dos comissários do Estado é responsável perante a Assembléia Nacional popular e, entre as sessões desta, perante o Conselho de Estado.

Art. 46: As atribuições do Conselho dos Comissários de Estado visam à realização do programa político, econômico, social e cultural do Estado, assim como a sua defesa e segurança. Ele dirige, coordena e controla a atividade dos diversos comissariados de Estado, de outros serviços centrais, dos Comitês Regionais do Estado e dos Comitês de setor do Estado⁷.

1.3.3 Período da Ruptura Constitucional: 1980 a 1984

De acordo com as regras de revisão previstas na Constituição de 1973, nos seus arts. 57 e 58, procedeu-se, em 1980, uma reforma global da Constituição.

A nova Constituição seria aprovada pela ANP em 10 de Novembro de 1980, e, simultaneamente, foi aprovada a Lei de Trânsito Constitucional, nos termos da qual a

⁶Lei nº1\73 de 24 de Setembro. Edição-ANP, INACEP: 1973 p. 5.

⁷ Lei nº1\73 de 24 de Setembro. Edição-ANP, INACEP: 1973 p. 6.

nova Constituição só entraria em vigor no dia 1º de janeiro de 1981, mantendo-se, até essa altura, a vigência da Constituição de 1973.

No entanto, nem a nova Constituição entraria em vigor na data prevista, nem a respectiva Lei, como também as referidas normas de transição sequer chegaram a ser publicadas no Boletim Oficial, um jornal oficial do país. É que, logo após a sua aprovação pela ANP, verificou-se a eclosão do Movimento Reajustador, de 14 de Novembro de 1980, que constituiu uma verdadeira ruptura no sistema constitucional e impediu a entrada em vigor daqueles diplomas.

De fato, paralelamente à aprovação da nova Constituição de 1980 desenvolveu-se a elaboração e aprovação da Constituição da República de Cabo-Verde, de 13 de Outubro de 1980.

Salienta-se que, independentemente das causas e objetivos do Movimento Reajustador, a aprovação da nova Constituição de 1980 não deixa de lhe estar estritamente associada.

Ora, se bem que os dois procedimentos Constituintes fossem politicamente formados pelo mesmo partido, o PAIGC, que, àquela altura, era um partido binacional, algumas diferenças de conteúdo entre as duas novas Constituições, segundo Jorge Reis Novais, suscitariam controvérsias, reações que, no seu entender, podem ser associadas à eclosão de 14 de Novembro⁸.

Entre as duas Constituições, verificam-se diferenças sensíveis nos domínios que a seguir se assinalam:

Enquanto a Constituição Guineense de 1980 mantinha, tal como a Constituição de 1973, aos caboverdianos que se encontrassem no território de Guiné-Bissau, o tratamento de equiparação dos direitos e deveres, e de consideração como cidadãos guineenses, a Constituição de Cabo-Verde não instituiu um tratamento recíproco.

Da mesma forma, enquanto a Constituição de Cabo-verde exigia como condição de elegibilidade para a Presidência da República ser cidadão caboverdiano de origem, a Constituição Guineense de 1980 não fazia exigência recíproca.

Enquanto em Cabo-Verde se instituiu um executivo dualista com poderes repartidos entre o Presidente e o Primeiro Ministro, na Guiné os poderes do Presidente pareciam reforçar-se em detrimento do Primeiro Ministro.

⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **Tópicos de Ciência Política e Direito Constitucional Guineense**. Associação académica da faculdade de direito de Lisboa, 1996, p. 96.

Por último, o que se considerava muito polêmico, na época, foi o fato de a Constituição de Cabo-Verde rejeitar expressamente a possibilidade da existência da pena de morte, enquanto a Constituição Guineense nada dizia sobre o tema, o que permitia a sua manutenção na lei ordinária.

Em termos jurídico-constitucionais, pode-se dizer que o Movimento Reajustador de 14 de Novembro de 1980 significou uma ruptura do anterior Sistema Constitucional, abrindo um período de transição para a elaboração de uma nova Constituição.

O caráter transitório desse quadro jurídico-constitucional foi assumido pelo próprio regime quando, em fevereiro de 1983, na seqüência do congresso extraordinário do PAIGC, foi criada uma comissão para a revisão Constitucional e a lei eleitoral, na perspectiva de um retorno à legalidade constitucional.

1.4 CONSTITUIÇÃO DE 1984

A Constituição de 1984 situa-se materialmente na linha da continuidade da Constituição de 1973. Segundo Jorge Reis Novais⁹, não foram as vicissitudes políticas que conduziram ao nascimento dessa Carta Magna e sim a ruptura constitucional. Para ele, essa Constituição poderia perfeitamente ter sido o resultado de uma revisão constitucional que procedesse a uma reforma global da Constituição anterior, considerando, contudo, que ela reproduz, quase na sua totalidade, o texto da Constituição de 1980, que nunca chegara a entrar em vigor.

Nascida com base em um processo de ruptura, a Constituição de 1984 corresponde a uma institucionalização, mais sólida, desenvolvida e acabada, do tipo de Estado e do regime político que nasceram no processo turbulento da luta anticolonial e encontraram a expressão naturalmente precária e provisória na Constituição de 1973.

⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **Tópicos de Ciência Política e Direito Constitucional Guineense**. Associação académica da faculdade de direito de Lisboa, 1996, p.98.

1.4.1 Fundamentos e natureza do Estado

No que respeita aos princípios fundamentais do Estado, à semelhança da Constituição de 1973, na Constituição de 1984, o PAIGC continua a ser considerado força política e dirigente da sociedade e do Estado (at. 4º, nº. 1).

Conforme reza o art.nº. 2 do mesmo preceito, ao PAIGC incumbe a tarefa de estabelecer as bases gerais do programa político, econômico, social e cultural de defesa e segurança a ser realizado pelo Estado, bem como selecionar os candidatos a conselheiro regional e deputado:

Art.4, nº. 2: No desempenho da sua missão histórica, o P.A.I.G.C. exerce o seu papel na base da presente Constituição, cabendo-lhe designadamente:

- a) estabelecer as bases gerais do programa político, econômico, social, cultural, de defesa e segurança a realizar pelo Estado;
- b) definir etapas da Reconstrução nacional e estabelecer as vias da sua realização;
- c) selecionar os candidatos a conselheiro regional e deputado¹⁰.

A República da Guiné-Bissau passa a ser um país de democracia nacional revolucionária, regida pelo art.3º, fórmula comum aos Estados nascidos de lutas de libertação nacional:

Art. 3º: A República da Guiné-Bissau é um Estado de democracia nacional revolucionária, fundado na unidade nacional e na efetiva participação popular no desempenho, controle e direção das atividades públicas e orientadas para a construção de uma sociedade liberta da exploração do homem pelo homem.

Ainda no domínio dos fundamentos e natureza do Estado, há um acentuar do caráter programático e dirigente da Constituição, com a consagração dos objetivos de caráter econômico, social e cultural a prosseguir pelo Estado. Define um quadro econômico de direção e planificação estatais e uma forte intervenção do Estado na vida econômica. Conforme se encontra exarado no art.11 da Constituição:

Art.11: 1. A organização econômica e social da Republica da Guiné-Bissau tem como objetivo a promoção continua do bem-estar do povo, a liquidação da exploração do homem pelo homem a eliminação de todas as formas de sujeição da pessoa humana a interesses degradantes, em proveito de indivíduos, de grupos ou de classes¹¹.

¹⁰ Lei nº1 \ 84 de 16 de Maio. Edições – ANP, INACEP: 1984, p.5.

¹¹ Lei nº1 \ 84 de 16 de Maio. Edições – ANP, INACEP: 1984, p.6.

Importa referir que os frutos do contexto político que conduziu a elaboração da nova Constituição foram o desaparecimento de todas as referências ao princípio da unidade Guiné-Cabo-Verde, uma das marca característica da Constituição de 1973 e o objetivo da unificação num único Estado.

1.4.2 Organização do poder Político

Nesse domínio pode-se dizer que a estrutura do poder permanece idêntica à da Constituição de 1973.

Constatam-se algumas diferenças que dizem respeito, por um lado, à consideração do Presidente do Conselho de Estado como órgão autónomo e com nova legitimidade, pois, enquanto, na Constituição de 1973, o Presidente do Conselho de Estado (CE) era eleito pelo próprio Conselho, agora é a ANP que o elege, conforme o preceituado no art.63, nº. 2

Para Jorge Reis Novais¹², a nova legitimidade justifica-se face ao estatuto de poderes, consideravelmente reforçados, atribuídos ao Presidente do Conselho de Estado pela Constituição de 1984, no seu artigo 65 e seguintes:

Art. 65: O Presidente do Conselho de Estado representa a republica da Guiné-Bissau e, simultaneamente, chefe do Estado e do Governo, e Comandante Supremo das Forças Armadas revolucionárias do povo¹³.

No âmbito das atribuições que foi constitucionalmente conferida ao Presidente do Conselho de Estado, podem-se destacar que estão previstas no Artigo 67:

“São atribuições do Presidente do Conselho de Estado as que lhe são conferidas pela Assembléia Nacional Popular ou pela presente Constituição e nomeadamente”:

1. Representar o Estado e o Governo e dirigir a sua Política Geral;
2. Dirigir mensagens à Assembléia Nacional Popular;

¹² NOVAIS, Jorge Reis. **Tópicos de Ciência Política e Direito Constitucional Guineense**. Associação académica da faculdade de direito de Lisboa, 1996, p.102

¹³ Lei nº1\84 de 16 de Maio. ANP, INACEP: 1984, p.16.

3. Dirigir atividades do Conselho de Estado e do Governo e presidir as suas reuniões;
4. Nomear e exonerar Ministros, Secretários de Estado e o Governador do Banco Nacional da Guiné;
5. Nomear e exonerar juizes do Supremo Tribunal de Justiça e o Procurador Geral da República;
6. Nomear e exonerar Embaixadores;
7. Conceder títulos honoríficos e as condecorações do Estado;
8. Empossar os membros do Governo;
9. Empossar os Presidentes dos Comitês de Estados das Regiões;
10. Acreditar os Embaixadores estrangeiros;
11. Promulgar os Decretos-Lei, assinar e fazer publicar no Boletim Oficial as resoluções do Conselho de Estado e os Decretos do Conselho de Ministros;
12. Exercer as demais funções que lhe forem atribuídas por Lei¹⁴.

Quanto ao Executivo propriamente dito, existe alteração de designação de “Conselho dos Comissários do Estado” para, simplesmente, “Governo”. O Governo, embora continuasse a ser um órgão essencialmente executivo e administrativo, a nova Constituição ainda o manteve sob a direção e responsabilidade da ANP e do CE, atribuindo-lhe, todavia, um maior poder de iniciativa e direção políticas, conforme reza o art. 69 e seguintes, um capítulo reservado ao Governo:

Art. 69: 1. O Governo é o Órgão Executivo e Administrativo Supremo da Republica da Guiné-Bissau;
 2. O Governo conduz a política da nação em harmonia com as linhas gerais estabelecidas para a sua ação e pela Assembléia Nacional Popular e pelo Conselho de Estado¹⁵.

O novo texto introduz, no seu art. 98, o instituto da fiscalização da constitucionalidade das leis, regulamentando-o, porém, em termos exclusivos da fiscalização concreta, suscitada nos feitos submetidos a julgamento nos tribunais, e com subida do incidente de inconstitucionalidade para a Assembléia Nacional Popular, a quem cabe decidir com força obrigatória geral:

Art. 98: 1. Nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na constituição ou os princípios nela consagrados.
 2. A questão da inconstitucionalidade pode ser levantada oficiosamente pelo tribunal, pelo Ministério Público ou por qualquer das partes.
 3. Admitida a questão de inconstitucionalidade, o incidente sobe em separado à Assembléia Nacional Popular, que decidirá.

¹⁴ Lei nº1\84 de 16 de Maio, Edições-ANP, INACEP: 1984, p.16-17.

¹⁵ Lei nº1\84 de 16 de Maio, Edições-ANP, INACEP: 1984 p. 17.

4. As decisões tomadas em matéria de inconstitucionalidade pela A.N.P., terão força obrigatória geral e serão publicadas no Boletim Oficial¹⁶.

A relevância desse instituto é minimizada e até comprometida, na medida em que o próprio legislador acaba por “fiscalizar” a si próprio, decidindo pela eventual “inconstitucionalidade” das leis.

1.5 TRANSIÇÃO CONSTITUCIONAL

O processo de democratização que conduziu a instauração da ordem constitucional foi marcado inicialmente por um programa de abertura econômica tendente à redução ou mesmo à supressão da intervenção estatal direta na vida econômica.

A abertura econômica, quase que inevitável, até por exigências da própria racionalidade econômica do contexto internacional, foi seguida por um processo de abertura política.

O debate público para a transição constitucional iniciou-se em 1989, havendo quem, no seio do partido, avisasse contra os riscos do multipartidarismo nos países africanos.

Não obstante, em 1990, na terceira reunião ordinária do PAIGC, acabou por ser aprovado o anteprojecto de plataforma programática de transição.

A plataforma programática de transição foi aprovada por iniciativa da própria direcção do PAIGC, por um período de dois anos, tendo como objetivo a efetivação de uma revisão constitucional cujas metas seriam a instituição de separação de poderes, o sufrágio universal direto e secreto, o multipartidarismo, a liberdade de imprensa e liberdade sindical.

O PAIGC preferiu rever a Constituição de 1984 a investir numa assembleia de poderes constituintes na qual participasse a oposição. Na verdade, as revisões constitucionais de 1991 e 1993, que transfiguraram a Constituição de 1984, foram aprovadas por uma Assembleia Nacional monopartidária.

¹⁶ Lei nº1\84 de 16 de Maio, Edições-ANP, INACEP: 1984, p.23.

A comissão multipartidária de transição foi criada em 1992, abrindo assim o processo de transição que passou a contar com a oposição legalizada. Tratava-se de um órgão transitório de coordenação, que lançou as propostas bases da revisão de 1993.

Várias legislações ordinárias fundamentais para o processo de transição foram aprovadas: logo em 1991, na seqüência da primeira revisão constitucional, foi aprovada a Lei Quadro dos Partidos Políticos, lei sobre a liberdade de imprensa, sindical e de direito à greve e lei de direito à manifestação e reunião.

O processo eleitoral foi lançado em 1993 e as eleições presidenciais e legislativas tiveram lugar em 1994, data a partir da qual a oposição passa a estar representada no parlamento, participando, dessa forma, nas revisões constitucionais seguintes.

As revisões constitucionais operadas à Constituição de 1984 alteraram-na de tal forma que o modelo Constitucional foi substituído, pelo que apenas formalmente se pode sustentar que a Constituição permaneceu a mesma.

1.5.1 Lei Constitucional 1/91 de 09 de maio:

No cumprimento desse programa de transição, e sempre sob a égide do PAIGC e da Assembléia monopartidária, foram aprovadas, em 1991, duas Leis de revisão constitucional: a Lei Constitucional nº. 1/91, que teve conseqüências profundas no texto constitucional, alterando significativamente a Constituição de 1984, ao ponto de se sentir a necessidade de, nessa mesma revisão, proceder-se também à alteração do próprio preâmbulo da Constituição.

E assim, o preâmbulo ficou com uma nova roupagem, adaptável aos imperativos de mudanças que se anunciavam, e às quais a própria lei não deixava de dar expressão normativa.

Pode-se ler no Preâmbulo: *A Assembléia Nacional Popular [...] congratula-se pela decisão corajosa e oportuna que o partido de Amílcar Cabral tomou ao implementar o desafio da abertura democrática, rumo à construção de uma sociedade pluralista, justa e livre.*

No âmbito dessas alterações, foi modificado totalmente o art. 4º, instituindo o pluripartidarismo. O PAIGC deixou, assim, de ser considerado a força dirigente da sociedade, e foi substituído pela livre constituição de partidos políticos. A nova redação

do referido preceito passou a ser: “*Na republica da Guiné-Bissau, é livre a constituição de partidos políticos nos termos da Constituição e da Lei*”¹⁷.

Ainda no âmbito dessa revisão constitucional, pode-se constatar a alteração do art. 3º, que veio substituir as fórmulas constitucionais mais marcadas política e ideologicamente (tais como massas populares, democracia nacional revolucionaria, república antiimperialista e anticolonialista, sociedade liberta de exploração do homem pelo homem) por novas formulas mais consentâneas com o princípio do Estado de Direito e da democracia representativa:

Art.3º A Republica da Guiné-Bissau é um Estado de Democracia constitucionalmente instituída, fundado na unidade nacional e na efetiva participação popular no desempenho, controlo e direção das atividades públicas e orientadas para a construção de uma sociedade livre e justa.

Foi ainda instituído o princípio da legalidade democrática e da subordinação do Estado à Constituição, nos termos do art. 8º, nº1, e a desvinculação total das Forças Armadas a partidos políticos (art. 20, nº4). Segundo essa Constituição, *O Estado subordina-se à Constituição e baseia-se na legalidade democrática e as F.A.R.P. são apartidárias, e os seus elementos, no ativo, não podem exercer qualquer atividade política*¹⁸.

Em termos econômicos, consagra-se o princípio da economia de mercado (art.11) e novos direitos fundamentais: *A organização econômica e social da Republica da Guiné-Bissau assenta-se nos princípios da economia de mercado, da subordinação do poder econômico ao poder político e da coexistência das propriedades pública, cooperativa e privada*. Particularmente, a Lei Quadro dos partidos políticos (Lei 2\91 de 06 de Abril), liberdade de imprensa (Lei 4\91 de 03 de outubro), a liberdade sindical (Lei 8\91 de 03 de outubro) e o direito a greve (Lei 9\91 de 03 de outubro), direito de antena e réplica política (Lei 7\91 de 03 de outubro) direito de reunião e de manifestação (Lei 3\92 de 06 de Abril).

¹⁷ Lei nº1\91 de 09 de Maio, Edições-ANP, INACEP: 1991, p.7.

¹⁸ Lei nº1\91 de 09 de Maio, Edições-ANP, INACEP: 199, p.9-13.

1.5.2 Lei Constitucional 2\91 de 04 de dezembro

A grande novidade da segunda revisão é a criação da figura do Primeiro-Ministro que, instituída como chefe do Governo, é politicamente responsável perante o Presidente do Conselho de Estado.

1.5.3 Lei constitucional 1\93 de 26 de fevereiro

Esta revisão constitucional tem implicações muito importantes, na medida em que definiu o semipresidencialismo como sistema Guineense e dotou a ordem constitucional de um conjunto de normas de garantia dos direitos fundamentais.

Quanto à organização do poder político, o Presidente da República passa a ser eleito por sufrágio direto, o Conselho de Estado passa a ser órgão consultivo do Presidente da República, a nomeação do Primeiro-Ministro e a formação do Governo são feitas de acordo com os resultados eleitorais.

A fiscalização da Constitucionalidade, na Constituição de 1984, era decidida pela Assembleia Nacional Popular, com força obrigatória geral (art.98, nº. 3 e 4 da Constituição da República da Guiné-Bissau (CRGB\84). Com essa revisão, a decisão das questões de inconstitucionalidade passa pela primeira vez na história do constitucionalismo Guineense para a esfera do Supremo Tribunal de Justiça, que o decidirá em plenário:

Art.126: 3. Admitida a questão da inconstitucionalidade, o incidente sobe em separado ao Supremo Tribunal de Justiça, que decidirá em plenário.

4. As decisões tomadas em matéria de inconstitucionalidade pelo plenário do Supremo Tribunal de Justiça terão força obrigatória geral e serão publicadas no Boletim Oficial¹⁹.

Em matéria de direitos fundamentais, o art. 29 da Constituição veio consagrar, por um lado, o princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais, não excluindo, nessa categoria, outros direitos constantes das demais leis da república e das regras aplicáveis de Direito Internacional e, por outro lado, uma cláusula de extensão da interpretação dos direitos fundamentais em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem:

¹⁹ Lei nº1\1993 de 26 de Fevereiro, Edições-ANP, INACEP: 1993, p.31.

Art.29:1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das demais Leis da República e das regras aplicáveis de Direito Internacional.

2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem²⁰.

Essa revisão constitucional consagrou o princípio da aplicabilidade imediata dos preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias fundamentais (art.30, n°1) e a proibição da pena de morte (art.36, n°1):

Art.30: 1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

Art. 36: 1. Na Republica da Guiné-Bissau, em caso algum haverá pena de morte²¹.

Com efeito, após a realização das eleições legislativas e presidenciais em 1994, o novo quadro constitucional democrático está quase acabado, faltando apenas, para a sua instituição definitiva, uma nova revisão constitucional que adapte o capítulo do poder local ao espírito de um Estado de Direito unitário e descentralizado e permita a instituição das verdadeiras autarquias locais com a realização das correspondentes eleições.

1.5.4 Lei Constitucional 1\95 de 01 de dezembro

A revisão constitucional de 1995 tem como objetivo alterar as normas sobre o poder local que, inicialmente, a Constituição previa a existência de estruturas administrativas regionais e locais controladas pelo Estado. Esse modelo não foi alterado com as revisões de 1991 e 1993.

Essa revisão alterou totalmente o Capítulo IV do título III, respeitante ao poder local.

Todos os catorze artigos foram modificados de modo a acentuar a emergência de verdadeiras autarquias locais, sempre no quadro de uma estrutura Unitária do Estado.

²⁰ Lei n°1\1993 de 26 de Fevereiro, Edições-ANP, INACEP: 1993, p.10.

²¹ Lei n°1\1993 de 26 de Fevereiro, Edições-ANP, INACEP: 1993, p.10-11.

Num Estado de Direito Democrático deverão existir autarquias locais, autônomas perante o Estado e com órgãos eleitos pela população interessada. Essa revisão consagraria a existência de três categorias de autarquias locais: municípios, sessões autárquicas e juntas locais (art.107 e seguintes).

- Municípios - cujos órgãos representativos são a Assembléia Municipal e a Câmara Municipal, sendo esta última o órgão executivo;
- As Secções Autárquicas, cujos órgãos representativos são a Assembléia da Secção e Comissão de Secção, sendo também esta última o órgão executivo;
- Juntas locais - cujos órgãos representativos são Assembléia de moradores e a comissão diretiva de moradores, sendo esta, da mesma forma que as outras duas, o órgão executivo.

Convém salientar que essa revisão pecou por excesso, ao consagrar um modelo demasiadamente ambicioso, que tem permanecido na gaveta, sem qualquer aplicação, pois, até a presente data, ao contrário do que está prevista na Constituição da República, nunca houve a realização de eleições autárquicas, e todo esse capítulo referente ao poder local permanece na realidade intacto, ou seja, a estrutura continua a funcionar da mesma forma que funcionava antes dessa revisão, como se não tivesse havido qualquer reforma nesse sentido.

1.5.5 Lei Constitucional 1\96 de 27 de novembro

A revisão constitucional de 1996 também teve um objetivo determinado: a integração na União Económica e Monetária da África Ocidental (UEMOA) e, especificamente na moeda comum, o Franco da Comunidade Financeira Africana (FCFA).

Para o efeito dessa integração sub-regional, o Banco Central da Guiné-Bissau não mais poderia ter o poder exclusivo da emissão da moeda, nem a Assembléia Nacional Popular poderia ter a reserva de competência legislativa em matéria monetária, como era o caso na Constituição vigente, nos termos do art.13, nº2 e 86, alíneas d) e e) em que o Estado era detentor dos instrumentos de emissão monetária, moderava o comercio externo e controlava, por intermédio do Banco Central, as operações sobre ouro e divisas.

Em outubro de 1996, o PAIGC apresentou um projeto de revisão que revogava os referidos preceitos constitucionais. A oposição votou contra, impedindo assim a formação da maioria qualificada necessária.

Após a intervenção do Governo e do Presidente da República, o projeto de revisão acabaria por ser aprovado em Novembro de 1996.

Os retratos em seqüência, acabados de apresentar, transporta-nos por uma idéia de base que, segundo Emilio Kaft Kosta, a Constituição de 1984 é diferente em relação à atual de corpus e diferente de animus, considerando, por outro lado, que, na verdade, com essas revisões, houve uma descaracterização total e fundamental da Constituição-Matriz²².

No seu entendimento, foi superado o princípio do primado-exclusivismo do PAIGC, instalando-se, no seu lugar, o da livre Constituição de partidos políticos.

Com essas revisões, pode-se ver inaugurada na Guiné-Bissau a consagração constitucional do princípio da economia de mercado.

Pode-se ainda localizar no fraseado constitucional algum aprofundamento no respeitante aos direitos fundamentais.

Desde a abertura econômica até o empossamento dos titulares dos órgãos do poder, emergentes das eleições pluralistas de 1994, passando pela abertura política e pelo jogo político-partidário efetivado, desenhou-se um arco de transição.

Para Emilio Kaft Kosta, a transição constitucional ocorrida na Guiné-Bissau não foi tão somente uma nova página que se virou, mas um novo livro que se começou a escrever²³.

1.6 CARACTERÍSTICAS DA CONSTITUIÇÃO

Ainda que formalmente seja reconhecida como a Constituição da Guiné-Bissau a Constituição de 1984, com as revisões constitucionais de 1991 e 1993, se fomos comparar os dois textos, encontramos materialmente uma Constituição nova.

Relativamente à Constituição de 1984, consagra-se um novo tipo de Estado: o autocrático. Na versão de 1993, tem-se um regime de Estado de Direito. O regime

²² KOSTA, Emilio Kaft. **Constitucionalismo Guineense e os Limites Materiais de Revisão**. Lisboa, 1997., p. 250.

²³ KOSTA, Emilio Kaft. **Constitucionalismo Guineense e os Limites Materiais de Revisão**. Lisboa, 1997 p. 257.

político consagrado é a Democracia representativa, e o sistema de governo é o semipresidencial. A existência de vários partidos e uma nova realidade do sistema eleitoral.

No fundo, pode-se dizer que, com as referidas revisões, nasceu uma nova Carta Magna que, através de um processo de reforma da Constituição vigente, e não de ruptura, (portanto, respeitando as regras constantes no texto constitucional sobre a revisão), verificou-se o nascimento de uma nova Constituição material.

Com o advento do novo sistema, a Constituição pôde caracterizar-se como uma Constituição que acolhe e pretende consagrar um tipo histórico de Estado, subordinado ao Princípio do Estado de Direito na sua modalidade de Estado Social e Democrático.

1.6.1 Constituição do regime democrático

A Constituição da Guiné-Bissau, para além de ser uma Constituição de Estado de Direito, também pretende instituir um regime político democrático.

A opção por esse regime político é, desde logo, indicada no preâmbulo da Constituição, quando a Assembléia Nacional Popular aí se congratula pelo encetar de um processo de abertura democrática rumo à construção de uma sociedade pluralista, livre e justa.

Essa opção é confirmada nos primeiros artigos da Constituição, referentes aos princípios fundamentais do Estado, nos quais se proclama a adesão aos princípios de uma democracia constitucionalmente instituída e se qualifica a República da Guiné-Bissau como um republica Democrática (art.3º da CRGB).

No título respeitante aos direitos fundamentais, são consagrados os vários direitos políticos imprescindíveis à existência de uma vida democrática, como sejam, a liberdade de expressão (art.51), a liberdade de reunião e de manifestação (art.54), a liberdade de associação (art.55), a liberdade de imprensa (art.56), o direito de antena (art.57).

Toda a organização do poder político é estruturada em termos de democracia representativa, com a exigência de uma legitimidade democrática como fundamento do exercício do poder político, legitimidade concretizada especialmente na eleição direta do Presidente da República e da ANP e na garantia constitucional do

sufrágio universal, livre, igual, direto, secreto e periódico na escolha daqueles titulares do poder político.

No que se refere à garantia da existência de um regime político democrático, mesmo com eventuais futuras revisões constitucionais, a atual Constituição manifesta claramente as suas cláusulas pétreas em defesa da democracia, pois, no art. 130, alíneas h) e g), considera como limites materiais de revisão o princípio do sufrágio universal, direto, igual, secreto e periódico na designação dos titulares de cargos eletivos nos órgãos de soberania, e o princípio do pluralismo político e de expressão, a existência de partidos políticos e o direito de oposição democrática.

1.6.2 Constituição de um Estado Unitário

A Guiné-Bissau é um Estado unitário, conforme proclama o art. 1º da Constituição. Há unidade do poder político e um só sistema de órgãos de soberania. A Constituição prevê a existência de autarquias locais que, todavia, não põem em causa a forma do Estado.

De fato, o art. 7º abre apenas uma possibilidade de descentralização administrativa, pela criação de autarquias locais, com órgãos dotados de autonomia, cujos titulares são eleitos pelas populações interessadas. *No quadro da estrutura unitária e da realização do interesse nacional, o Estado da Guiné-Bissau promove a criação e apoio à ação de coletividades territoriais descentralizadas e dotadas de autonomia, nos termos da lei*²⁴.

Porém, toda a parte da Constituição referente ao “Poder Local”, ou seja, todo o capítulo VI do título III, mesmo depois das revisões de 1991 e 1993, permanece tributária da concepção soviética de integração dos chamados órgãos do poder local no poder estatal unitário, conforma reza o art. 105 da Constituição: *A organização do poder político do Estado compreende a existência das autarquias locais, que gozam de autonomia administrativa e financeira*²⁵.

Para Felipe Falcão Oliveira, apesar de o art.107, nº3 afirmar que “nas grandes áreas urbanas e nas ilhas, a lei poderá estabelecer, de acordo com as suas condições específicas, outras formas de organização territorial autárquica, bem como outras subdivisões administrativas autônomas” de tal forma, resulta apenas a

²⁴ Lei nº196 de 27 de Novembro. Edições-ANP, INACEP: 1996, p.9.

²⁵ Lei nº196 de 27 de Novembro. Edições-ANP, INACEP: 1996, p.41.

possibilidade de novas formas de descentralização administrativa. Admitiu, contudo que se pode pensar na introdução de autonomia alargada, no contexto de um Estado unitário, para certas regiões, mas o aprofundamento da autonomia deve passar prioritariamente pela criação de autarquias locais²⁶.

Ora, tal concepção é, por um lado, contraditória com o princípio constitucional da descentralização e autonomia das coletividades territoriais e, por outro, na medida em que, em nível local, tais órgãos são concebidos como instâncias locais de concentração dos poderes do Estado, dificilmente se compatibilizam com o princípio da separação de poderes e com os quadros de um Estado de Direito.

Através da revisão Constitucional que veio a concretizar-se em 1996, foi adaptado o capítulo referente ao poder local, instituindo, como havíamos dito anteriormente, três tipos de autarquias locais, a saber: municípios, secções autárquicas e juntas locais, previstas no art.106, 1.

Convém salientar que, embora prevista constitucionalmente, o projeto referente às autarquias locais permanece intacto na gaveta, e, até a presente data, não houve qualquer manifestação no sentido de completar o quadro constitucional através da realização de eleições autárquicas na Guiné-Bissau.

A previsão constitucional desse tipo de órgãos, (na pratica, existentes, mas não efetivados), constitui um obstáculo aos esforços de racionalização e modernização da administração pública Guineense.

²⁶ OLIVEIRA, Felipe falcão. **Direito Publico Guineense**. Edições Almedina SA, Coimbra, pp.202-203.

CAPÍTULO 2 – REGIME JURIDICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Às normas constitucionais de direito fundamental é reservado um regime jurídico especial, inclusive em relação às demais normas constitucionais.

Dada a preocupação natural, em regime democrático, com direitos fundamentais, a jurisprudência e a doutrina construíram progressivamente mecanismos de proteção e efetivação especiais para as normas a ela pertinentes. Trata-se, por exemplo, da proibição de afetação do núcleo essencial, do apelo ao princípio da proporcionalidade, da proibição ao retrocesso e o princípio da concordância prática.

Na Constituição Guineense de 1973, ao contrário do que se verificou nas Constituições seguintes, não se encontra nenhuma cláusula expressa de funcionalização do exercício dos direitos fundamentais aos objetivos definidos pelo poder político. Contudo, prevê, no seu art. 22, *a privação dos direitos políticos e liberdades fundamentais aos que pela sua ação atentem contra ao princípio da unidade Guiné-Cabo-Verde ou favoreçam ao colonialismo, imperialismo, racismo ou ao tribalismo. Serão privados do exercício dos direitos políticos e liberdades fundamentais do cidadão.*

Ainda assim, a inspiração soviética está presente na tônica que é colocada nos direitos sociais, nos direitos de participação na vida do Estado e da sociedade, no quadro já referido de um partido único e nos deveres do cidadão, relativamente ao pouco relevo e desenvolvimento que é concedido, na Constituição, aos direitos civis e políticos e às liberdades negativas.

A Constituição de 1984, no seu título II sobre direitos, liberdades, garantias e deveres fundamentais apresenta uma evolução sensível.

Assim, desaparece a referência à Declaração Universal dos Direitos do Homem, o que pronuncia o desaparecimento do caráter compromissário que se verifica na Constituição de 1973²⁷.

²⁷ Tal referencia constante prevista no artigo 11 da Constituição de 1973, reza o seguinte: *O Estado, de acordo aos princípios fundamentais da Declaração Universal dos Direitos do Homem e com os objetivos revolucionários e democráticos da presente Constituição, garante direitos fundamentais, cuja realização visa a formação da personalidade e do desenvolvimento da sociedade. O Estado cria as condições políticas, económicas e culturais necessárias para que os cidadãos possam gozar efetivamente dos seus direitos e cumprir integralmente as suas obrigações.*

Desaparece, ainda que compreensivelmente, dada as circunstâncias, a cláusula de equiparação dos originários de Cabo-Verde aos cidadãos Guineenses para efeitos de gozo de direitos e de direito à cidadania.

Por fim, há, em termos formais, um tratamento mais cuidado e desenvolvido, como é próprio de uma Constituição de um Estado já perfeitamente institucionalizado, quer dos direitos civis, quer dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Alexandre de Moraes considera que, para a efetivação desses direitos, é indispensável a proteção judicial. Daí a seguinte observação:

[...] a constitucionalização dos direitos humanos fundamentais não significa a mera enunciação formal de princípios mas a plena positivação de direitos, a partir dos quais qualquer indivíduo poderá exigir sua tutela perante poder judiciário para a concretização da democracia. Ressalte-se que a proteção judicial é absolutamente indispensável para tornar efetiva a aplicabilidade e o respeito aos direitos humanos fundamentais previstos na Constituição Federal e no ordenamento jurídico em geral²⁸.

Refletindo a consciência dos problemas da teoria liberal – sua relativa cegueira frente aos pressupostos sociais da realização da liberdade dos direitos fundamentais – proporciona uma solução positiva mediante a fixação do compromisso do Estado social como “um princípio” constitucional vinculante e coordenado com o Estado de Direito. Com isso, a Constituição atribui ao Estado uma responsabilidade para a busca e o asseguramento dos pressupostos sociais necessários à liberdade dos direitos fundamentais. O Estado fica obrigado a intervir no curso das condutas sociais livres, para a permanente relativização das desigualdades sociais, sempre renovadas na sociedade e também na direção global do desenvolvimento e do bem-estar sociais, como bases da liberdade para todos. Para a garantia dos direitos fundamentais, isso significa que se incrementam as competências de regulação e intervenção do Estado. O compromisso do Estado se mostra como título jurídico para compatibilizar a liberdade de direitos fundamentais de um, não só com a liberdade juridicamente igual do outro mas também com sua possibilidade de realização, pondo, assim, medida e limite à sua execução.

Segundo Alexandre de Moraes, enquanto *os direitos humanos fundamentais constituem o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano, que tem*

²⁸ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 1998, p.21

por finalidade básica o respeito à sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana, os direitos sociais se enquadram mais na categoria daqueles que visam ao estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.

2.1 APLICABILIDADE IMEDIATA DAS NORMAS DEFINIDORAS DE DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

A vigência dos direitos fundamentais como direitos diretamente aplicáveis é refere-se à própria garantia desses direitos, tal como se encontra expressamente fixada na Lei fundamental. Todavia, sua forma lapidar e sintética de preceitos de princípio, que carecem de um sentido material unívoco, coloca problemas especiais de interpretação. Para garantir sua aplicabilidade direta, a interpretação aí não pode ser simplesmente explicativa, mas há de ser preenchedora, adquirindo, por vezes, a forma de um deciframento ou concretização. E, para que assim seja necessário, se faz que adote o intérprete ou aplicador uma determinada “teoria de direitos fundamentais”, que, por sua vez, estará ligada a uma determinada “concepção de Estado” e a uma determinada “teoria da Constituição”.

A Constituição da Guiné-Bissau prevê expressamente no seu art. 30, nº 1, que *“os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”*²⁹.

Em respeito a esse princípio, independentemente do que os constitucionalistas quiseram ponderar, os operadores do Direito não podem comprometer-se com interpretação que retire todo o sentido útil ou a eficácia normativa do referido dispositivo constitucional, o que seria contrário ao princípio hermenêutico conhecido e ao princípio da efetividade, orientador da interpretação da Constituição. É apropriado aqui reiterar as lições de Konrad Hesse, para quem, na solução de problemas jurídicos, *deve ser dada preferência àqueles pontos de vista que, sob os respectivos pressupostos, proporcionem às normas da Constituição força de efeito ótima*³⁰.

²⁹ Lei nº1\96 de 27 Dezembro . Edições – ANP, INACEP:1996, p.16.

³⁰ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da Republica Federal da Alemanha**. Porto: Alegre: Fabris, 1998, p. 68.

Não se pode olvidar da importância dos princípios orientadores da interpretação da Constituição. Apenas estes fornecem parâmetros de maior objetividade para interpretação da Constituição, evitando que esta fique inteiramente entregue à subjetividade do intérprete, o que reduz sensivelmente o risco do arbítrio.

Portanto, por força do princípio da efetividade, é inaceitável interpretação que negue qualquer eficácia ao referido dispositivo constitucional.

Na ausência de regulação legislativa, caberia aos juízes realizar a intermediação necessária entre a previsão normativa constitucional abstrata e o mundo concreto, desenvolvendo e efetivando a norma de direito fundamental.

Na prática, pouca atenção costuma ser dada ao problema, e os tribunais tendem a variar, casuisticamente, alternando-as, de caso em caso. Por isso, é importante que se tome consciência do nexos necessário que existe entre a teoria subjacente e a interpretação dos direitos fundamentais, atentando-se para suas inevitáveis conseqüências e implicações.

Para que se tenha uma idéia das implicações diferenciadas, basta lembrar que, para a teoria liberal, os direitos fundamentais são direitos de liberdade frente ao Estado, frente à ameaça estatal. Isso significa que a competência do Estado frente à esfera de liberdade do indivíduo está limitada por princípio, existindo apenas para fins de garantia e regulação, pois o direito fundamental não é constituído pelo Estado, ao contrário, precede a ele. Como tal, toda a normatização por parte do legislador é limitada, pois não pode fixar limites ou conteúdos aos direitos fundamentais; ao contrário, a lei é que recebe os limites e o conteúdo desses direitos fundamentais. Modernamente se deu uma nova dimensão a esse entendimento, surgindo daí o chamado “princípio da proporcionalidade” a que ficam subordinadas quaisquer limitações aos direitos fundamentais.

2.1.1 O Princípio da aplicabilidade imediata no sistema Brasileiro e Português

A Constituição Federal Brasileira de 1988, além de introduzir mecanismos de controle, priorizando a busca em assegurar ampla efetividade aos preceitos constitucionais, acabou também por consagrar o princípio constitucional inédito na história brasileira - o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, previsto no parágrafo 1º do seu art. 5º. O referido

dispositivo estatui que *as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*.

De acordo com o referido princípio, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais se aplicam imediatamente. Isso significa desde logo, os poderes públicos como destinatários dos princípios consagrados na Constituição ficam obrigados a conferir efetividade às normas constitucionais e, conseqüentemente, efetivar os direitos e garantias fundamentais.

Isso implica limitar a zona de discricionariedade de tais poderes, quando se trata da aplicação e de cumprimento de qualquer direito ou garantia de caráter fundamental.

Paulo Pimenta considera que esse princípio deve ter um alcance amplo, abrangendo qualquer dispositivo definidor de direito ou garantia fundamental, mesmo que não seja incluído no art. 5º da Constituição Federal. Com efeito, a interpretação constitucional deve buscar os valores incorporados na Constituição real, o que deve ocorrer inclusive com a aplicação direta dos direitos e garantias inseridos no plano da Constituição jurídica³¹.

Quanto à sua finalidade, assegura que *o aludido princípio busca assegurar a força vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, ou seja, objetiva tornar tais direitos prerrogativas, diretamente aplicáveis pelos poderes legislativo, executivo e judiciário*³². Isso significa que tais direitos e garantias têm força vinculante.

Por seu lado, José Afonso da Silva mostra-se cético quanto a esse princípio, declarando que *a eficácia e aplicabilidade das normas que contêm os direitos fundamentais* dependem muito do seu enunciado, pois se trata do assunto que está em função do direito positivo. A Constituição é expressa sobre o assunto, quando estatui que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Mas o certo é que isso não resolve todas as questões, porque a Constituição faz depender da legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais e coletivos, disciplinadas do art.6º a 11, enquadrados entre os direitos fundamentais³³.

Em face dessas normas, o conceituado constitucionalista questiona qual o valor do disposto no parágrafo 1º do art.5º, que declara a aplicabilidade imediata dessas

³¹ PIMENTA, Paulo. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas**. São Paulo: Max Limonad, 1999, p.188.

³² PIMENTA, Ob. Cit. p.188

³³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: RT, 1990, p.161.

normas. Para responder, admitiu, em primeiro lugar, que significa que elas são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Em segundo lugar, significa que o poder judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas contidas, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes.

Segundo Paulo Pimenta, essa questão pode perfeitamente ser dirimida através dos remédios jurídicos constitucionais destinados à efetivação dos direitos e garantias fundamentais. Assim, na hipótese de falta de eficácia de alguma norma definidora de direito ou garantia fundamental, esta poderá ser efetivada, no caso concreto, através dos remédios constitucionais que são o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão³⁴.

Jorge Miranda considera que a ação imediata dos princípios consiste, em primeiro lugar, em funcionarem como critérios de interpretação e de integração, pois conferem coerência geral ao sistema. Exercendo ainda uma função prospectiva, dinamizadora e transformadora em virtude da força expansiva que possuem³⁵.

Segundo lições de José Joaquim Gomes Canotilho³⁶, esse princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais.

Esse princípio há de se expandir por todo texto constitucional. O que significa que, onde se encontre um preceito definidor de direito ou garantia fundamental, estará delineado o campo de incidência do princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

Nesse sentido, Canotilho considera que compete ao legislador, como destinatário dessas normas:

- Proceder em tempo razoável útil à sua concretização, sempre que esta seja necessária para assegurar a exequibilidade de normas, sob pena de inconstitucionalidade por omissão;

³⁴ PIMENTA, Paulo. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas**, São Paulo: Max Limonad, 1999, p.189

³⁵ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, tomo II, pp. 226-227.

³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, 3 ed., Coimbra, Almedina, 1998, p.1149.

- Mover-se no âmbito desses direitos, sendo-lhe vedado que, a pretexto da concretização de direitos por via legal, opere uma redução da força normativa imediata dessas normas, trocando-a pela força normativa da lei;
- Não emanar preceitos formais ou materialmente incompatíveis com essas normas³⁷.

Para ele, a força dirigente e vinculante do princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais impõem como necessário:

- Pôr em relevo a cláusula da vinculação do legislador e outros órgãos com competência normativa, para que exista o dever do legislador de se mover no âmbito dos direitos fundamentais;
- Acentuar a cláusula da diretividade ou força vinculante dos direitos fundamentais que, assim, fornecem diretivas e estímulos materiais para a sua densificação através de regulação normativa;
- Realçar a cláusula da exeqüibilidade ou realizabilidade que impõe ao legislador a edição de normas que dêem exeqüibilidade prática aos direitos garantidos na Constituição³⁸.

Por sua vez, compete aos órgãos jurisdicionais interpretar os preceitos constitucionais consagradores de direitos e garantias fundamentais, na sua aplicação em casos concretos, de acordo com o princípio da efetividade ótima e densificar tais preceitos, de forma a possibilitar a sua aplicação imediata nos casos de ausência de leis concretizadoras.

No que respeita ao governo e à administração, incumbe-lhes um importante papel na tarefa de concretização dos direitos fundamentais, tendo em vista que, no exercício de sua competência planificadora, regulamentar, fornecedora de prestações, os órgãos da administração e do governo desenvolvem tarefas de realização de direitos fundamentais.

A mesma preocupação quanto ao referido princípio é apresentada pela Constituição Portuguesa, que disciplina a força jurídica dos direitos, liberdades e garantias, no art. 18, prevendo no seu nº1: *os preceitos constitucionais respeitantes aos*

³⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, 3 ed., Coimbra, Almedina, 1998, p.461

direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam às entidades públicas e privadas.

Dispositivos da espécie não deixam, porém, de ser paradoxais, uma vez que toda norma constitucional, independentemente de seu conteúdo, contém por sua própria força normativa, a pretensão de efetivar-se.

Para José Carlos Vieira de Andrade, o n.º 1 do art.18 da Constituição Portuguesa autorizaria o juiz a proceder a intermediação necessária para a aplicação imediata dos direitos, liberdades e garantias, quando ausente Lei regulamentadora:

Assim, nos termos do n.º 1 do art. 18, os preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantias são imediatamente aplicáveis, o que pressupõe que seu conteúdo é ou deve ser concretizado ao nível da Constituição, em última análise, por intermédio de uma interpretação criadora. Não necessitam de uma mediação legislativa e não dependem, nem podem depender, por isso, das opiniões ou opções das leis ordinárias³⁹.

Segundo Vieira de Andrade, tal posicionamento é depois reiterado nos seguintes casos:

Em primeiro lugar, no caso de não existir legislação sobre a matéria ou se esta não for suficiente, em situações, portanto, de falta de lei. Nesse caso, o princípio da aplicabilidade imediata vale como indicador de exequibilidade imediata das normas constitucionais, presumindo-se a sua perfeição, isto é, a auto-suficiência baseada no caráter líquido e certo do seu conteúdo. Aqui ficam, pois, incluídos o dever dos juizes e dos demais operadores jurídicos de aplicarem os preceitos constitucionais e a autorização para com esse fim os concretizarem por via interpretativa⁴⁰.

Importa frisar, todavia, que os *direitos, liberdades e garantias* do Título II da Constituição Portuguesa não compreendem “os direitos económicos, sociais e culturais” incluídos no seu título III. A regra da aplicabilidade imediata não se dirige a esses, pois, segundo lições de Vieira de Andrade, “em matéria de direitos, liberdade e garantias e direitos análogos, as entidades fiscalizadoras – os tribunais oferecem um conjunto de garantias de imparcialidade e de vinculação ao Direito – devem dispor de liberdade necessária à concretização desses direitos, desde que consigam referir material e racionalmente à Constituição as regras descobertas”.

³⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987, p.140.

⁴⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987, p. 256-257.

Já não terá de ser assim quanto aos preceitos relativos aos outros direitos fundamentais para os quais a Constituição não prescreve em geral o regime de aplicabilidade imediata.

A interpretação propugnada por João Pedro Gebran Neto para o parágrafo 1º do art. 5º da Constituição Brasileira leva a efeitos práticos semelhantes àqueles defendidos pelo constitucionalista Português.

Para o referido autor, o dispositivo em questão autorizaria o juiz a suprir as eventuais omissões legislativas para a aplicação imediata das normas de direito fundamental.

Contudo, ele reconhece que tal interpretação acarreta dificuldades de difícil transposição para grande parte dos direitos fundamentais da Carta Constitucional, principalmente para os que têm por objeto prestações estatais de conteúdo material. Para contorná-las, argumenta que a regra da aplicabilidade imediata refere-se, em virtude de sua localização topográfica, tão-somente aos direitos fundamentais arrolados no art. 5º da Constituição, em sua maioria composta de liberdades, direitos de defesa e de participação. A interpretação, conquanto restritiva do âmbito de abrangência da regra de aplicabilidade imediata, atribui a máxima eficácia ao mandamento constitucional. O julgador estaria, portanto, obrigado a conferir aplicabilidade imediata a todas as normas de direito fundamental do art. 5º da Constituição Brasileira, independentemente de regulação legislativa.

Segundo Sérgio Fernando Moro, a interpretação tem a vantagem de tornar desnecessária qualquer ponderação do bem ou interesses envolvidos para a aplicabilidade imediata dos direitos arrolados no art. 5º da Constituição Brasileira. Considerando, por outro lado, que permitiria certa flexibilização no tocante ao desenvolvimento e efetivação de normas de direitos a prestações materiais, por estas estarem, em sua maioria, fora do catálogo do art.5º, o que é justificável à medida que oferecem maiores dificuldades nessa seara, sem, entretanto, retirar a obrigação do interprete de conferir-lhes a máxima efetividade, o que decorreria do próprio princípio da efetividade⁴¹.

A conjugação desses textos reforça a mesma preocupação compartilhada pela Constituição Brasileira de 1988, que é de viabilizar a força vinculante dos direitos fundamentais.

⁴¹ MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais**. Sao Paulo: Max Limonad, 2001, p. 73.

De fato, conjugados esses preceitos de direito comparado, percebe-se que o princípio constitucional consagrado no art. 5º, parágrafo 1º da Constituição Brasileira, ao ressaltar que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, intenta assegurar a força vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, ou seja, objetiva tais direitos como prerrogativas diretamente aplicáveis pelos poderes legislativo, executivo e judiciário.

Isto significa que tal princípio investe os poderes públicos na atribuição constitucional de promover as condições para que os direitos e garantias fundamentais sejam reais e efetivos.

2.1.2 Direitos implícitos

O parágrafo 2º do art. 5º da Constituição Brasileira prevê que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Norma semelhante se encontra no art.29, nº1 da Constituição da República da Guiné-Bissau, bem como da Constituição Portuguesa no seu art.16, nº. 1⁴².

Pelo que dele se depreende, a enumeração de direitos na Carta Constitucional não excluiria outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou seja, dos direitos implícitos.

A questão que inicialmente se coloca é se esses direitos poderiam ser reconhecidos por decisões judiciais ou se haveria reserva legislativa nessa matéria.

Entretanto, Sergio Fernando Moro revela destacar o reconhecimento da existência de direitos não-enumerados e a competência do judiciário para declará-los ou construí-los a partir do texto constitucional.

Segundo ele, a norma prevista na primeira parte do parágrafo 2º do art. 5º da Constituição Brasileira poder-se-ia atribuir às mesmas conseqüências. Tanto o judiciário Brasileiro, Guineense ou Português bem como os seus respectivos legisladores estariam

⁴²A Constituição da Guiné-Bissau consagra no seu art.29: 1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das demais leis da Republica e das regras aplicáveis de direito internacional.

Art.16 da Constituição portuguesa: 1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional.

autorizados a reconhecer outros direitos fundamentais além daqueles contemplados expressamente na Constituição, decorrentes do regime ou dos princípios por ela adotados.

Em sua opinião, o intérprete estaria obrigado a extrair direitos não-enumerados do texto constitucional, inclusive de dispositivos que veiculam princípios ou programas para os poderes públicos.

A autorização para a criação judicial de novos direitos, conquanto cautelosa, representa o relevante papel para o desenvolvimento e efetivação das normas constitucionais.

Ora, o disposto na primeira parte do parágrafo 2º, do art.5º, autoriza o julgador extrair dos princípios ou programas a regra que regulará o caso concreto, realizando a intermediação necessária para a sua aplicação imediata, não sendo necessário para isso, aguardar a intermediação legislativa.

Tal atividade está autorizada no âmbito específico de trabalhos das Cortes, ou seja, resolver casos concretos, declarando direitos e obrigações decorrentes das normas jurídicas, seja qual for a espécie destas.

Sergio Fernando Moro admitiu que, diante da ausência de Lei, os juizes devem realizar a intermediação necessária, recorrendo a outras fontes além do texto constitucional, a fim de tornar a norma imediatamente aplicável ao mundo dos fatos. Com essa afirmação, ele pretende demonstrar que todas as normas constitucionais, seja qual for a sua natureza, podem e devem ser invocadas pelos juizes como fundamento das suas decisões.

Para ele, essa posição tem a vantagem de evitar a difícil classificação abstrata das normas constitucionais quanto à eficácia ou aplicabilidade, tornando todas invocáveis para solução de casos concretos.

Sergio Moro afirmou por outro lado que essa posição, não quer defender que não existem limites ao desenvolvimento e efetivação dessas normas, mas tais limites, porém, não decorrem principal e exclusivamente da classificação da norma constitucional de acordo com a técnica de positivação adotada pelo constituinte. Garantiu que os limites decorrem do sistema constitucional de divisão de competências, em que tanto o juiz como o legislador têm o dever de desenvolver e efetivar a

Constituição. Contudo, aos primeiros, dada a especificidade de seu ofício, são impostas algumas barreiras no exercício da sua função⁴³.

2.2 DIREITOS SOCIAIS

A doutrina reconhece três gerações dos direitos fundamentais: a primeira, consubstancia as liberdades públicas; a segunda dá enfoque especial aos direitos sociais; já a terceira diz respeito aos chamados direitos de solidariedade ou fraternidade.

De fato, apesar de muitas lutas dos cidadãos, principalmente da classe trabalhadora, após décadas de sacrifícios, o êxito foi alcançado com a incorporação dos direitos à legislação. Apesar de tudo, ainda hoje, diversas dessas prerrogativas não são executadas, o que revela a necessidade de medidas sancionadoras.

Segundo Luiz Alberto Gurgel de Faria:

[...] trata-se de uma serie de direitos, também chamados de direitos econômicos, sociais e culturais, entre os quais podem figurar o direito às condições justas de trabalho e à proteção contra o desemprego, os direitos a um nível digno de vida no tocante à alimentação, ao vestuário, à moradia, à assistência médica, e os direitos de seguridade social em casos de acidente, enfermidade, invalidez, velhice, ou outros casos de perda dos meios de subsistência por circunstâncias independentes da vontade da pessoa, e o direito à educação, etc. Os chamados direitos sociais (e econômicos e culturais) têm por objetivo atividades positivas do Estado, do próximo e da sociedade para oferecer ao homem certos bens e condições de vivência digna. Em contraste com os chamados direitos individuais, cujo conteúdo é ‘um não fazer’, um ‘não violar’, um ‘não prejudicar’, por parte das demais pessoas e, sobretudo, das autoridades públicas, o conteúdo dos direitos sociais consiste em ‘um fazer’, um ‘contribuir’, um ‘ajudar’, por parte dos órgãos estatais⁴⁴.

Vale destacar que os direitos sociais não se restringem às prerrogativas conferidas ao trabalhador. Embora tenha sido a classe operária aquela a conquistar a atenção dos governantes para a concessão de direitos em foco, eles não se limitam à atividade laboral.

Na Guiné Bissau, a Constituição da República, no seu art.15, reconhece como um dos fundamentos do Estado a saúde pública, que deve orientar-se para a

⁴³ MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais**. Sao Paulo: Max Limonad, 2001, pp.80-81.

⁴⁴ FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. **Controle da Constitucionalidade na omissão legislativa: instrumentos de proteção judicial e seus efeitos**. Curitiba: Juruá, 2001, p.39.

prevenção e visa à socialização progressiva da medicina e dos setores médico-medicamentosos:

Art. 15: A saúde pública tem por objetivo promover o bem-estar físico e mental das populações e a sua equilibrada inserção no meio socio-ecológico em que vivem. Ela deve orientar-se para a prevenção e visar à socialização progressiva da medicina e dos setores médico-medicamentosos⁴⁵.

A Constituição reconhece e assegura a proteção da família (art.26), nos arts. 45 e seguintes traça o elenco dos direitos dos trabalhadores (liberdade sindical, direito à greve, a saúde, proteção e segurança do trabalhador, previdência social, proteção à maternidade e à infância), e, no art. 49, vem disciplinado o direito à educação:

Art. 26: 1. O Estado reconhece a constituição da família e assegura a sua proteção.

Art.49: 1. Todo o Cidadão tem o direito e o dever de educação.

2. O Estado promove gradualmente a gratuidade e a igual possibilidade de acesso de todos os cidadãos aos diversos graus de ensino⁴⁶.

Ao estudar especificamente os direitos fundamentais na estrutura da Constituição, Ernst Wolfgang Bockenforde faz a seguinte afirmação:

[...] Se a liberdade jurídica deve poder converter-se em liberdade real, seus titulares precisam de uma participação básica nos bens sociais materiais, e essa participação nos bens materiais é uma arte da liberdade, dado que é um pressuposto para a sua realização. Os direitos fundamentais sociais tendem ao asseguramento dessa participação nos bens materiais: o direito ao trabalho, à habitação, à saúde, à educação, etc.⁴⁷.

Há de se ressaltar que, segundo ele, o problema não se restringe na desconexão entre disposições constitucionais e o comportamento dos agentes públicos e privados, ou seja, não é uma questão simplesmente de eficácia como direcionamento normativo-constitucional da ação. Ele ganha relevância ao nível da vigência social das normas constitucionais escritas, diante da falta da normatividade da Constituição.

Segundo lições de Jorge Hage, os direitos sociais, assim como os direitos de liberdade, dirigem-se ao Estado, mas aqui o Estado não é destinatário de uma pretensão de não-intervenção, e sim de uma pretensão de realização.

⁴⁵ Lei nº1\96 de 27 de Novembro. Edições-ANP, INACEP: 1996, p.11.

⁴⁶ Lei nº1\96 de 27 de Novembro. Edições - ANP, INACEP: 1996, p. 14-22.

⁴⁷ BOCKENFORDE, Ernst Wolfgang. **Escritos sobre Derechos Fundamentales**. Tradução de Juan Luis Requejo Pajés e Ignacio Villaverde Menéndez, 1. Aufl., Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 1993, p.74.

Ocorre que resta a questão de saber como enquadrar a idéia desses direitos fundamentais sociais na estrutura de uma Constituição Democrática e fundada nos princípios do Estado de Direito. É muito comum a idéia de incluir, simplesmente, os direitos fundamentais sociais na Constituição, ao lado dos direitos fundamentais de liberdade, dotá-los da mesma aplicabilidade que têm estes e deixar o resto à concretização através do legislador, da administração e dos tribunais⁴⁸.

“A mera aparência se não forem precedidos por uma igualização das oportunidades decorrente de se garantirem a todos as condições mínimas de vida e de expansão da personalidade”. Foi dessa afirmação que Manoel Gonçalves Ferreira Filho sublinhou a importância das normas sociais, justificando por isso, a sua inserção, quer na Declaração Universal dos Direitos Humanos (Organização das Nações Unidas -1948) e no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Políticos (1966), quer nas Constituições modernas.

Ferreira Filho garantiu que, entre as normas constitucionais, algumas podem ter plena e imediata eficácia, outras devem ser disciplinadas por lei ordinária. Todavia, tanto essa regulamentação legal e a aplicação das suas disposições como a interpretação das normas auto-executáveis devem ser iluminadas pelos princípios consagrados na Constituição, os quais representam os fundamentos básicos para a realização dos postulados da justiça social, em consonância com a ordem econômica estabelecida. Admite, contudo, que cabe a esses princípios o comando da integração das normas jurídicas enunciadas, previstas ou possibilitadas no seu texto ao sistema ideológico da Constituição⁴⁹.

Washington Luiz da Trindade considera que as novas estruturas, para regras que comandam outras regras, foram editadas com poder de delinear o processo de convivência pacífica. É o primado de direito, formalmente entendido, como pensou Stamler, ou programaticamente visível nas fórmulas constitucionais, que busca solução para os imensos problemas sociais sem o sacrifício da pessoa humana.

De acordo com ensinamentos de Washington Trindade, o catálogo de normas programáticas, algumas com a sua eficácia contida, outras na dependência de projetos inconclusos, lembra os dias em que o operário, para alcançar o reconhecimento

⁴⁸ HAGE, Jorge. **Omissão inconstitucional e direito subjetivo**, Brasília: Brasília jurídica, 1999, p.59

⁴⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1971, p. 472.

de direitos humanos, de respeito à sua condição humana, recorria ao desespero de greves cruentas.

Na verdade, o ingresso de normas de direitos sociais nas Constituições foi um passo agigantado que vem salvar o homem, enquanto ser humano e enquanto trabalhador, no atendimento de suas necessidades, anseios e esperanças num modelo político de bem-estar para todos.

Segundo ele, *a Constituição Brasileira de 1988 elencou, com extrema minúcia, todas as aspirações sociais, visando à proteção de valores humanos indispensáveis ao bem-estar de todos, na proteção da saúde, da vida, da segurança dos trabalhadores*⁵⁰. Afirmando por outro lado que, “a questão operária” migrou para a Constituição, na defesa da saúde e da vida dos trabalhadores enquanto ser humano. Considera que regras importantes foram estereotipadas como avisos aos regulamentos infraconstitucionais, visando a atenuar, senão eliminar, os riscos de uma indústria insalubre e periculosa, plena de desconforto físico e psíquico.

Para Arnaldo Sussekind, o fim de desenvolvimento econômico deve ser a justiça social. Esta foi, aliás, a razão que levou a famosa Declaração de Filadélfia a ser adotada pela conferência internacional do Trabalho de 1944 e que, dois anos depois, passou a integrar a Constituição da OIT, reconhecendo que o desenvolvimento econômico é condição indispensável à consecução dos objetivos sociais. A Assembléia da ONU, ao aproveitar a estratégia do “Segundo Decênio das Nações Unidas para o desenvolvimento”, reconheceu que o fim último de desenvolvimento é o de proporcionar a todos maiores oportunidades para melhorar as condições de vida, mediante *transformações qualitativas e estruturais que devem caminhar paralelamente ao crescimento econômico*⁵¹.

Segundo Sussekind, foi essa proclamação que levou o então Diretor Geral da OIT a recordar que essa organização *sempre afirmou que o progresso social não é um obstáculo ao desenvolvimento econômico, nem um luxo reservado aos países prósperos, que gozam de relativa estabilidade e de certa maturidade política; ele é a finalidade mesmo do desenvolvimento econômico e um elemento vital do seu processo.*

Norberto Bobbio considera que o tremendo problema diante do qual estão hoje os países em desenvolvimento é o de se encontrarem em condições econômicas

⁵⁰ TRINDADE, Washington Luiz da. **As normas laborais nas Constituições Modernas**. Revista T&D nº15 de Dezembro de 1997, p. 31.

⁵¹ SUSSEKIND, Arnaldo. **Direitos Sociais na Constituinte**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 48.

que, apesar dos programas idéias, não permitem desenvolver a proteção da maioria dos direitos sociais⁵².

Como se sabe, a Guiné-Bissau se insere num contexto de países em vias de desenvolvimento, sendo que o grande universo dos direitos sociais se encontra disposto em normas programáticas, que estabelecem um plano constitucional a ser desenvolvido mediante legislação integrativa da vontade do constituinte e está contido em normas que, embora guardem “eficácia plena”, isto é, possam ser aplicadas de imediato, na prática, não se revestem de indispensável *eficácia social, na medida em que a própria Constituição prevê no seu art. 58 um regime jurídico para tais direitos: Em conformidade com o desenvolvimento do país, o Estado criará progressivamente as condições necessárias à realização integral dos direitos de natureza econômica e social reconhecidos neste título*⁵³.

Tomemos como exemplo os direitos formulados no art. 49, nº. 1 da Constituição da República da Guiné-Bissau: “*Todo o cidadão tem o direito e dever da educação*” - e no nº. 2 do mesmo preceito dispõe que *o Estado promove gradualmente a gratuidade e a igual possibilidade de acesso de todos os cidadãos aos diversos graus de ensino*.

Importa frisar que, para garantir o direito à educação, não basta, “iludir o povo com artigos da Constituição ou de leis”. A educação somente pode ser direito de todos se há escolas em numero suficiente, e se ninguém é excluído delas. Portanto, se há direito público subjetivo à educação, o Estado pode e tem de entregar a proteção educacional. Resolver o problema da educação não é fazer leis, ainda que excelentes, mas sim, é abrir escolas e zelar pelo seu regular funcionamento, tendo professores capacitados e admitindo alunos.

Embora positivados, os direitos sociais não vêm tendo a aplicabilidade necessária para garantir um padrão razoável de justiça social, como propugnado pela Constituição da República.

Paulo Lopo Saraiva, ao pugnar pela adoção de uma ação que possibilite a reversão desse quadro considera que *no que concerne às normas programáticas, de caráter social, é evidente a necessidade de se conferir ao ordenamento jurídico um meio eficaz, através do qual seja possível recomendar e exigir dos poderes competentes*

⁵² BOBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 5.ª reimpressão. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1996, p.45.

⁵³ Lei nº1\96 de 27 de Novembro. Edições-ANP, INACEP, 1996, p. 24.

*(Legislativo e Executivo) a planificação de, pelo menos, algumas normas de direito social*⁵⁴.

Importa referir que os direitos sociais não são de aplicabilidade imediata e eficácia plena. Os seus efeitos produzem-se imediatamente quanto aos órgãos políticos que, mesmo antes da emissão da norma integrativa que confere eficácia a essas normas ficam desde logo condicionadas a sua atuação, não podendo emitir leis que os contrariem, sob pena de serem declaradas inconstitucionais.

2.2.1 Direitos sociais no Brasil e em Portugal

A Constituição Brasileira preocupa-se com a eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais. Para tanto, preordenou alguns instrumentos, que visam à sua materialização, ou seja, a efetivação das normas definidoras de direitos, liberdade e garantias fundamentais.

O problema se situa basicamente no campo das normas referentes aos direitos sociais, especialmente às normas programáticas.

A Constituição Brasileira de 1934 recepcionou o constitucionalismo social de Weimar e introduziu no ordenamento jurídico brasileiro os direitos sociais, sob a designação de preceitos da legislação do trabalho, para melhorar as condições do trabalhador no capítulo da Ordem Econômica e Social. Foram incluídos nessa categoria de preceitos, dentre outros, o salário mínimo, o trabalho diário não excedente a oito horas, o repouso semanal, as férias anuais remuneradas, a indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa, a assistência médica ao trabalhador e à gestante (art. 121, § 1º, alíneas "b" a "h").

As Constituições Brasileiras de 1946 e 1967, nos arts.157 e 158, respectivamente, mantiveram o tema na Ordem Econômica e Social, com variações de conteúdo, como no acréscimo da participação nos lucros da empresa e, excepcionalmente, na gestão, segundo preconizou a Constituição de 1967, que substituiu a expressão "preceitos da legislação do trabalho" por "direitos assegurados aos trabalhadores".

A Constituição Brasileira de 1988 também acolheu um vasto leque dos direitos sociais nos seus títulos II e VIII, dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º e seguintes) e da ordem social (art.193 e seguintes). Os direitos sociais ficaram disciplinados entre os direitos e garantias fundamentais, abrangendo os direitos dos trabalhadores, a seguridade social, o lazer, a segurança, a saúde, assistência social, educação, cultura e desporto, ciência e tecnologia, comunicação social, meio ambiente,

⁵⁴ SARAIVA, Paulo Lopo. **Garantia Constitucional dos Direitos sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 83.

família, criança, adolescente, idoso e índios, prevendo assim o plano das suas configurações programáticas a serem efetivadas mediante legislação integrativa.

José Afonso da Silva entende que as normas que consubstanciam os direitos fundamentais individuais são de eficácia contida e de aplicabilidade imediata, enquanto os que definem direitos sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente. Mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada e aplicabilidade indireta⁵⁵.

Raul Machado Horta considera que a Constituição Federal de 1988 realiza a dicotomia entre Direitos Sociais e Direitos dos Trabalhadores, quando a solução lógica deveria ser a unificação da terminologia, de modo que os direitos dos trabalhadores se alojassem diretamente nos direitos sociais⁵⁶.

Com efeito, no art. 6º, a Constituição Federal declara que são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados. No art. 7º, a Constituição Brasileira enumera os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais.

Segundo Raul Machado Horta, a Constituição Portuguesa de 1933, produto do conservadorismo político e social, exilou do texto constitucional o conteúdo inovador dos direitos sociais e ignorou, de forma deliberada, a contribuição da Constituição de Weimar ao constitucionalismo social e à decorrente ampliação material da Constituição⁵⁷.

A Constituição Portuguesa de 1976 parece adotar um modelo socialista inspirado nos sistemas de bloco soviético, ao afirmar, logo no primeiro artigo, como meta “a transformação de Portugal numa sociedade sem classes (art.12)” e “a transição para o socialismo mediante a criação de condições para exercício democrático do poder pelas classes trabalhadoras” (art. 2º). Entre as tarefas fundamentais do Estado, cotava-se “abolir a exploração e a opressão do homem pelo homem” (art.9ºf) e que *o desenvolvimento do processo revolucionário impõe, no plano econômico, a apropriação coletiva dos principais meios de produção* (art. 10º).

A verdade é que este projeto socialista, segundo Felipe Falcão de Oliveira, não era levado até as últimas conseqüências:

⁵⁵ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo Malheiros, 2001, p.165.

⁵⁶ HORTA, Raul Machado. **Constituição, Direitos sociais e normas programáticas**. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, nº. 4, 1998, p. 10.

⁵⁷ Id Ibidem, p.8.

A Constituição de 1976 estava longe, mesmo na sua versão inicial, de constituir um texto comparável às Constituições dos estados do bloco soviético. Primeiramente, há que realçar que a Constituição consagrou plenamente os direitos, liberdades e garantias típicas do Estado de Direito, embora se lhe tivessem acrescentado os direitos económicos, sociais e culturais.⁵⁸

Em termos económicos, a Constituição afirmava claramente que:

[...] a organização económico-social da República Portuguesa assenta no desenvolvimento das relações de produção socialistas mediante a apropriação coletiva dos principais meios de produção e solos, bem como dos recursos naturais e o exercício do poder democrático pelas classes trabalhadoras (art. 80 da Constituição Portuguesa).

No entanto, mesmo na área económica, a Constituição Portuguesa ressalta o carácter compromissário da Constituição, uma vez que não deixou de reconhecer a propriedade privada (art.89) e a iniciativa económica privada (art. 85), embora vedasse o acesso desta aos setores básicos da economia.

No largo desenvolvimento que conferiu aos Direitos e Deveres Fundamentais, que ocupam a primeira parte do texto (arts. 12 a 79), a Constituição da República Portuguesa consagrou amplamente os direitos sociais, identificados no título dos Direitos, Liberdades e Garantias dos Trabalhadores, dividindo-os entre os títulos II e III, disciplinando os direitos e deveres económicos, direitos e deveres sociais, direitos e deveres culturais.

A Lei Constitucional n. 1, de 1982, que promoveu a primeira revisão constitucional, eliminou dos artigos 1º e 2º os propósitos mais radicais de *transformação numa sociedade sem classes e da transição para o socialismo*, substituídos pelos objetivos de Construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 1º); a realização da democracia económica, social e cultural (art. 2º) e absorveu a transição para o socialismo.

A revisão constitucional de 1982 veio acrescentar no capítulo referente aos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores um vasto leque dos direitos de proteção e segurança destes.

Os Direitos e Deveres Sociais, que tratam, especificamente, dos Direitos Sociais, separados dos Direitos Económicos, enunciam as regras da segurança social como direito de todos (art. 63), o direito à proteção da saúde e as tarefas do Estado no

⁵⁸ OLIVEIRA, Felipe falcão. **Direito Público Guineense**. Coimbra, Almedina, 2005, p.86-87

exercício dessa proteção (art. 64), o direito à habitação e o direito ao meio ambiente sadio, ecologicamente equilibrado, com as correlatas incumbências do Estado para assegurá-los (arts. 65/66).

No capítulo dos Direitos Sociais, a Constituição Portuguesa definiu a família como elemento fundamental da sociedade (art. 67), e as incumbências do Estado para sua proteção (art. 67, alíneas a à f; a paternidade e a maternidade (art. 68); a infância (art. 69); a juventude (art. 70); os deficientes (art. 71) e a terceira idade (art. 72).

Nos Direitos e Deveres Culturais, em referência destacada, está o direito à educação e à cultura, particularizando a atividade do Estado para assegurar o exercício desse direito. Prossegue a matéria constitucional, impregnada de normas programáticas, para dispor sobre o ensino (arts. 74/75), a Universidade (art. 76), a participação democrática no ensino (art. 77), a criação cultural (artigo 78), a cultura física e desporto (art. 79).

2.3 EXIGIBILIDADE DOS DIREITOS

O conceito de “direito subjetivo” tem sido objeto de largas discussões em termos de sua precedência, ou consequência, em relação ao direito “objetivo”.

Tércio Sampaio Ferraz Junior recorda as três principais teorias que historicamente procuraram explicar a noção do direito subjetivo⁵⁹: a teoria da vontade (de Windscheid), a teoria da garantia (de Thon) e a teoria do interesse (de Jhering). Esta última, certamente, é a que se mantém até hoje, com maior número de seguidores. Para os defensores dessa teoria, o direito subjetivo é o interesse juridicamente protegido.

É indispensável discernir, com precisão, entre as espécies normativas constitucionais, as que ensejam situações em que se pode vir a estar diante de um direito subjetivo constitucionalmente definido, a que corresponde, portanto, a um dever jurídico constitucional de prestação, positiva ou negativa da parte de outrem.

Como observa Canotilho, a maior parte da doutrina resiste, ainda, a reconhecer um direito subjetivo dos cidadãos à legislação, embora tenha de admitir a

⁵⁹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, p.146 e ss.

existência de um dever jurídico (de sede constitucional) para o legislador, no sentido de legislar para tornar exequíveis os comandos da Constituição.

Na opinião de Jorge Hage, fica difícil sustentar a “inexigibilidade” de um direito subjetivo à “legislação” quando, ante as chamadas “prestações positivas” do Estado, se torna mais patente que a omissão dessa norma infraconstitucional é impeditiva do exercício de um direito já concedido pela Constituição. Logo, estar-se-á, com tal omissão, inequivocamente ofendendo um direito, e tal ofensa ao direito, a toda evidência, não pode deixar de ser reconhecida como questão também jurídica (e não somente “política”) a merecer, assim, a correspondente tutela jurisdicional⁶⁰.

Gilmar Ferreira Mendes considera que *a adoção, pela Constituição Brasileira, de um instituto especial, destinado à defesa dos direitos subjetivos constitucionalmente assegurados contra a omissão do legislador, não dá ensejo a qualquer dúvida quanto à configuração de direito subjetivo público a uma ação positiva de índole normativa por parte do legislador*⁶¹.

Por sua vez, Gomes Canotilho, ao elencar suas teses finais em “Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador” concluiu, com acerto, que *as imposições constitucionais são ordens de atuação positivas dirigidas, sobretudo, ao legislador, no sentido de este emitir várias leis de execução, necessárias: à confirmação jurídica de situações de fato; à regulamentação de questões específicas; à criação de pressupostos necessários para a nova evolução do regime constitucional; à adoção das leis antigas aos novos princípios da lei fundamental*⁶².

Foi neste âmbito que sugeri a ampliação do tratamento de tais imposições para abranger um conteúdo também material, e não somente processual, de defesa contra omissões legislativas e advertiu que isso deve ser encarado como um processo e não como um ato isolado. Chama a atenção para o fato de que não se deve aceitar a idéia da Constituição como simples instrumento de governo, ou das normas programáticas como simples compromissos dilatórios. E daí parte para afirmar as teses mais significativas nesse particular: *Das várias propostas classificatórias das imposições constitucionais começa a tornar-se dominante a distinção entre as imposições legiferantes de caráter permanente e as simples ordens de legislar*, mas considera, contudo, que o problema da

⁶⁰ HAGE, Jorge. **Omissão inconstitucional e o direito subjetivo**. Brasília: Brasília Juridica, p.46

⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, p.292

⁶² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Coimbra editora, p.480.

vinculatividade específica das imposições constitucionais não deve dissolver-se no princípio geral da constitucionalidade dos atos do Estado e dos poderes públicos.

Para o constitucionalista Português, José Joaquim Gomes Canotilho, a delimitação da intensidade vinculativa das normas constitucionais impositivas implica a distinção entre imposições constitucionais e normas programáticas (essencialmente normas determinadoras dos fins do Estado e normas enunciadoras de tarefas estaduais):

*As imposições constitucionais são permanentes mas concretas; as normas determinadoras de tarefas ou definidoras de fins são permanentes mas abstratas. Em sua opinião, mesmo que se admita uma atuação judicial, não pode esconder-se a distância que vai desde a atualização concreta-individual pelo direito judicial a uma atualização abstrata-geral, típica do legislador.*⁶³

Canotilho, embora reconheça *as dificuldades jurídico-processuais e jurídico-políticas inerentes à defesa contra omissões normativas* reafirma, em essência, sua crença na exigibilidade dos direitos e nos remédios contra omissões, *indagando que a completa capitulação dos juristas perante os silêncios normativos não equivale a uma forma encapuçada de erosão da força normativa de direitos fundamentais constitucionalmente garantidos.*

Gomes Canotilho afirmou, com absoluta clareza e peculiar ênfase, que *a Constituição não confere direitos sem conteúdo e que nem os direitos que ela defere ficam na dependência do legislador ordinário.* E aí, a toda evidência não se trata de “norma-tarefa”, “norma-fim”, ou “norma programática”, mas sim, de “imposição constitucional”, para usar sua própria linguagem, ou simplesmente de um “direito fundamental”, da espécie “social” conferido aos cidadãos no título II da Constituição. Direitos esses, “dotados de força normativa autônoma contra ou na ausência do legislador”.

Segundo ele, não tem qualquer cabimento falar-se em “pretensão derivada da lei”, quando se está diante de um direito fundamental social conferido pela Constituição, pouco importa se no mesmo dispositivo do texto houve determinação ao legislador no sentido de que regulamentasse o exercício de tal direito. Uma coisa é criar e conferir o direito a alguém; outra posterior e autônoma é regulamentar as formas do

⁶³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador.** Coimbra: Coimbra editora, p.481.

exercício desse direito já conferido. Quando o constituinte assim procede, fá-lo, por certo, movido pela maior conveniência que apresenta uma regulamentação geral e uniforme para todos. Se, todavia, o legislador não cumpre a determinação constitucional, e o direito permanece sem regulamentação, não o deixa, por isso, de ser “direito” e, como direito subjetivo que é, não pode deixar de ser exigível judicialmente. Cabe, então, ao judiciário viabilizar o seu exercício, no caso concreto, independentemente da *interpositio legislatoris*.

Ernst Wolfgang Bockenforde considera que os direitos fundamentais sociais não podem fundamentar diretamente pretensões reclamáveis judicialmente, pois não representam direito imediato para os cidadãos quando estão apenas na Constituição, antes de sua conformação por parte do legislador⁶⁴. Tais direitos se dirigem com aplicabilidade imediata aos órgãos estatais de legislação e administração, aos quais obrigam a realização dos mandatos neles contidos. Isso não exclui que tenham proteção judicial quando, por obra do legislador ou de uma prática administrativa continuada, se haja originado determinada pretensão a um desses direitos, e o Estado os tente suprimir.

Por seu lado, Marcos Gómez Puente demonstra, em primeiro lugar, que a moderna doutrina constitucional, em todos os quadrantes, é, hoje, quase unânime em assinalar que a noção do direito fundamental tem um alcance duplo, por integrar dois elementos intimamente ligados: o elemento subjetivo do direito fundamental, que é a relação jurídica “direito-obrigação”, que liga o indivíduo ao Estado, e os elementos objetivos ou institucionais, que pretendem assegurar a efetividade do exercício daquele poder jurídico reconhecido ao indivíduo, ao tempo em que estabelece uma série de condições jurídicas e organizativas (ou institucionais) que o complementam, já não na ótica individual (de relação jurídica subjetiva), mas numa visão coletiva ou social de caráter ordenamental.

Puente assevera que a distinção que se costuma fazer entre “direitos de liberdade” e “direitos de igualdade”, embora represente a evolução do Estado Liberal para o Estado Social, não deve ser utilizada como se correspondesse, exatamente, a diferença entre “deveres de abstenção” e “deveres de prestação”, pois os próprios direitos ditos “de liberdade”, muitas vezes dependem, para ser efetivos, de “prestações”

⁶⁴ BOCKENFORDE, Ernst Wolfgang. **Escritos sobre Derechos Fundamentales**. Tradução de Juan Luis Requejo Pajés e Ignacio Villaverde Menéndez, 1. Aufl., Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges, 1993, p. 65-66.

positivas do Estado, ou do que Haberle chama de a *criação das condições sociais e econômicas que fazem dos direitos fundamentais realidades efetivas* ⁶⁵.

No seu entendimento, a construção constitucional dos direitos fundamentais não se faz apenas a partir do reconhecimento de direitos subjetivos públicos aos indivíduos, sejam eles de liberdade (poder de defesa), sejam de prestação (poder de ação), senão também mediante o estabelecimento de deveres públicos – que superam a noção subjetiva de “direito-obrigação”- e privados, isto é, com garantia de determinadas instituições ou a imposição de determinados mandatos que o legislador tem de concretizar. Sendo assim, é perfeitamente compreensível que a intervenção legislativa seja condição de efetividade dos direitos fundamentais, e que daí se tenha que deduzir o dever do legislador em regulá-los, em nome desses direitos. E não é obra do acaso que foi precisamente em relação à proteção dos direitos fundamentais que surgiu a noção de “omissão legislativa”, quando se admitiu que a vulnerabilidade de tais direitos pudesse ter como causa um “*non facere*” do legislador⁶⁶.

⁶⁵ PUENTE, Marcos Gómez. **La inactividad del legislador. Una realidad susceptible de control.** Madrid: McGraw-Hill, 1997, p. 46-47.

⁶⁶ PUENTE, Op. Cit. P. 47.

CAPÍTULO 3 – EFICÁCIA JURÍDICA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS

3.1 NORMAS CONSTITUCIONAIS (GENERALIDADES)

O Direito Constitucional engloba normas jurídicas atinentes à organização do poder politico-estatal nos seus elementos essenciais, definindo o regime político e a forma de Estado, estabelecendo os órgãos estatais substanciais, suas funções e relações com os cidadãos ao limitar suas ações, mediante o reconhecimento e garantia de direitos fundamentais de indivíduos de per si considerados, ou agrupados, formando comunidades.

O conjunto dessas normas denomina-se Constituição, a lei fundamental de um país. A Constituição contém normas alusivas à organização básica do poder do Estado, ao reconhecimento e a garantia dos direitos fundamentais do ser humano e do cidadão, às formas, limites e às competências do exercício do poder público, constituindo, por isso, objeto de estudo do Direito constitucional.

A norma constitucional não rege todo o fazer, todo e qualquer comportamento humano, nem mesmo concede pautas ou critérios que assinalem os limites da sua incidência ao cidadão comum, por ser uma diretiva ao órgão com competência normativa.

A essência da Constituição é limitar os poderes públicos, que não podem agir senão de acordo com ela, daí o fundamento do princípio da submissão do Estado à Constituição e da legalidade democrática prevista no art.8º da Constituição da Guiné-Bissau. Elas restringem a sua órbita de ação, que é mais evidente, sobretudo, numa Constituição rígida:

Art. 8º: 1. O Estado Subordina-se à Constituição e baseia-se na legalidade democrática.

2. A validade das leis e dos demais atos do Estado e do poder local depende da sua conformidade com a Constituição⁶⁷.

A Constituição apresenta limites à atividade dos órgãos competentes para elaborar normas, cujos elementos limitativos se manifestam nas normas atinentes aos direitos democráticos, aos direitos fundamentais e às garantias constitucionais,

⁶⁷ Lei nº196 de 27 de Novembro. Edições-ANP, INACEP:1996, p. 9.

restringem ações dos poderes estatais. Ela contém normas básicas que determinam como e por quem serão elaboradas as demais normas.

Nenhuma norma, seja de direito público, seja de direito privado, pode contrariar o comando constitucional, sob pena de ser decretada a inconstitucionalidade pelo poder judiciário.

Os princípios da constitucionalidade e da legalidade são os escopos privilegiados da Constituição, pois as suas normas visam controlar a ação do poder público, não podendo, portanto, outorgar competências incontroláveis, que desequilibrem o uso dos poderes, que sejam instrumentos de desordem e anarquia.

As normas constitucionais são supremas. Supremacia esta, advinda da própria Constituição, que se justifica para manter a estabilidade social, bem como a imutabilidade relativa de seus preceitos. Daí haver uma entidade encarregada da “guarda da Constituição”, para preservar a essência e os princípios jurídicos.

O órgão jurisdicional tem por função primordial controlar a constitucionalidade das leis, verificando a correspondência do ato normativo diante do texto constitucional.

3.1.1 Classificação das Normas Constitucionais

No Brasil, a teoria da aplicabilidade das normas constitucionais teve um marco que se iniciou com o estudo realizado pelo consagrado constitucionalista José Afonso da Silva, intitulado aplicabilidade das normas constitucionais.

Desenvolvendo a teoria de Vézio Crisafulli, José Afonso da Silva apresentou uma teoria tricotômica da eficácia das normas constitucionais, em que o primeiro postulado dessa teoria centra-se na idéia de que todas as normas constitucionais são dotadas de aplicabilidade. Variável é, todavia, o grau de aplicabilidade por elas apresentado.

Segundo ele, as normas constitucionais são classificadas quanto ao grau de aplicabilidade, em normas de eficácia plena, contida e limitada.

As normas de eficácia plena são as normas dotadas de aplicabilidade direta, imediata e integral, que não dependem de legislação posterior para a sua inteira operatividade. Ou seja,, por receberem do constituinte normatividade suficiente à sua incidência imediata, não exigem elaboração de novas normas legislativas que lhes

completam o alcance e o sentido, ou lhes fixem o conteúdo, porque já se apresentam suficientemente explícitas na definição dos interesses nelas regulados.

Na sua definição, são as normas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem ou tem possibilidades de produzir efeitos essenciais relativamente aos interesses, comportamentos e situações que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular. E outras palavras, as normas de eficácia plena têm aplicabilidade imediata porque são dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua executoriedade, ou seja, aplicam-se só pelo fato de serem normas jurídicas, que pressupõem, nesse caso, a existência do Estado e de seus órgãos⁶⁸.

As normas de eficácia contida apresentam aplicabilidade direta, imediata, mas possivelmente não integral, porque são passíveis de regulamentação que limite a sua aplicabilidade.

Segundo José Afonso da Silva, as normas constitucionais de eficácia contida podem ter a aplicabilidade restringida, seja pela lei, seja por certos conceitos de larga difusão no direito público, tais como a ordem pública, a segurança nacional ou pública, integridade nacional, necessidade ou utilidade pública, perigo público imanente, dentre outros, que importam em limitação da eficácia normativa.

As normas de eficácia contida são, portanto, aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados⁶⁹.

Por sua vez, as normas de eficácia limitada, segundo classificação de José Afonso da Silva, são todas as normas que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu sobre a matéria uma normatividade para isso suficiente, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado. Essas normas apresentam aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses, após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva aplicabilidade. São normas de eficácia limitada porque é o legislador ordinário que lhes vai conferir executoriedade plena, mediante legislação integrativa.

⁶⁸ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiro Editores, 2000, p. 101-102.

⁶⁹ SILVA. Id Ibidem, p. 116.

As normas de eficácia limitada abrangem as normas definidoras de princípios institutivos ou organizativos e as normas definidoras de princípios programáticos

José Afonso da Silva definiu as normas institutivas como normas que dependem da Lei para constituir órgãos previstos pela Constituição. Essas normas contêm esquemas gerais de estruturação de instituições, órgãos ou entidades, ou seja, têm conteúdo organizativo e regulativo de órgãos e entidades, respectivas atribuições e relações. Sua função primordial é a de esquematizar a organização, criação ou instituição destas entidades ou órgãos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei.

Dentre as normas constitucionais de princípio institutivo, José Afonso da Silva distinguiu as normas impositivas das normas facultativas, consoante impõe ou não a obrigação de emissão de uma legislação integrativa.

Enquanto as normas impositivas determinam ao legislador, em termos peremptórios, a emissão de uma legislação integrativa, as normas facultativas não impõem uma obrigação, mas se limitam a dar ao legislador ordinário a possibilidade de instituir ou regular a situação nelas delineadas.

Ao finalizar a sua classificação, ele definiu as normas de princípio programático como as que compõem os elementos sócio-ideológicos que caracterizam as Constituições contemporâneas, apresentando matéria eminentemente ético-social. Essas normas, denominadas de programáticas, condicionam a atitude dos órgãos dos poderes instituídos, estabelecendo verdadeiros programas constitucionais de ação social, a serem desenvolvidos mediante atuação integrativa da vontade constituinte. Apontando os valores sociais e especialmente o da justiça social, as normas programáticas indicam o sentido dos fins sociais e do bem comum que devem guiar o intérprete e o aplicador do Direito, ou seja, traduzem sentido teleológico para a interpretação.

Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres de Brito, ao classificarem as normas constitucionais, adotam como critério de sistematização o modo de incidência das normas constitucionais, com ênfase à possibilidade de interferência do legislador no comando jurídico-constitucional. É sobre esse prisma que classificam as normas constitucionais em normas de aplicação e normas de integração⁷⁰.

⁷⁰ BASTOS, Celso Ribeiro e BRITO, Carlos Ayres de. **Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982, p.62.

As normas de aplicação referem-se à atuação pura e simples da vontade constitucional que, por ser de plena eficácia, não se acasala com nenhum outro querer legislativo de menor hierarquia. Já as normas de integração referem-se a um sentido de íntima composição de duas vontades legislativas vocacionadas para a coalescência, uma de escalão constitucional e outra de graduação ordinária.

Importa destacar ainda a proposta de Maria Helena Diniz quanto à classificação das normas constitucionais⁷¹. Para ela, as normas constitucionais classificam-se em normas com eficácia absoluta, (aquelas que correspondem às normas intangíveis e, contra elas, nem mesmo há o poder de emendar), as normas com eficácia plena, (que são normas com eficácia relativa restringível), e normas com eficácia relativa complementável ou dependentes de complementação, (que, na classificação de José Afonso da Silva, correspondem respectivamente, às normas de eficácia plena, eficácia contida e eficácia limitada).

Luis Roberto Barroso também fez a sua proposta, a qual é igualmente importante para ser mencionada neste estudo. Segundo ele, as normas constitucionais classificam-se em normas constitucionais de organização, normas constitucionais definidoras de direito e normas constitucionais programáticas.

As primeiras visam a conferir o arcabouço da organização política nacional, quer no que concerne às chamadas decisão política fundamentais, quer no aspecto da distribuição de competências entre os órgãos públicos, quer ainda no que permite a criação desses órgãos, bem como normas procedimentais.

As normas definidoras de direito dividir-se-iam em: normas que geram situações prontamente desfrutáveis, dependentes apenas de uma abstenção; normas que ensejam exequibilidade de prestações positivas do Estado; e normas que contemplam interesses cuja realização depende da edição de norma infraconstitucional integradora.

A terceira categoria de normas corresponde às normas programáticas, trazidas por classificação de José Afonso da Silva⁷².

Entretanto, Jorge Miranda fez a seguinte classificação: normas constitucionais materiais e normas constitucionais de garantias; normas constitucionais de fundo, orgânicas e processuais ou de forma; normas constitucionais preceptivas e normas constitucionais programáticas; normas constitucionais exequíveis e não

⁷¹ DINIZ, Maria Helena. **A norma constitucional e seus efeitos**. São Paulo: Saraiva, 1997, p.107.

⁷² BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 122.

executáveis por si mesmas; normas constitucionais a se e normas sobre normas constitucionais⁷³.

Importa, para efeito da presente dissertação, a terceira e quarta classificações, em que se distinguem as normas constitucionais preceptivas das normas constitucionais programáticas, e normas executáveis e não executáveis por si mesmas.

As normas preceptivas são normas de eficácia incondicionada ou não-dependente de condições institucionais, enquanto que as normas programáticas são aquelas que são dirigidas a certos fins e às transformações, não só da ordem jurídica mas também das estruturas sociais ou da realidade constitucional. Implicam a verificação, pelo legislador, no exercício de um verdadeiro poder discricionário, da possibilidade de concretizá-las.

As normas executáveis são aplicáveis por si só, sem necessidade de lei que as complemente, enquanto que as normas não executáveis por si mesmas carecem de normas legislativas que as tornem plenamente aplicáveis às situações da vida.

3.2.NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS

3.2.1 Conceito

A Constituição é um complexo de normas jurídicas, que são principalmente preceptivas, mas que também podem ser apenas diretivas ou programáticas, enquanto tenham por destinatário, além dos sujeitos de direito, também o futuro legislador ordinário, ante o qual a norma constitucional é posta num grau hierárquico mais elevado.

Como qualquer obra humana, o Estado não permaneceu imutável ao longo da história. O Estado se manifesta sobre os cidadãos como um poder que preserva, na medida em que os cidadãos consideram o seu exercício legítimo.

Segundo Flávia Piovesan, as normas programáticas são aquelas que já trazem imediatamente definida e regulada pela Constituição as matérias que lhe servem de objeto, a qual depois será apenas efetivada na prática, mediante atos legislativos. Ou seja, para aplicarem a matéria a que diretamente se referem, elas precisam de meios técnicos ou instrumentais. São normas que não se dirigem unicamente aos poderes do

⁷³ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, 1991, pp. 241 -242.

Estado, mas indistintamente, desde o primeiro momento, aos cidadãos e aos órgãos estatais e que só desdobram sua inteira eficácia através de meios instrumentais ou leis organizativas posteriores, capazes de permitir sua aplicabilidade às matérias de que diretamente se ocupam⁷⁴.

As normas programáticas apresentam uma dimensão prospectiva, que reflete a própria dimensão do ordenamento jurídico do Estado social.

Elas compõem os elementos sócio-ideológicos que caracterizam as constituições contemporâneas, apresentando matérias eminentemente ético-sociais. Condicionam a atividade dos órgãos do poder público, estabelecendo verdadeiros programas constitucionais de ação social, a serem desenvolvidos mediante a atuação integrativa da vontade constituinte. Apontando aos valores sociais e, especialmente, aos da justiça social, as normas programáticas indicam o sentido dos fins sociais e do bem comum que devem guiar o intérprete e o aplicador do Direito, ou seja, traduzem sentido teleológico para a interpretação.

Mesma linha de pensamento segue Pontes de Miranda, para quem em tais normas o constituinte não edita regras jurídicas de aplicação concreta, apenas limita-se a traçar as linhas diretorias que servirão de orientação aos poderes públicos como programas ditados á sua função⁷⁵

Segundo a concepção de jurista brasileira Maria Helena Diniz, nas normas programáticas, o constituinte limita-se apenas *a traçar princípios a serem cumpridos pelos poderes públicos (legislativo, executivo e judiciário) como programas das respectivas atividades, protegendo unicamente a consecução dos fins sociais pelo Estado, ou seja, nas normas programáticas o constituinte não regula diretamente os interesses ou direitos nela consagrados, mas tais normas comandam o próprio procedimento legislativo, por serem estabelecedoras de programas constitucionais a serem desenvolvidos mediante legislação integrativa da vontade do constituinte*⁷⁶.

José Afonso da Silva considera que existem normas programáticas que mencionam uma legislação futura para a atuação do programa previsto. Isso tem

⁷⁴ PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 64.

⁷⁵ MIRANDA. Francisco Cavalcante Pontes de. **Comentários a Constituição de 1967 com a Emenda nº1 de 1969**, t.I, p. 126.

⁷⁶ DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 3 ed. Sao Paulo: Saraiva,1997. p.113.

importância, na medida em que vincula os programas aos princípios de legalidade, ficando dependentes da atividade do legislador e da sua discricionariedade⁷⁷.

Ele não foge a regra quanto a definição das normas constitucionais programáticas:

[...] que as normas programáticas visam a realização dos fins sociais do Estado. Através dela, constuante traça os princípios orientadores a serem cumpridos pelos órgãos legislativo, executivo, judiciário e administrativo⁷⁸.

Tem, portanto, em consideração a evolução social e a sua própria composição, que passa a contar com vários organismos, instituições, grupos com ideias e atividades diferentes e multifacetadas. Se pensamos na família, nos agentes económicos, nas associações, grupos desportivos e culturais ou nas fundações, concluimos que, mais do que uma sociedade, temos muitas sociedades que se organizam em torno de fins específicos que apelam a grupos de cidadãos.

Razão que justifica a proposição do constitucionalista Português, José Joaquim Gomes Canotilho de uma nova terminologia para as normas programáticas, afirmando que a inserção dessas normas na Constituição jurídica é uma tentativa de conciliar os interesses dos sociais. Sendo princípios orientadores dos programas do Estado, elas se obrigam aos órgãos integrantes do poder público através do seu conteúdo económico-social e a sua função eficaz de programa⁷⁹.

Tais normas objetivam instaurar um regime de democracia substancial, ao determinar a realização de fins sociais, através da atuação de programas de intervenção na ordem económica, com vistas à realização da justiça social e do bem comum.

3.2.2 Evolução histórica

As revoluções liberais dos séculos XVIII e XIX (as mais importantes: a Revolução Americana e Revolução Francesa), foram as que, pela primeira vez, chamaram a atenção para a necessidade de se criarem normas jurídicas sobre a organização e funcionamento do poder político e sobre os direitos fundamentais. Essas

⁷⁷ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Malheiro editores, 2001, p. 147.

⁷⁸ MIRANDA, José Joaquim Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº1 de 1969**, t.I, p.138.

⁷⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**, 4 ed. Coimbra: Almedina, 1989, p. 183-184

normas deveriam ter uma força jurídica superior a todas as outras a serem elaboradas com o objetivo de limitar o poder. Foi assim que surgiram as primeiras Constituições.

Nas Constituições do século XIX, as normas substantivas eram, via de regra, normas preceptivas, relativas a direitos, liberdades e garantias. São nas Constituições de inspiração social que características do século XX surgiram um número significativo de normas de cunho programático, dispondo sobre direitos sociais e organização econômica.

As Constituições contemporâneas constituem documentos jurídicos de compromisso entre o liberalismo, o capitalismo e o intervencionismo. O Estado Liberal formou a restrição dos fins estatais, consagrando uma Declaração dos Direitos do Homem, como estatuto negativo, com a finalidade de proteger o indivíduo contra a usurpação e os abusos do Estado e, desse modo, surgiu uma democracia política, cujo objetivo é a liberação do indivíduo das coações autoritárias, sua participação no estabelecimento da regra que, em todos os domínios, estará obrigado a observar.

As duas Constituições, a mexicana de 1917 e a de Weimar de 1919, apresentaram ao mundo uma renovação de perspectiva sobre o Estado, o indivíduo e as relações entre ambos, marcando a transição entre o Estado Liberal para o Estado de Bem-Estar, Estado social ou intervencionista, cuja proteção aos direitos dos indivíduos se apresentava com um conteúdo negativo de abstenção do Estado com relação a esses espaços individuais.

Tendo permanecido indiferente aos usos feitos dessas liberdades, percebeu-se não ser esse Estado o único a oprimir, e que a realização das liberdades liberais estão condicionadas a poderes não estatais, como raça, religião e situação econômica, situações cujas pressões faz-se necessário resistir na efetivação plena das liberdades reconhecidas.

Entretanto, o posicionamento social em relação ao papel do Estado foi se refazendo, tornando-se um meio apropriado para a superação destas pressões, o que necessariamente supõe a ampliação de suas funções e intervenção na vida econômica e social daquela comunidade.

Assim, a sociedade experimentou as seguintes transformações: o Estado liberal ou inerte pelo Estado intervencionista, querendo reger, modelar a vida social.

Essas transformações proporcionaram duas substituições: a do Estado liberal pelo Estado social e, por conseguinte, do Estado inerte pelo Estado

intervencionista. E assim, o Estado liberal desapareceu, dando lugar a um novo modelo, o Estado Social.

Segundo Jorge Miranda, o Estado social fundado na síntese dualista do bem estar social e do desenvolvimento econômico, assumiu dois modelos, que chamou de Estado social radical e o Estado social moderado ou Estado social de direito⁸⁰.

As cartas constitucionais desse período passaram a acolher, para além dos direitos sociais e econômicos, asseguram também os direitos sociais dos indivíduos, cedendo lugar ao constitucionalismo social, o que constitui um abandono ao constitucionalismo clássico, cujo escopo principal era de garantir as liberdades individuais, políticas e os direitos civis.

Na opinião do jurista Baiano, Edvaldo Brito⁸¹, o Estado social busca articular direitos, liberdades e garantias com direitos sociais, igualdade jurídica com igualdade social, segurança jurídica com segurança social, estabelecendo-se a integração entre o liberalismo político e democracia. Garantiu, contudo, que esse modelo de organização estadual nasceu para tornar-se responsável pela ordenação da vida social, definindo suas políticas e construindo uma liberdade econômica compatível com os ideais do bem estar social e desenvolvimento econômico.

Esse embate entre os preceitos liberais e sociais repercute até os nossos dias nos textos constitucionais, com diversos preceitos voltados à proteção dos trabalhadores, à estrutura econômica, à educação, à saúde e aos deveres sociais de prestação. Com isso, as Constituições absorvem o papel de dirigir a atuação do Estado, através da implementação de normas que definem o papel positivo e social a serem alcançados por esse mesmo Estado, *o que nem sempre tem sido veiculado mediante normas precisas, dotadas de todos os elementos necessários para incidir*. Porém, na maior parte das vezes, constituem-se de normas de vultosa imprecisão, comprometendo justamente a sua eficácia e aplicabilidade.

Washington Luiz da Trindade considera, contudo que:

⁸⁰ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3 ed, tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p.92. Segundo Jorge Miranda, o Estado social radical é o Estado totalitário, o qual assume todos os poderes da sociedade. Desvia os objetivos propostos, suprimindo as liberdades individuais e políticas, planificando a economia; enquanto o Estado social moderado ou Estado social de direito, é aquele estado que realça os direitos civis e políticos, passa a inserir na categoria dos direitos fundamentais, os direitos sociais, planejando-se a economia.

⁸¹ BRITO, Edvaldo. **Reflexos Jurídicos da atuação do Estado no domínio económico**. 3 ed, tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, 1991 p.19

A emergência desse direito de características supra legais, precisamente depois da segunda guerra mundial, colocou nas Constituições um elenco de compromissos do Estado para com o homem enquanto indivíduo, alguns auto-executáveis, com acionalidade, outros na dependência de leis que lhes regulassem limites. Formavam-se direitos públicos subjetivos, irrecusáveis a qualquer pessoa com força de incidência, para que a vida, a dignidade, a satisfação das necessidades, numa palavra, a justiça, fizessem-se presentes no fatal desequilíbrio dos interesses individuais elementares e a arregimentação social e econômica do Estado individual.⁸²

3.3 PROGRAMATICIDADE NAS CONSTITUIÇÕES GUINEENSE

As normas programáticas estabelecem fins e concretizações que, apesar de vincularem ao Estado, beneficia de autonomia quanto ao momento e meios de concretização.

As normas Constitucionais programáticas são típicas de Estados e Constituições sociais, domínio em que o constitucionalismo Guineense tem mantido certa consistência. Todas as Constituições têm atribuído importância aos direitos econômicos, sociais e culturais e ao papel do Estado na prossecução do bem-estar dos cidadãos e no auxílio aos mais desfavorecidos.

E assim, nos artigos 11 e seguintes, encontramos expressas as preocupações do Estado com o estabelecimento de uma organização econômica e social tendente à prossecução do bem estar social dos cidadãos e com a promoção das condições de proteção da dignidade humana (11), bem como a realização dos fins sociais da saúde, da educação e cultura (arts. 15, 16 e 17), o que configura no plano das intenções programáticas do Estado de Direito que se pretende construir na Guiné-Bissau como Estado Social e Democrático de Direito:

Art.11:2. A organização econômica e social da republica da Guiné-Bissau tem como objetivo a promoção continua do bem-estar do povo e a eliminação de todas as formas de sujeição da pessoa humana a interesses degradantes, em proveito de indivíduos, de grupos ou de classes.

Art.15: A saúde pública tem por objetivo, promover o bem-estar físico e mental das populações e a sua equilibrada inserção no meio sócio-ecológico em que vivem. Ele deve orientar-se para a prevenção e

⁸² TRINDADE, Washington Luiz da. **As Normas Laborais nas Constituições Modernas**. Revista T&D nº15, Dezembro de 1997, p.30.

visar à socialização da medicina e dos setores médico-medicamentosos.

Art.16:1. A educação visa à formação do homem. Ela deverá manter-se estreitamente ligada ao trabalho produtivo, proporcionar a aquisição de qualificações, conhecimentos e valores que permitam ao cidadão inserir-se na comunidade e contribuir para o seu incessante progresso.

Art.17: 1. É imperativo fundamental do Estado, criar e promover as condições favoráveis à preservação da identidade cultural, como suporte da consciência e dignidade nacionais e fator estimulante do desenvolvimento harmonioso da sociedade. O Estado preserva e defende o patrimônio cultural do povo, cuja valorização deve servir ao progresso e à salvaguarda da dignidade humana⁸³.

A Constituição Guineense não deixa de refletir as condicionantes a que as normas programáticas estão sujeitas, e assim, no seu art. 58, estabeleceu um regime jurídico dos direitos econômicos e sociais ao dispor o seguinte: *em conformidade com o desenvolvimento do país, o Estado criará progressivamente as condições necessárias à realização integral dos direitos de natureza econômica e social reconhecidos neste título.*

As normas programáticas têm como destinatário o Estado, estabelecem tarefas que prosseguirá com autonomia política em benefício dos cidadãos, como garantia do exercício dos direitos constitucionalmente previstos e regrado todo um esquema de efetivação desses direitos através do sistema de estruturação e de organização dos poderes instituídos para o efeito.

A Constituição, ao regular as normas programáticas, estabelece certos fins e objetivos que não são imediatamente executáveis, mas deixa aos órgãos de soberania a escolha dos melhores meios e oportunidade para a concretização, ou seja, permite que haja um juízo político quanto ao melhor momento e aos meios de concretização da norma. E, como norma constitucional que são, obstam que qualquer ato ou omissão dos poderes públicos, seja atos ou omissões, o venham a contrariar. O que significa desde logo que condicionam a atuação dos seus destinatários, e qualquer comportamento que vier a contrariá-las serão sujeitas ao controle de constitucionalidade e, conseqüentemente, retirado do ordenamento jurídico, conforme as regras fixadas constitucionalmente para a fiscalização da constitucionalidade das leis de cada país.

Como se pode constatar, as normas constitucionais programáticas têm sempre, por objeto principal, a disciplina dos interesses econômico-sociais, tais como: a realização da justiça social e existência digna, desenvolvimento econômico, intervenção

⁸³ Lei n°196 de 27 de Novembro. Edições ANP, INACEP: 1996, p. 10-11.

do Estado na ordem econômica (art.3³), repressão ao abuso do poder econômico (art.11, nº2), assistência social (art.34), amparo à família (art.26, nº 1), combate à ignorância (art.16), estímulo à cultura (art. Art.17, nº 2), à ciência e à tecnologia:

Art. 3º: A República da Guiné Bissau é um Estado de democracia constitucionalmente instituída, fundado na unidade nacional e na efetiva participação popular no desempenho, controle e direção das atividades públicas, e orientada para a construção de uma sociedade livre e justa.

Art.11: 2. A organização econômica e social da República da Guiné-Bissau tem como objetivo a promoção contínua do bem-estar do povo e a eliminação de todas as formas de sujeição da pessoa humana a interesses degradantes, em proveito de indivíduos, de grupos ou de classes.

Art.16: 1. A Educação visa à formação do homem. Ela deverá manter-se estreitamente ligada ao trabalho produtivo, proporcionar a aquisição de qualificações, conhecimentos e valores que permitem ao cidadão inserir-se na comunidade e contribuir para o seu incessante progresso.

Art.17: 2. Serão criadas condições para que todos os cidadãos tenham acesso à cultura e sejam incentivados a participar ativamente na sua criação e difusão.

Art.34: Todos têm direito à informação e à proteção jurídica nos termos da lei⁸⁴.

Essas normas, por não terem força suficiente para se desenvolver de modo integral, são acolhidas, em princípio, como programa a ser realizado pelo Estado, por meio de leis ordinárias ou de outras providências.

Sendo normas de eficácia reduzida, não são operantes relativamente aos interesses que lhes constituem objeto específico e essencial, mas produzem importantes efeitos jurídicos a nível dessa mesma eficácia reduzida, como teremos oportunidade de mostrar ao longo desta dissertação.

3.4 EFICÁCIA JURÍDICA DAS NORMAS PROGRAMÁTICAS

As Constituições Jurídicas dos Estados Sociais passaram a disciplinar, além dos direitos e liberdades civis, direitos econômicos e sociais, de modo que houve um alargamento da matéria constitucional.

A aplicabilidade das normas constitucionais foi e continua a ser um grande problema a enfrentar, sobretudo, quando se trata da eficácia jurídica das normas constitucionais programáticas.

⁸⁴ Lei nº196 de 27 de Novembro. Edições ANP, INACEP: 1996, p. 7-10-11.

Uma temática considerada por alguns constitucionalistas como “um dos temas mais candentes do direito constitucional”, sem dúvida, suscita grandes discussões que se prende com a própria efetividade dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Tendo em conta, acima de tudo, os direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos, coloca-se a questão de saber até que ponto as normas constitucionais programáticas vinculam ao legislador, como um dever jurídico, uma obrigação de emitir leis ordinárias no sentido dar efetividade a essas normas?

Quando é que se pode considerar que estão criadas as condições materiais para dar efetividade às normas programáticas, ou seja, para emitir e publicar as leis ordinárias?

Qual é o grau de discricionariedade do legislador na efetivação das normas programáticas?

Até que ponto as omissões legislativas podem violar os direitos fundamentais dos cidadãos?

Até que ponto o Estado pode ser responsabilizado pelas omissões legislativas inconstitucionais que lesam os direitos dos particulares?

Quando é que o Estado pode ser responsabilizado pela falta de engajamento ou não criação de condições materiais para a efetivação das normas constitucionais programáticas?

Estas são, entre outras questões, algumas que poderão ser suscitadas nas discussões relativas à efetividade dos direitos, aplicabilidades das normas constitucionais, bem como ao tema que se pretende abordar nesta dissertação, “a eficácia jurídica das normas constitucionais programáticas”.

Retornando ao tema do nosso estudo, importa focar algumas posições sobre o tema: Norberto Bobbio, ao enfrentar o tema da aplicação das normas constitucionais programáticas, consagrou um amplo universo de direitos fundamentais.

O campo dos direitos do homem ou, mais precisamente, o campo das normas que declaram, reconhecem, definem e atribuem direitos ao homem aparece certamente como aquele no qual é maior a defasagem entre a posição da norma e a sua efetiva aplicação. E essa defasagem ainda é mais intensa no campo dos direitos sociais.

Segundo Bobbio, estes direitos, em muitos países, permanecem freqüentemente durante um longo período como meros planos nominais para o futuro, até que as condições sócio-econômicas permitam a sua aplicação. *Mas ainda, ali onde os direitos sociais têm que esperar até que ocorram os requisitos da sua aplicação, cumprem um objetivo: Para os detentores do poder são os estímulos que os impedirá na*

*sua realização e para os destinatários do poder significarão a esperança de que um dia venha a ser realizados*⁸⁵.

Por sua vez, Eros Roberto Grau pontua existir um caráter racionário nas normas programáticas, pois nelas não se erige apenas um obstáculo à funcionalidade do direito, mas, sobretudo, ao poder de reivindicação das forças sociais. O que teria a sociedade civil a reivindicar já está contemplado na Constituição.

Grau reconhece, noutra passagem, ser a Constituição, *toda ela, norma jurídica, e como tal, todos os direitos nela contemplados têm aplicação direta, vinculando tanto ao judiciário quanto ao executivo e legislativo*⁸⁶. Nessas condições, ele afirma que as normas programáticas, sobretudo as atributivas de direitos sociais e econômicos, devem ser entendidas como diretamente aplicáveis e imediatamente vinculantes do legislativo, do executivo e do judiciário.

Para Luis Roberto Barroso, modernamente já não cabe negar o caráter jurídico, exigibilidade e acionabilidade dos direitos fundamentais na sua múltipla tipologia. Considera de pura ideologia, e não científica, a resistência que ainda hoje se opõem à efetivação, por via coercitiva, dos chamados direitos sociais.

A afirmação dos direitos fundamentais como um todo, na sua exequibilidade plena, vem sendo positivada nas cartas políticas mais recentes, como se vê do art. 2º da Constituição Portuguesa, no preâmbulo da Constituição Brasileira, (que proclama ser o país um Estado Democrático, destinado à assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais),⁸⁷ bem como do art. 3º da Constituição da República da Guiné-Bissau.

A programaticidade das Constituições há de se combinar com a sua efetividade, sob pena de debilitar o constitucionalismo, abrindo campos às mais graves transgressões jurídica. A programaticidade sem juridicidade poderá, enfim, converter-se, formal e materialmente, no maior obstáculo à construção constitucional de um verdadeiro Estado de Direito⁸⁸.

Cabe salientar que, ante a essas ponderações de Bobbio, Grau e Barroso, a preocupação central relativa à eficácia das normas programáticas está relacionada ao fato da doutrina constitucionalista tradicional não consentir que os cidadãos as

⁸⁵ BOBBIO, Norberto. **Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.77-78

⁸⁶ GRAU, Eros Roberto. **A Constituição Brasileira** Revista de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 4, Rio de Janeiro, Forense, p.42-43

⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade das suas normas – limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 106.

⁸⁸ PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra Omisões Legislativas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 73.

invoquem já, pedindo aos tribunais o seu cumprimento por si só. Por isso, pode haver quem afirme que os direitos nelas constantes, máxime os direitos sociais, têm mais natureza de expectativa que de verdadeiros direitos subjetivos⁸⁹.

Para aquela corrente doutrinária que nega a juridicidade das normas programáticas, elas não têm capacidade de tutelar qualquer espécie de interesse, logo, não criam situações jurídicas positivas nem de simples interesse.

Essa concepção está fundamentada na visão de que há ampla discricionariedade do legislador em revestir de plena eficácia as normas programáticas. Nessa ótica, ao legislador fica a opção acerca da ponderação do tempo e dos meios em que as normas programáticas vêm a ser revestida de plena eficácia.

José Afonso da Silva afirma que o estudo da eficácia e da aplicabilidade das normas constitucionais manifesta-se mais acentuadamente nas normas programáticas, o que considera relevante por estas razões:

Tais normas traduzem os elementos sócio-ideológicos da Constituição, onde se acha os direitos sociais, tomada aqui a expressão “direitos sociais” num sentido lato, abrangendo também os direitos econômicos e culturais. Outra razão, talvez de maior importância, é que indica os fins e objetivos do Estado, o que importa definir o sentido geral da ordem jurídica⁹⁰.

Ele veio reafirmar uma posição, que considera um passo avançado na compreensão das disposições constitucionais programáticas, considerando por outro lado que, ainda ressentisse de certa dubiedade no que tange à aplicabilidade dessas disposições:

A afirmação, mesmo peremptória, do caráter jurídico e positivo dessas normas não basta para que surtam efeitos que seu conteúdo geralmente requer. Restou, na essa afirmativa, que de sua eficácia limitada e sua aplicabilidade dependente de emissão de uma normatividade futura, a idéia de que não sejam autentico direito atual de imediata aplicabilidade.⁹¹

José Joaquim Gomes Canotilho veio, contudo, marcar uma decidida ruptura em relação à doutrina clássica, lecionando que *pode e deve dizer-se que hoje não há normas programáticas*. Garantiu, contudo, que continuam a existir normas-fim, normas-tarefa, normas-programa, que impõem uma atividade e impõem materialmente a

⁸⁹ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra, Ed. Coimbra, 1991, tomo 2, p.244-245.

⁹⁰ SILVA, Jose Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo Malheiros, 2001, p.138-139.

⁹¹ CANOTILHO, José Joaquim **Gomes. Direito Constitucional**. 4 ed.Coimbra: Almedina, 1989, p.139.

concretização constitucional. Mas o sentido destas normas não é o que lhes assinalava tradicionalmente a doutrina: simples programas, exortações morais, declarações, aforismos políticos, promessas, apelos ao legislador, programas futuros, juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade, às normas programáticas é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos constitucionais⁹².

Não obstante a essa concepção, atente-se à luz da doutrina predominante, as normas programáticas estão condicionadas à discricionariedade do legislador. Por isso, entende-se que elas não consentem que os cidadãos as invoquem, pedindo aos tribunais o seu cumprimento por si só. Daí a conclusão de alguns constitucionalistas de que das normas programáticas não emergem verdadeiros direitos subjetivos, mas mera expectativa de direitos.

A questão, atualmente, consiste mais em compreender a natureza desse valor-fim das ordens econômica e social, a fim de que seja tido em conta na aplicação das normas definidoras dos direitos sociais do homem.

Canotilho lembra que a disciplina desses preceitos é obrigatória e as diretivas, por elas definidas. Longe de serem meros convites para legislar, assumem o caráter de verdadeiras imposições constitucionais de atividade legiferante. Significa isso repelir a tese dos direitos econômicos, sociais e culturais como simples direitos legais, tese que assenta fundamentalmente na concepção de que tais diretivas não alicerçam qualquer pretensão subjetiva, judicialmente acionável, pois só quando o legislador concretiza essas diretivas, fundamentando poderes jurídicos subjetivos, é que se pode falar de direitos subjetivos. Logo, ainda segundo ele, os direitos subjetivos só existem no âmbito da lei ordinária, não no âmbito da própria norma constitucional programática.

A mesma tese sustenta que:

A Constituição dirigente dos direitos fundamentais justifica que se ultrapassasse a degradação dos direitos econômicos, sociais e culturais, na parte em que se implicam direitos a prestações estaduais em simples direitos legais, pois que são direitos originários a prestações, fundados na Constituição e não direitos a prestações derivados de lei. Canotilho prossegue que os direitos subjetivos a prestações, mesmo quando não concretizados, existem para além da lei por virtude da Constituição, podendo ser invocados, embora não judicialmente, contra omissões legislativas inconstitucionais.

⁹² CANOTILHO, José Joaquim **Gomes**. **Direito Constitucional**. 4 ed. Coimbra: Almedina, 1989, p.132.

Para ele, a força dirigente e determinante dos direitos a prestações (econômicos, sociais e culturais) inverte, desde logo, o objeto clássico da prestação jurídica fundada num direito subjetivo: de uma prestação de omissão dos poderes públicos (direito a exigir que o Estado se abstenha de interferir nos direitos, liberdades e garantias), transita-se para uma proibição de omissão (direito a exigir que o Estado intervenha ativamente no sentido de assegurar prestações aos cidadãos).

Quanto à juridicidade das normas constitucionais programáticas, alguns autores a negam, afirmando que são regras sem conteúdo imperativo, por impraticabilidade.

Vézio Crisafulli sustentou a juridicidade, ainda que reduzida, das normas constitucionais programáticas:

As normas constitucionais programáticas enunciam verdadeiras normas jurídicas e, por isso, são tão perceptivas como as outras, pois regulam comportamentos públicos destinados a incidir sobre as matérias que lhes são objeto, sendo, nesse limite, vinculantes, como consequência da eficácia formal prevalecente da própria fonte, que é a Constituição.⁹³

É importa frisar que a doutrina, em geral, afirma cada vez mais o caráter vinculativo das normas programáticas, o que vale dizer que elas perdem, também cada vez mais, característica de programas, a ponto de se procurar uma nova nomenclatura para defini-las, como, por exemplo, normas que expressam *apenas uma finalidade a ser cumprida obrigatoriamente pelo poder público, sem, entretanto, apontar os meios a serem adotados para atingi-la, isto é, sem indicar as condutas específicas que satisfariam o bem jurídico consagrado na regra*⁹⁴.

Jorge Miranda também compartilha o mesmo entendimento:

Deve frisar-se, antes de mais nada, que entre normas preceptivas e normas programáticas (assim como entre normas exequíveis e normas não exequíveis por si mesmas), não há uma diferença de valor. Uma e outras são normas jurídicas, e, desde logo, normas jurídico-constitucionais, integrantes de uma mesma e única ordem constitucional, nenhuma delas é mera proclamação política ou cláusula vinculativa⁹⁵.

⁹³ CRISAFULLI, Vezio. **La norma programatiche della costituzione**. In: Stato. Popolo, governo – Ilusione e desilusione costituzionale. Milano: Giufré, 1985, p.43.

⁹⁴ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, 5 ed. São Paulo: Malheiro editores, 2000, p.154-155.

⁹⁵ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, 3 ed, tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 217.

Celso Antonio Bandeira de Mello também participa do entendimento que confere eficácia jurídica às normas programáticas, e assim manifestou a sua posição:

Uma vez que a nota típica do direito é a imposição de condutas, compreende-se que o regramento constitucional é, acima de tudo, um conjunto de dispositivos que estabelecem comportamentos obrigatórios para o Estado e para os indivíduos. Assim, quando dispõe sobre a realização da justiça social – mesmo nas regras chamadas programáticas – está, na verdade, imperativamente, constituindo o Estado Brasileiro no indeclinável dever jurídico de realizá-la⁹⁶.

Partindo dessa premissa, conclui: *todas as disposições constantes de uma Constituição, inclusive as programáticas, são normas jurídicas ou, pelo menos, deve-se partir da presunção de que o sejam.*

O mesmo entendimento é compartilhado por José Afonso da Silva, que também conferiu a juridicidade das normas constitucionais programáticas:

[...] ora, se as normas programáticas impõem certos limites à autonomia de determinados sujeitos, privados ou públicos, se ditam comportamentos públicos em razão dos interesses a serem regulados, nisso claramente se encontra o seu caráter imperativo, imperatividade que se afere nos limites de sua eficácia reduzida, mas sempre imperatividade⁹⁷.

No que tange aos efeitos produzidos pelas normas constitucionais programáticas, afirma José Afonso da Silva:

Se não se tem o direito subjetivo, no seu aspecto positivo, como poder de exigir uma prestação fundada na norma constitucional programática, surge-o, porém, em seu aspecto negativo, como possibilidades de exigir que o poder público não pratique os atos que as contravenham. [...] Tal eficácia coíbe toda e qualquer atividade infraconstitucional que seja contrária à norma programática, condicionando, assim, a atuação do legislador, antes mesmo da possível legislação integrativa que lhes dê plena aplicabilidade⁹⁸.

Para José Afonso da Silva, a terminologia não parece ser muito adequada: “São normas de princípios teleológicos”, porque apontam mero esquema para um fim a ser atingido. Admitiu, contudo, que, qualquer que seja, porém, a expressão utilizada, o certo

⁹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das Normas Constitucionais sobre a Justiça Social**. In: revista do direito público. São Paulo: Revista dos Tribunais, s.d. n° 57, p. 237.

⁹⁷ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo Malheiros, 2001, p.154.

⁹⁸ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo Malheiros, 2001, p.177.

é que sua vinculatividade vem sendo mais e mais reconhecida. Sustenta que o fato de dependerem de providências institucionais para a sua realização não quer dizer que não tenham eficácia.

Com isso, pode-se constatar que embora alguns autores a negam qualquer eficácia, as normas programáticas, como normas constitucionais que são, não se encontra desprovida de imperatividade. Ainda que não direta e imediatamente, mas elas produzem efeitos jurídicos como qualquer norma prevista na Carta Magna. A sua imperatividade direta é reconhecida como imposição constitucional aos órgãos públicos que por sua vez darão plena efetividade a essa categoria de normas.

As normas constitucionais programáticas têm eficácia jurídica, imediata, direta e vinculante nos seguintes casos:

- I - Casos em que estabelecem um dever para o legislador ordinário;
- II - Condiciona a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as Leis ou atos que as ferirem;
- III - Informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum;
- IV - Constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas;
- V - Condicionam a atividade discricionária da administração e do Judiciário.
- VI - Criam situações jurídicas subjetivas, de vantagens e desvantagens aos cidadãos, conforme os casos e dentro dos limites permitidos pela Constituição.

3.5 CONDIÇÕES MATERIAIS DE EFETIVAÇÃO

A Constituição, como sistema de normas e princípios, que regula e institucionaliza juridicamente o fenómeno político, almeja como qualquer regra de Direito a sua realização (concretização) no mundo dos fatos.

O Direito Constitucional e o seu objecto, a Constituição, existem para se efetivarem. A efetivação da Constituição ocorre quando os valores descritos na norma correspondem aos anseios populares, existindo um empenho dos governantes e da população em respeitar e em concretizar os dispositivos constitucionais.

Segundo Maria Helena Diniz, a estabilidade constitucional repousa na conformidade com a idéia de direito que prevalece na comunidade e que dita o justo em matéria política. Esta é, segundo ela, a condição última da eficácia constitucional⁹⁹.

Para ela, existem três planos de concretização da norma jurídica, e da norma constitucional em especial, para que se consiga atingir a efetividade plena das regras de direito: o plano sintático, semântico e pragmático.

No plano sintático, a norma jurídica, para se realizar no mundo do ser, deve ter uma estrutura lógica completa com a descrição detalhada da hipótese, disposição e a respectiva sanção em caso de descumprimento.

O importante nesse plano sintático de concretização é que haja uma harmonia interna entre os diversos subsistemas constitucionais (Político, Fiscal, Social, Económico), para que, integrados e harmonizados preservem a conexão entre a norma isolada e o sistema normativo, permitindo assim a aplicação coerente das sanções constitucionais na órbita jurídica.

No plano semântico, além de necessitar de uma estrutura lógica completa, a norma jurídica, para se efetivar, deve refletir valores que estejam em consonância com os anseios da Sociedade, sendo essencial haver uma sintonia entre o disposto no plano ideal/normativo. Do “dever ser” e o que está presente nas ruas e no dia-a-dia do cidadão no plano da realidade, do “ser”.

Essa conexão do valor normativo com a vontade social é deveras importante para efetividade dos dispositivos constitucionais. Se houver uma dissociação entre o complexo valorativo disposto na Carta Magna e a vontade popular, não é a Constituição um texto dotado de legitimidade, nem o Estado se constituirá em um ente democrático, porque não reflecte o verdadeiro poder constituinte que tem sua titularidade no povo de uma nação.

Em suma, a Constituição deve, para se efetivar, estabelecer valores que correspondam aos anseios populares com base em análises históricas, plasmadas num poder constituinte legítimo e soberano. A conexão entre a norma e valores sociais deve ser íntima, com fins de cumprir a etapa semântica de concretização.

No plano pragmático, para que se complete a concretização de uma norma jurídica e ocorra a sua plena efetividade, deve haver, para além dessa conexão norma-sistema, norma-valores sociais, deve existir necessariamente o empenho dos

⁹⁹ DINIZ, Maria Helena. A norma constitucional e seus efeitos. 3 ed. São Paulo: Saraiva: 1997, p.88.

governantes e da população em respeitar o ordenamento jurídico e fazer valer os princípios retores da ordem normativa.

Isso significa que, para a Constituição e suas normas ganharem realmente efetividade social, é vital que a população conheça a Constituição e lute pelos direitos nela dispostos, forçando aos governantes a atuar positivamente na consecução dos objetivos públicos constitucionalmente delimitados.

Deve haver, assim, uma conexão clara entre as *normas* e os *atos sociais*, sempre num esforço e mobilização da comunidade, para que a sociedade organizada e o governo trabalhem em benefício da efetivação de programas e objetivos constitucionais, o que significa que deve haver um empenho e esforço comum de governantes e governados no cumprimento das leis e dos preceitos normativos.

Há a necessidade da influência e pressão popular para o respeito de certas disposições que não trazem uma estrutura sintática completa ou não refletem semanticamente os valores de toda a comunidade. É o caso das conhecidas normas programáticas.

Assim, pode-se apontar como condições gerais de aplicabilidade das normas constitucionais programáticas, sendo normas de eficácia limitada, a sua aplicação plena, relativamente aos interesses essenciais que exprimem os princípios genéricos e esquemáticos, depende da emissão de uma normatividade futura, em que o legislador ordinário, integrando-lhe eficácia, mediante lei ordinária, lhes dê a capacidade de execução em termos de regulamentação dos interesses visados.

Em síntese, para que ocorra a efetividade jurídica e social das normas constitucionais, é indispensável que a Constituição seja interpretada sistematicamente (Plano Sintático), que os valores estabelecidos nas normas estejam em consonância com a história e os anseios da coletividade (Plano Semântico), e que haja uma pressão popular permanente para que as elites políticas e econômicas cumpram o disposto na Constituição e efetivem os preceitos, princípios e valores lá previstos (Plano Pragmático), evitando-se, na medida do possível, a mal afamada frustração e crise constitucional.

3.6. FUNÇÃO E RELEVÂNCIA

As normas constitucionais programáticas procuram dizer para onde, e como se vai buscando admitir aos fins sociais do Estado. Essa característica teleológica

confere-lhe relevância e função: além de princípios esquemáticos para a atuação legislativa futura, também princípios gerais informadores de toda a ordem jurídica.

É verdade que os princípios expressos em tais normas projetam a sua relevância bem para além dos limites da matéria específica para as quais as próprias normas são ditadas, e investem toda a ordenação jurídica. Isso mesmo significa ainda que a sua relevância não possa ser excluída ou suspensa pela falta da prevista legislação ulterior de atuação, mas que ela se explica, por ora, num sentido todo particular, que, de resto, pode-se conceber como próprio de todos os princípios gerais.

As normas programáticas introduzidas na Constituição visam à instauração de um regime de democracia substancial, ao determinarem a realização de fins sociais, através da atuação de programas de intervenção na ordem econômica, com vistas à realização da justiça social e do bem comum.

A característica das normas programáticas, como princípios gerais informadores do regime político e de sua ordem jurídica, dá-lhe importância fundamental, como orientação axiológica para a compreensão do sistema jurídico nacional. O significado disso consubstancia no reconhecimento de que elas têm uma eficácia interpretativa que ultrapassa, nesse ponto, a outras do sistema constitucional ou legal, porquanto apontam os fins sociais e as exigências do bem comum que constituem vetores da aplicação da lei.

A interpretação jurídica resulta numa compreensão valorativa, num juízo de valor que não se extrai do nada, mas, ao contrário, decorre da intuição das tendências sócio-culturais da comunidade, e fundamentam-se nos *cânones axiológicos que pertencem à ordem jurídica vigente*¹⁰⁰.

Na função judicial, produzem valorações ou estimativas, inclusive naqueles casos que apresentam uma especial dificuldade e muita complicação. O que o juiz faz ordinariamente, e isto é o que deve fazer, consiste em investigar quais são os critérios hierárquicos de valor, sobre os quais está fundada e pelos quais está inspirada a ordem jurídica positiva, e servir-se deles para resolver o caso submetido à sua jurisdição.

A grande relevância das normas programáticas é que elas se constituem como reveladoras tendências sócio-culturais da comunidade, princípios básicos que, entre outros, informam a concepção do Estado e da sociedade e inspira sua ordem jurídica. Isso que significa que elas se manifestam exatamente como aqueles critérios

¹⁰⁰ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 4 ed. São Paulo: Malheiro editores, 2001, p.157.

hierárquicos de valor sobre os quais está fundada e pelos quais se inspira a ordem jurídica positiva, de que deve servir-se o juiz para resolver o caso submetido à sua jurisdição, como todo o interprete e aplicador do direito objetivo.

Esses ditames estão, aliás, configurados expressamente na Ordem Jurídica brasileira, quando estatui, no art. 5º da Lei da introdução do Código Civil, que, “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Daí se pode concluir que as normas constitucionais de princípio programático, segundo José Afonso da Silva, têm por objeto precisamente configurar os fins sociais a que se dirigem o Estado e a sociedade, consoante exigências do bem comum. Se assim é, toda a lei ou norma integrante da ordem jurídica nacional, inclusive as normas constitucionais, há que conformar-se à pauta de valor indicada, ao menos tendencialmente, pelas normas programáticas da Constituição¹⁰¹.

3.7 LIMITES DE EFETIVAÇÃO JUDICIAL DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Todas as normas constitucionais podem ser invocadas pelos juizes na solução de casos concretos, cabendo a eles desenvolvê-las e efetivá-las.

Não se trata de uma atividade livre, embora às vezes, seja ampla a criatividade exigida do legislador. O juiz está vinculado aos métodos de interpretação da Constituição, principalmente aos seus princípios orientadores. Se estes não eliminam de todo a subjetividade de tal operação, confere-lhe certo grau de objetividade, suficiente para que o resultado possa ser submetido ao controle da comunidade, principalmente dos demais operadores de direito.

Assim, o primeiro limite ao desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais vem a ser exatamente os métodos e princípios orientadores da interpretação da Constituição.

Não se pretende aqui, entretanto, tratar especificamente desses princípios, mas sim, tratar de outras barreiras impostas à atuação da jurisdição constitucional, decorrentes do sistema de divisão de competências existentes na própria Constituição.

O primeiro limite ao desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais pode ser assinalado como “o dogma de vedação da atuação do juiz como legislador positivo”. Não poucas vezes, o desenvolvimento e a efetivação judicial da

¹⁰¹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 4 ed. São Paulo: Malheiro editores, 2001, p.158.

Constituição têm sido obstaculizados sob o fundamento de que não caberia ao juiz atuar como o legislador positivo.

Ora, é certo que a Constituição, ao autorizar, expressamente no seu art.126 CRGB, que “nos feitos submetidos a julgamento, não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consagrados”, também incumbe ao juiz, no exercício das suas funções, suprir eventuais omissões legislativas para efetivar e desenvolver as normas constitucionais.

Em toda a Constituição escrita, existe o princípio implícito de que todo o comportamento contrário à Constituição reveste-se de ilicitude, o que decorre de sua própria supremacia, como é o caso da Constituição Guineense, que prevê, no seu art. 123, que *o juiz exerce a sua função com total fidelidade aos princípios fundamentais e aos objetivos da presente Constituição*¹⁰². Se se tratar de inconstitucionalidade por omissão, o princípio exige o seu suprimento nas mesmas circunstâncias.

O art. 119 CRGB, ao atribuir expressamente ao judiciário, sendo este um órgão de soberania, a competência para administrar a justiça em nome do povo, também incumbe-lhe a tomar providências cabíveis para preservar a força normativa da ordem constitucional. O juiz tem, frente a casos concretos, o dever geral de dizer o direito aplicável, mesmo que para isso seja necessário invalidar o ato legislativo inconstitucional ou suprir omissão legislativa inconstitucional.

O julgador, no exercício do controle de constitucionalidade, age para resguardar a supremacia da Constituição. Segundo Sérgio Fernando Moro, a intensidade da interferência na área reservada ao legislador parece ser maior no caso de invalidação de ato legislativo inconstitucional do que no de suprimento de omissão inconstitucional. No primeiro caso, o juiz estará sobrepondo sua interpretação da Constituição à interpretação legislativa, dizendo que a lei, um ato positivo do legislador, é incompatível com a Carta constitucional. Já no segundo caso, o juiz apenas atua supletivamente, censurando não uma ação do legislador, mas uma omissão, ou melhor, talvez desenvolvendo e efetivando a Constituição, independentemente do legislador e no âmbito de suas atribuições específicas, ou seja, no julgamento de casos concretos, sem que se cogite uma censura a outro poder constituído. Admitiu, contudo, que, se num país democrático são problemáticas as decisões judiciais que invalidam decisões legislativas, menos problemáticas são decisões judiciais que suprem vazios legislativos.

¹⁰² Lei nº1\96 de 27 de Novembro. Edições ANP, INACEP: 1996, p. 45.

Para ele, tanto no controle por ação como no controle por omissão, resta preservado o pluralismo político e as competências democráticas dos órgãos legislativos. Se o judiciário invalida a lei que reputa inconstitucional, o legislador pode editar novo ato normativo, oferecendo outro regramento para a mesma matéria, resguardado as orientações contidas na decisão judicial. Se o judiciário supre o vazio legislativo, nada impede que o legislativo edite ato normativo sobre a mesma matéria, oferecendo regramento diverso daquele apresentado pelo judiciário, embora também resguardadas as orientações contidas na decisão judicial¹⁰³.

Em verdade, o apego ao dogma da vedação ao suprimento judicial dos vazios legislativos não se reveste de racionalidade. De fato, é indiscutível que constitui um limite ao desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais.

O segundo limite a considerar nesta dissertação é “a densidade insuficiente das normas constitucionais”. Como se sabe, é comum encontrar nos textos constitucionais, por suas próprias características, regramentos minuciosos acerca das matérias por eles abarcadas. Revestem-se de elevada abstração e abertura, sendo amplas, por consequência, as possibilidades de desenvolvimento e efetivação.

É ampla, por conseguinte, a liberdade de conformação do legislador democrático, valendo aqui a sua primazia no desenvolvimento e efetivação da Constituição.

O desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais, por mais vagas que sejam, estarão legitimados caso o juiz logre demonstrar a consistência de sua atividade.

Não se duvida de que o grau de densidade das normas constitucionais influi na facilidade ou dificuldade de tal demonstração. Não constitui, porém, obstáculo intransponível para desenvolvimento e a efetivação das mesmas.

Tratando-se do controle judicial do ato legislativo, a sua invalidação demandará a demonstração, pelo juiz, de que este é incompatível com a Constituição.

Tratando-se de desenvolvimento e efetivação judicial à margem de vazios legislativos, a reserva de consistência não exige a demonstração da incompatibilidade do ato legislativo com a Constituição, o que torna a tarefa aparentemente mais fácil.

Em suma, a falta de densidade normativa de alguns preceitos constitucionais, embora seja obstáculo para o seu desenvolvimento e efetivação judicial, somente o é na

¹⁰³ MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2001. pp.86-87.

medida em que gera dificuldades adicionais para o julgador, sendo, portanto, transponível.

Um terceiro limite que se pode considerar é “a reserva do possível” das interpretações judiciais, segundo a qual, em sede do controle de inconstitucionalidade por ação, exige que o judiciário apresente argumentos substanciais quanto à incompatibilidade do ato normativo impugnado em relação à Constituição.

Se o caso for de inconstitucionalidade por omissão, não há decisão legislativa à qual o judiciário deve sobrepor-se. Não obstante, o desenvolvimento e efetivação da Constituição são sempre algo que requer cuidado, sobretudo quando se está presente o vazio legislativo ou a carência de legitimidade do judiciário.

Não podem ser desenvolvidas e efetivadas normas constitucionais sem que o judiciário reúna argumentos e elementos suficientes para demonstrar o acerto do resultado que pretende alcançar.

A reserva de consistência exige que o juiz demonstre o desacerto do ato legislativo que pretendeu desenvolver e efetivar na Constituição, apontando que seja mais adequada.

Como o juiz não pode permanecer alheio às conseqüências de suas decisões, teria, inclusive, de verificar os reflexos de sua decisão para a economia do País. O desenvolvimento e efetivação das normas constitucionais, principalmente as que envolvem direitos e prestações materiais, submetem-se à reserva do possível.

O juiz precisa considerar essas repercussões à luz do que aconteceria caso sua decisão fosse estendida a todos os casos análogos, transcendendo aos limites da causa “*sub judice*”.

Para Sergio Fernando Moro, não são pequenas as dificuldades que a decisão ofereceria. O julgador teria que munir-se de amplos dados empíricos a fim de proferir a decisão adequada, conferindo a devida abertura à instrução processual, eventualmente com a requisição de informações de diversas entidades públicas e privadas. Não obstante, Moro garantiu que, apesar das dificuldades, não se trata de tarefa impossível de realização. Ademais, a mesma questão seria levada a diversos juízes, e, em seguida, às instâncias recursais, cada qual podendo oferecer sua contribuição ao enriquecimento do debate. Com o devido tempo, a racionalidade, própria do sistema judicial, com erros e acertos, poderia conferir à questão o amadurecimento necessário, possibilitando o desenvolvimento e a efetivação adequada para a referida norma constitucional.

Deve-se ressaltar que a necessidade do recurso a dados empíricos, eventualmente através de ciências não-jurídicas, pode ocorrer, mesmo quando não se estejam discutindo casos tratados como de inconstitucionalidade por omissão. Afinal, mesmo cabendo, principalmente ao legislador, o desenvolvimento e a efetivação da Constituição, não pode ele ser arbitrário no desempenho de tal atribuição. O resultado dos trabalhos legislativos também pode, por conseguinte, ser impugnado com base em dados empíricos ou trabalhos científicos, o que obrigaria o juiz a examiná-los da mesma forma que nos casos de vazios legislativos¹⁰⁴.

O acerto de normas judiciais a respeito de temas constitucionais relevantes, não pode, porém, prescindir de mais amplas informações, vindas, se necessário, de ciências não-jurídicas. Se o legislador delas não prescinde quanto ao desenvolvimento e efetivação das normas constitucionais no âmbito de sua função, não pode o julgador ignorá-las, submetido que está à reserva de consistência.

Poderá existir um limite para as respostas que poderão ser fornecidas por outras ciências. Estas não eliminam os métodos tradicionais de interpretação da Constituição, nem a vinculação do intérprete aos princípios já mencionados. No entanto, no espaço que lhes cabe, poderão contribuir para que o judiciário tome a decisão mais adequada, reduzindo, ainda mais, a possibilidade de ocorrência de arbítrio.

Por um lado, o juiz não pode desenvolver e efetivar direitos sem que existam meios materiais disponíveis para tal. Por outro lado, mesmo que existam meios para viabilização de determinada prestação material especificamente estatal, não se pode olvidar de que são escassos os recursos orçamentários. Viabilizar aqui pode inviabilizar acolá. Em outras palavras, o atendimento de determinada pretensão à prestação material pode esvaziar outras. Com base nessa constatação, pode-se defender o entendimento de que caberia exclusivamente ao legislador, em virtude do argumento democrático e de sua especial competência orçamentária, definir como os recursos existentes serão utilizados.

A reserva do possível constitui, portanto, severo obstáculo para o desenvolvimento e efetivação judicial dos direitos a prestações materiais, estatais ou privadas. Não se trata, contudo, de barreira intransponível. O judiciário, por óbvio, não poderá tornar viável o inviável. No entanto, aqui é necessário apenas distinguir o viável do inviável, o que leva, em última análise, ao problema da reserva da consistência. Não

¹⁰⁴ MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais**. Sao Paulo: Max Limonad, 2001, pp. 92-93

sem dificuldades e mediante recursos a dados empíricos, é possível verificar quais prestações materiais, e em que grau são de possíveis atendimentos.

De todo o modo, a complexidade da tarefa de determinação da reserva do possível e a especial habilitação do legislador na elaboração da lei recomendam que o juiz atue com redobrada cautela no desenvolvimento e efetivação de direitos fundamentais a prestações materiais, com especial ênfase para a reserva de consistência. Aliás, a reserva do possível constitui apenas uma faceta do limite mais abrangente da reserva de consistência.

CAPÍTULO 4 – INCONSTITUCIONALIDADE, SUAS CONSEQÜÊNCIAS JURÍDICAS E SISTEMA DE FISCALIZAÇÃO INSTITUÍDO NA GUINÉ-BISSAU

4.1 INCONSTITUCIONALIDADE

O conceito de inconstitucionalidade está sempre acompanhado da dinâmica própria das mudanças constitucionais. A ele advém sempre uma relação de contrariedade com a Constituição: de um lado, a Constituição; de outro, um comportamento ameaçador e violador à ordem constitucional.

Uma norma constitucional é desobedecida, quer quando se faz o que ela proíbe, quer quando não se faz o que ela determina, ou seja, há violação à Constituição tanto quando se faz o que ela não admite, como quando se omite fazer o que ela impõe¹⁰⁵.

Segundo lições de Jorge Miranda, a inconstitucionalidade é a relação que se estabelece entre a Constituição e um comportamento que lhe é desconforme ou incompatível com o seu sentido¹⁰⁶.

É essa relação de caráter normativa que garante a eficácia da Constituição jurídica e a ineficácia de qualquer ato normativo contrário à Carta magna, qualificando-o de inconstitucional.

A inconstitucionalidade está ligada aos órgãos públicos, representa o descumprimento do Texto Magno pelos órgãos públicos, quanto à ação ou omissão, desde que a conduta destes esteja regulada pela Constituição, direta ou indiretamente.

O fim a resolver na ação direta de inconstitucionalidade, segundo Dirley da Cunha Junior, é a suposta incompatibilidade vertical entre uma lei ou um ato normativo e uma norma da Constituição, sempre em benefício da supremacia constitucional. Por isso, garantiu que não há lide, nem partes conflitantes na ação direta de inconstitucionalidade, e, por meio dela, não se compõem conflitos de interesses. Garantiu que a propositura de uma ação de inconstitucionalidade significa o início de um processo objetivo destinado a eliminar do sistema jurídico a lei ou ato normativo impugnado que se contraria a uma norma constitucional.

¹⁰⁵ MELLO, Celso António Bandeira. **Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social**. Revista de Direito Público nº 57-58, p.237

¹⁰⁶ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1991, t. II, p.273-274

Para ele, os legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade não são considerados partes, pelo menos do ponto de vista material, uma vez que, nessa ação de nítido caráter objetivo, inexistem partes e quaisquer litígios referentes a situações subjetivas ou individuais. Pode-se dizer apenas que esses legitimados são partes meramente formais, por encontrarem-se incumbidos pela ordem jurídica da responsabilidade de argüirem, judicialmente, a inconstitucionalidade das leis ou atos normativos do poder público. Tampouco podem ser consideradas partes passivas os responsáveis pela elaboração dos atos questionados, haja vista que as ações diretas não são propostas contra alguém ou determinado órgão, mas sim em face de uma lei ou ato normativo supostamente considerado inconstitucional¹⁰⁷.

A inconstitucionalidade representa uma sanção geral aplicável aos atos normativos e omissões oriundas dos órgãos públicos, os quais colidem com a Carta Magna. O que segundo Paulo Pimenta compõe o próprio conceito de inconstitucionalidade, pois a ausência dessa sanção implicaria a mera censura para a inconstitucionalidade, posto que o texto constitucional deixaria de ser obrigatório.

Para ele, o motivo de não se inserir os atos normativos dos particulares no controle de constitucionalidade é a existência de autonomia da ordem jurídica privada perante o ordenamento constitucional. Admitiu, porém, ser verdade que tais atos podem ser invalidados por afronta às normas constitucionais, contudo, neste caso os instrumentos de controle são os remédios jurídicos de invalidação dos atos ilícitos, e não os de controle de constitucionalidade¹⁰⁸.

O principal mecanismo de defesa ou de garantia da Constituição consiste na fiscalização de Constitucionalidade. Por isso, ela é tida como uma questão central para o cumprimento da Constituição, pois uma Constituição que falte a garantia de eliminação de inconstitucionalidades por ausência de mecanismos de controle da constitucionalidade não possui completa obrigatoriedade jurídica e surge destituída de força jurídica vinculante.

¹⁰⁷ CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**: teoria e prática. Salvador: Jus Podvin, 2006, pp.163-164.

¹⁰⁸ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio Pimenta. **Eficácia e Aplicabilidade das normas constitucionais programáticas**, São Paulo: Editora Max Limonad, 1999, p. 179.

4.1.1 Tipologia

4.1.1.1 Inconstitucionalidade por ação

A inconstitucionalidade por ação é inconstitucionalidade positiva que se traduz, na prática, do ato violador da Constituição. Ela corresponde a um comportamento ativo, uma ação, um *facere* violador e contrario à Constituição. Em outras palavras, a inconstitucionalidade por ação é a conduta positiva incompatível com os princípios constitucionais assegurados.

Com efeito, a Lei, no Estado Democrático de Direito, não é um ato livre da Constituição, mas uma atividade positiva e negativamente determinada pela lei fundamental.

Assim, inconstitucionalidade é o ato normativo produzido em dissonância com a Constituição, seja no aspecto formal, seja no aspecto material. O que significa que a inconstitucionalidade por ação, seja a afronta ao conteúdo consagrado pela Constituição, a afronta ao processo de produção normativa por ele prevista.

José Afonso da Silva adverte que o fundamento da inconstitucionalidade por ação está no fato de que o princípio da supremacia da Constituição resulta da compatibilidade vertical das normas do ordenamento, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com normas de grau superior, sendo a norma de máxima hierarquia a Constituição. Assim, segundo ele, as normas que não forem compatíveis com a Constituição são inválidas, pois a incompatibilidade vertical resolve-se em favor da norma superior, que funciona como fundamento da validade das inferiores.

Nessa perspectiva, a inconstitucionalidade por ação está relacionada com o princípio da compatibilidade vertical das normas da ordenação jurídica, decorrente do princípio da supremacia da Constituição.

A inconstitucionalidade por ação resulta na norma jurídica inválida, razão pela qual ela opera no plano da validade jurídica.

O controle da inconstitucionalidade por ação tem por finalidade a obtenção da declaração judicial de que a norma produzida em desconformidade com a Constituição é inconstitucional e, por isso, deve ser eliminada do sistema jurídico. A fiscalização de constitucionalidade por ação tem por objetivo proteger o Estado de Direito, bloqueando a subsistência de toda e qualquer norma inconstitucional no

ordenamento, tentando assim, limitar juridicamente os abusos e excessos no exercício do poder.

4.1.1.2 Inconstitucionalidade por omissão

A inconstitucionalidade por omissão é uma inconstitucionalidade negativa, resultante da abstenção, inércia ou silêncio do poder político que deixa de praticar determinado ato exigido pela Constituição. Isso que significa que ela pressupõe a exigência constitucional de ação, apenas podendo haver a omissão inconstitucional quando há o dever constitucional de ação.

A omissão inconstitucional caracteriza-se pela falta ou insuficiência de medidas legislativas, falta de adoção de medidas políticas ou de governo, falta de implementação de medidas administrativas, incluídas as medidas de natureza regulamentar ou de outros atos da administração pública.

O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. Se o Estado deixar de determinar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impõe, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Deste *non facere ou non praestare* resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total ou parcial, respectivamente, quando nenhuma providência for adotada, ou quando for insuficiente a medida efetivada pelo poder público.

A omissão legislativa resulta do silêncio na tarefa do legislador de editar normas necessárias para a efetividade da Constituição. Trata-se do não cumprimento do dever especial de legislar, que se manifesta constitucionalmente quando há uma ordem concreta de legislar, ou seja, a omissão em sentido jurídico-constitucional significa [não] fazer aquilo a que se estava constitucionalmente obrigado.

Segundo lições de José Joaquim Gomes Canotílo, a omissão legislativa só é autônoma e juridicamente relevante quando se conexiona uma exigência constitucional de ação, não bastando o simples dever geral do legislador para dar fundamento a uma omissão constitucional, pois, para ele, existe um dever jurídico-constitucional de ação quando as normas constitucionais tiveram natureza de imposições concretamente impositivas.

Poderá, de uma formal geral, falar-se de uma inconstitucionalidade por omissão quando a Constituição consagra normas sem suficiente densidade para se tornarem exequíveis por si mesmas, reenviando para o legislador a tarefa de lhe dar exequibilidade prática.

Nesta concepção, a omissão legislativa jurídico-constitucionalmente relevante existe quando o legislador não cumpre o dever constitucional de emanar normas destinadas a atuar imposições constitucionais permanentes e concretas. O que significa que o legislador violou, por ato omissivo, o dever de atuar concretamente, imposto pelas normas constitucionais. Logo, o conceito de omissão aponta o não fazer aquilo a que de forma concreta e explícita estava constitucionalmente obrigado, ou seja, a omissão inconstitucional relacionada à exigência concreta de ação contida nas normas constitucionais¹⁰⁹.

Convém salientar que esse entendimento é reiterado por Jorge Miranda.¹¹⁰ Ele sustenta que a omissão legislativa apresenta os seguintes pressupostos:

- O não cumprimento da Constituição deriva da violação de determinada norma;
- Trata-se de uma norma constitucional não exequível por si mesma;
- Nas circunstâncias concretas da prática legislativa, falem medidas legislativas necessárias para tornar exequível aquela norma.

Regina Maria Macedo Nery Ferrari é de opinião de que é necessário, para a caracterização de inconstitucionalidade por omissão, que esta esteja relacionada com uma norma individualizada, ou seja, que a violação por omissão das normas constitucionais não seja resultado da aplicação global da Constituição, do conjunto de disposições e princípios, mas seja resultado da violação de um determinado preceito, o qual não possa ser exequível pela omissão do poder público, pois, se assim não acontecer, pode-se semear a incerteza e a insegurança, ficando o controle da constitucionalidade remetido para um terreno indefinido, o que proporcionaria a violação de todos os objetivos do Direito, que são os de proporcionar a harmonia e a paz social¹¹¹.

¹⁰⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador** – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Ed. Coimbra, 1982, pp. 481-482

¹¹⁰ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1991, t. II, p.518

¹¹¹ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. São Paulo, RT, 1999, p. 224

A caracterização da omissão legislativa inconstitucional e seu controle propulsionam uma inversão positiva no raciocínio jurídico tradicional. Se, antes, a imperfeição, o vício e a deformidade correspondia às normas constitucionais não auto-executáveis, dependentes da legislação, com o advento da inconstitucionalidade por omissão, o problema se desloca para o âmbito da legislação, ou seja, torna-se passível de inconstitucionalidade a omissão dos poderes públicos, quando inviabilizam a efetividade do preceito constitucional.

Desde logo, pode-se captar a importância da inconstitucionalidade por omissão para a preservação e salvaguarda da Constituição e de seu sistema de valores.

Constata-se assim que a inconstitucionalidade por omissão se situa na fronteira de discricionariedade do legislador e do dever de legislar a que está sujeito, em determinadas hipóteses.

Com efeito, o conceito de discricionariedade no âmbito da legislação traduz a idéia de liberdade e de limitação. Se for reconhecido ao legislador o poder de conformação dentro dos limites estabelecidos na Constituição, vedando-lhe o excesso de poder, por outro lado o poder discricionário de legislar contempla, igualmente, o dever de legislar.

A omissão inconstitucional é equiparável à ação inconstitucional. Curioso é o caráter ambivalente das normas constitucionais, ao mesmo tempo ordem de ação e limite de ação. Tanto a liberdade discricionária outorgada pelo legislador como os limites desta liberdade surgem como questão jurídica susceptível de aferição judicial, passível de ser resolvida no âmbito da fiscalização da constitucionalidade.

4.1.1.3 Inconstitucionalidade originária e Inconstitucionalidade superveniente

Essa classificação refere-se ao momento da edição das normas constitucionais.

Quando o ato ou o comportamento inconstitucional é emitido na vigência da Constituição, a inconstitucionalidade é originária. Pode acontecer que a norma constitucional seja editada após o ato normativo inferior. Nesse caso, a inconstitucionalidade chama-se “superveniente”. Ou seja, promulgada uma norma programática, passa a produzir efeitos. Pode ocorrer que as leis infraconstitucionais anteriores à edição da Constituição sejam, com esta, incompatíveis.

Entretanto, se a superveniência da norma constitucional implica a derrogação do direito anterior, a questão deixa de ser situada no âmbito de constitucionalidade, passando para a esfera do direito intertemporal.

Paulo Pimenta fundamenta assim a sua posição:

A colisão entre normas da mesma hierarquia apresenta aspectos distintos em relação ao conflito entre lei e norma constitucional, inclusive a programática. Razão pela qual, defende que a incompatibilidade entre a norma infraconstitucional e a Carta magna importa em valoração negativa da ordem jurídica, susceptível de reprovação com a declaração da inconstitucionalidade¹¹².

Essa posição foi abraçada no Brasil por alguns doutrinadores, como é o caso de Castro Nunes e, na Itália, Crisafulli seguiu o mesmo entendimento.

Vézio Crisafulli advoga que a vontade normativa da Constituição não se exaure no momento da formação da lei, mas deve ser considerada uma vontade permanente, compatível com os valores definidos na norma constitucional.

4.1.1.4 Inconstitucionalidade por omissão legislativa total e inconstitucionalidade por omissão legislativa parcial.

A inconstitucionalidade por omissão corresponde à falta de ação nos termos exigidos quando houver a exigência constitucional de ação. A partir dessa definição, pode-se classificar a inconstitucionalidade por omissão em “total” e “parcial”.

A inconstitucionalidade por omissão total identifica-se com a falta de ação em face do dever jurídico de agir, ou seja, manifesta-se o absoluto silêncio. É uma postura totalmente passiva do legislador.

A inconstitucionalidade por omissão é parcial quando se verifica a falta de ação nos termos exigidos pela Constituição, isto é, há uma atividade imperfeita, que não é capaz de responder aos exatos termos do comando constitucional.

¹¹²PIMENTA, Paulo. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1999, p.186.

Jorge Miranda¹¹³ define a inconstitucionalidade por omissão total como resultante de falta absoluta de medidas legislativas ou outras que dêem o cumprimento a uma norma constitucional ou a um dever prescrito por norma constitucional, e inconstitucionalidade por omissão parcial como aquela que consiste na falta de cumprimento do comando constitucional quanto a alguns dos seus aspectos ou dos seus destinatários.

Assim, a inconstitucionalidade por omissão, quando total, corresponde à inércia completa do legislador; quando parcial, corresponde à deficiência ou insuficiência da atividade legislativa.

A inconstitucionalidade por omissão parcial é um fenómeno complexo, pois, por vezes, pode implicar inconstitucionalidade por ação. Pode ocorrer em virtude da violação do princípio da igualdade, sempre que acarrete um tratamento mais favorável ou desfavorável prestado a certas pessoas ou a certas categorias de pessoas, e não a todas as que, estando em situação idêntica ou semelhante, deveriam também ser contempladas do mesmo modo pela lei.

Existe uma omissão legislativa parcial quando o legislador não efetiva completamente uma imposição constitucional concreta. Ela ocorre especialmente quando leis de cumprimento da Constituição favorecem certos grupos, esquecendo outros, o que importa na exclusão constitucional de vantagens. Caracteriza-se, assim, a omissão legislativa, dado que o legislador tem o dever de tornar exequível o Direito Constitucional, em prol do princípio da igualdade, o que justifica o alargamento da solução legal a outras categorias de cidadãos. É nessa perspectiva que Flávia Piovesan considera que a omissão deve ser concebida no ângulo material e não meramente formal, ou seja, a violação ao princípio da igualdade implica inconstitucionalidade por omissão¹¹⁴.

4.2. SISTEMA DE FISCALIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE NA GUINÉ-BISSAU

As garantias da Constituição podem ser entendidas como meios e institutos destinados a assegurar a observância, aplicação, estabilidade e conservação da lei

¹¹³ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1991, t. II, p.339

¹¹⁴ PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra omissões legislativas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 97

fundamental. Todos os poderes do Estado subordinam-se à Constituição e os seus atos políticos sujeitam-se ao controlo político e jurisdicional.

As Constituições tendem a instituir garantias que previnam e reprimam a inconstitucionalidade, nomeadamente pela criação de órgãos de fiscalização, sendo na maioria dos países, os tribunais.

Os tribunais existem para garantir o exercício dos direitos dos cidadãos, o cumprimento da lei e o respeito ao sistema constitucional instituído, através da resolução dos litígios de uma forma livre, justa e imparcial. Há países que, não obstante, optam por atribuir a fiscalização da constitucionalidade a órgãos políticos, como foi o caso da Guiné-Bissau, que atribuiu, na Constituição de 1984, a fiscalização da constitucionalidade à Assembleia Nacional Popular¹¹⁵.

Existem vários modelos de fiscalização de constitucionalidade, entre os quais se podem distinguir a fiscalização preventiva e a fiscalização sucessiva.

A fiscalização preventiva é feita antes da entrada em vigor da norma, ou seja, a fiscalização é feita no âmbito da criação da norma, antes desta produzir quaisquer efeitos. Já a fiscalização sucessiva é feita depois da entrada em vigor da norma.

A fiscalização preventiva destina-se a vedar ou a dificultar a vigência de normas indubitavelmente inconstitucionais, e só dessas, sem precluir uma ulterior apreciação pelos órgãos competentes. Segundo o entendimento de Jorge Miranda, a fiscalização preventiva é como um instrumento de garantia da Constituição contra violações grosseiras e inequívocas, vindas de atos normativos mais importantes que se justificam, e não como sucedâneo de uma fiscalização *a posteriori*, concreta ou abstrata que pode ser feita em qualquer outro momento¹¹⁶.

Também se distingue a fiscalização concreta da fiscalização abstrata. A diferença reside no fato de a fiscalização ter lugar a propósito da aplicação da norma a um caso concreto ou independentemente dessa aplicação.

Pode-se distinguir ainda a fiscalização concentrada da fiscalização difusa, quando é exercida por um único tribunal, ou quando é atribuída à generalidade dos tribunais.

Por ultimo, importa distinguir a fiscalização por via incidental, na qual a inconstitucionalidade é invocada no decurso de um processo em que a aplicação da

¹¹⁵ A Constituição de 1984 prevê no seu art. 98, nº. 3 que *admitida a questão da inconstitucionalidade, o incidente sobe em separado à Assembleia Nacional Popular, que decidirá.*

¹¹⁶ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, 3 ed, tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 464.

norma a um caso concreto seja ponderada, ou então por via principal, na qual a inconstitucionalidade da norma constitui o objeto do processo em apreciação¹¹⁷.

A Constituição Guineense consagra um sistema de fiscalização da constitucionalidade concentrado, por via incidental.

O título IV da Constituição Guineense prevê no seu capítulo I um único artigo que fala sobre a fiscalização da constitucionalidade e das leis, o artigo 126:

Art.126: 1. Nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consagrados.
2. A questão da inconstitucionalidade pode ser levantada oficiosamente pelo tribunal, Ministério Público ou por qualquer das partes.
3. Admitida a questão de inconstitucionalidade, o incidente sobe em separado ao Supremo Tribunal de Justiça, que decidirá em plenário.
4. As decisões tomadas em matéria de inconstitucionalidade pelo plenário do Supremo Tribunal de Justiça terão força obrigatória geral e serão publicadas no Boletim Oficial¹¹⁸.

Quanto à iniciativa, a fiscalização é difusa e sucessiva, pois, depois da entrada da norma em vigor, qualquer tribunal pode recusar a aplicação de uma norma que suspeitar ser inconstitucional (art. 126, nº1).

O nº. 2 do referido preceito fala da legitimidade para suscitar a inconstitucionalidade, que pode ser levantada tanto pelo Tribunal, Ministério Público ou qualquer das partes interessadas na sua declaração. Já a sua apreciação e decisão são concentradas, uma vez que é exclusivamente atribuída ao Supremo Tribunal de Justiça que o decidirá em plenário e cujas decisões têm força obrigatória geral (art.126, nº. 3).

O nº. 4 do art. 126 fala da publicação das decisões em matéria de inconstitucionalidade no Boletim Oficial da república. Uma decisão proferida pelo órgão judicial supremo do país, instituído como primeira e última instância a decidir sobre essas questões, é insusceptível de recurso e se impõe com a sua força obrigatória geral.

A Constituição da Guiné-Bissau não prevê a existência de tribunal constitucional. Teoricamente, a existência de um tribunal desse tipo apresenta vantagens, permitindo a especialização. No entanto, na Guiné-Bissau são raros os incidentes de fiscalização da constitucionalidade, não se justificando, por enquanto, a sua criação.

¹¹⁷ OLIVEIRA, Felipe falcão. **Direito Público Guineense**, Coimbra, Almedina, 2005, p. 176.

¹¹⁸ Lei nº1\96 de 27 de Novembro. Edições - ANP, INACEP: 1996, p. 46-47.

O Supremo Tribunal de Justiça é soberano e continua a exercer, no âmbito das competências que lhe foram confiadas, as funções de um tribunal constitucional, civil, penal e eleitoral, tendo em conta que cabe a ele decidir de todos os recursos vindos dos tribunais inferiores, uma competência que se justifica em face da atual Constituição da República da Guiné-Bissau, no capítulo VII referente ao poder Judicial:

Art.119: Os Tribunais são órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo.
1. O Supremo Tribunal de Justiça é a instancia judicial suprema da República¹¹⁹.

O controle de constitucionalidade significa impedir a subsistência da eficácia da norma contrária à Constituição, pressupondo, necessariamente, a idéia da supremacia constitucional, pois, na existência de um escalonamento normativo, em que é a Constituição a norma-origem, encontra o legislador o seu limite, devendo obedecer à forma prevista constitucionalmente. Por isso, o ato normativo contrário ao texto constitucional será considerado presumidamente constitucional ate que por meio de mecanismos previstos constitucionalmente se declare sua inconstitucionalidade e, conseqüentemente, a retirada de sua eficácia ou executoriedade¹²⁰.

Como se pode constatar, o sistema de fiscalização da constitucionalidade instituído na Guiné-Bissau é um regime muito abstrato e frágil. No único artigo que regula a matéria, fala-se apenas da inconstitucionalidade que pode abranger as mais diversas modalidades de inconstitucionalidades que poderão ser suscitadas de acordo com a legitimidade fixada pela própria Constituição.

O artigo 126 n.º 3 fala da possibilidade de procedência de uma questão de inconstitucionalidade num processo que só pode ser apreciado e decidido em plenário no Supremo Tribunal de Justiça, mas não fala nem de prazos para a tomada de providências necessárias com vistas ao suprimento de inconstitucionalidade no caso de se tratar de uma inconstitucionalidade por omissão.

Destaque-se que, no sistema brasileiro, a demarcação de prazo implica na possibilidade de responsabilizar o órgão administrativo omissor se, ultrapassando o prazo, ficar mantida a omissão. Neste sentido, o jurista Brasileiro Michel Temer observa o seguinte:

¹¹⁹ Lei nº1\96 de 27 de Novembro. Edições - ANP, INACEP: 1996, p. 44--45.

¹²⁰ DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus efeitos**. São Paulo: Saraiva, 1997

Verifique-se que, em se tratando de órgão administrativo, o agente público encarregado da prática do ato poderá ser responsabilizado se não o praticar no prazo de 30 dias. Mas, em se tratando de medidas legislativas, não havendo a Constituição Federal fixado prazo para a adoção da providência, qual a sanção para o não cumprimento da ordem judicial que declarou a inconstitucionalidade por omissão e determinou a prática da medida. Não há previsão no texto constitucional, no que a nossa Constituição reproduziu o sistema da Constituição [...] Tudo implica que o constituinte pátrio confia no estabelecimento de mecanismos regimentais internos no poder legislativo, capazes de viabilizar o disposto na determinação judicial¹²¹.

A propositura de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, nessa hipótese, implica tão somente, se julgada procedente, na declaração de inconstitucionalidade por omissão, seguida da ciência ao legislativo para que adote as providências necessárias, no sentido de suprir a omissão e conferir eficácia ao preceito constitucional.

Em face desta sistemática, Flávia Piovesan acredita que a falta da previsão do prazo para a colmatação da lacuna por parte do legislativo, fomenta a discricionariedade deste poder público, afirmando, contudo que, não tem como assegurar o efetivo cumprimento do preceito constitucional, pois nada garante que o poder legislativo irá acatar a decisão judicial uma vez que não há como imputar sanção ao comportamento inconstitucional do mesmo¹²². Um fato que, segundo ela, torna descabido e frustrado a concessão da medida liminar em que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão foi instituída.

4.2.1. Momento da caracterização da inconstitucionalidade por omissão

O momento determinante para a caracterização da omissão legislativa é, sem dúvida, uma das questões essenciais para a determinação da inconstitucionalidade por omissão, ou seja, qual é o momento exato em que se pode conceber o silêncio legislativo como inconstitucional.

Segundo Jorge Miranda, a inconstitucionalidade se concretiza sempre que, mandando a norma reguladora de certa relação ou situação praticar certo ato ou certa atividade nas condições que estabelece o destinatário, não o faça nos termos exigidos,

¹²¹ TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p.47-48.

¹²² PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial em face das omissões legislativas**. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2003, pp.121-122.

não o faça em tempo útil, e a esse comportamento se liguem conseqüências. Nessa concepção, o não fazer em tempo útil pode levar à caracterização da inconstitucionalidade por omissão¹²³.

Vê-se, portanto, que a apreciação da omissão não pode ser separada da apreciação do fator tempo, pois o juízo da inconstitucionalidade por omissão traduz-se num juízo sobre o tempo, dentro do qual podia e devia ser produzida a medida necessária para conferir a exequibilidade à norma constitucional.

A não adoção de certo ato em tempo útil remete a duas situações diversas que se verifiquem quando haja ou não fixação de prazo pela própria Constituição.

No primeiro caso, se o próprio texto constitucional delimitar um prazo para a prática do ato, só se caracteriza a inconstitucionalidade por omissão quando escoado o prazo, sem a adoção de medidas necessárias. Ou seja, no decurso do prazo determinado pela Constituição, se houver inércia, poderá ser caracterizada como inconstitucional, tendo em vista que a própria Constituição demarca um prazo razoável para a adoção das providências exigidas pela norma constitucional. Mas bastou ter ultrapassado o prazo, sem a adoção das providências exigidas, que a inércia, o silêncio, a omissão do órgão competente passam a configurar como inconstitucional.

Na segunda hipótese, ou seja, no caso de a Constituição não delimitar o prazo, no caso de omissão do órgão competente, há de ser questionado qual seria o prazo razoável para a adoção da medida. O artigo 58 da Constituição da Guiné-Bissau prevê que “em conformidade com o desenvolvimento do país, o Estado criará progressivamente as condições necessárias à realização integral dos direitos de natureza econômica e social reconhecidas neste título”¹²⁴.

Desse modo, Dirley da Cunha Junior considera que, ultrapassadas todas as circunstâncias envolvidas com a situação concreta, se se dessumir que a medida reclamada, ao longo do tempo escoado, não só podia como devia ter sido produzida, em razão de sua importância e indispensabilidade para dar operatividade prática às normas constitucionais, restará ocorrida e caracterizada a inconstitucionalidade por omissão. Assim, torna-se necessário verificar, em cada caso concreto, a fluência de “tempo razoável” para a edição da medida faltante, ou seja, basta verificar, em cada caso concreto, que estão criadas as condições necessárias à realização integral de tais

¹²³ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, Coimbra, Ed. Coimbra, 1991, t. II, p.313

¹²⁴ Lei nº 1/96, Edições – ANP, INACEP: 1996, p.24.

direitos, sem que fossem tomadas as providências necessárias para a emissão legal das normas concretizadoras para se caracterizar a inconstitucionalidade por omissão¹²⁵.

Segundo Flávia Piovesan, citando a “lógica do razoável” de Recasen Siches, a razoabilidade está limitada, condicionada e influenciada pela realidade concreta do mundo no qual opera o Direito. Ela está circunscrita, condicionada e influenciada pela realidade do mundo social, histórico e particular, no qual e para o qual são produzidas as regras jurídicas. A inconstitucionalidade está, ainda, impregnada por valorações, critérios axiológicos, que devem levar em conta todas as possibilidades e todas as limitações reais¹²⁶.

Nesse sentido, Regina Maria Macedo Nery Ferrari¹²⁷ considera que a inconstitucionalidade por omissão nada mais é do que um juízo sobre o tempo em que se deveria ser produzido o ato que viesse a proporcionar a efetiva aplicação dos dispositivos constitucionais.

À luz da teoria do razoável e levando em conta esse amplo elenco de elementos e fatores sociais, históricos e valorativos, deve-se concluir que o ato, ao longo do prazo decorrido, não só podia como devia ser emitido. Ficará caracterizado ato de como inconstitucionalidade.

Observa-se, portanto, quão importante é a determinação do tempo para a caracterização da inconstitucionalidade por omissão, pois, como anota Regina Ferrari, se não houvesse a definição de um limite temporal para a elaboração dos atos necessários à efetivação dos preceitos constitucionais, “haveria inteira liberdade por parte dos poderes constituídos na realização de atos integrativos, o que acabaria por tornar ineficazes as imposições constitucionais”¹²⁸.

No tocante aos direitos e garantias fundamentais, a tolerância há de ser consideravelmente reduzida, ante o princípio constitucional da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

¹²⁵ CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**: teoria e prática, p.203.

¹²⁶ PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra omissões legislativas**. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2003, p. 94-95

¹²⁷ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. São Paulo, RT, 1999, p. 227

¹²⁸ FERRARRI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos de Declaração de inconstitucionalidade**. Sao Paulo: Revista dos Tribunais, 1992 p. 227.

4.2.2 Efeitos da Declaração da Inconstitucionalidade por omissão

As conseqüências inerentes à decisão de inconstitucionalidade variam de ordem jurídica para ordem jurídica e dependem da gravidade da inconstitucionalidade, podendo-se falar a esse propósito em inexistência, invalidade e irregularidade.

As normas constitucionais aplicam-se até serem declaradas inconstitucionais. Se o tribunal declarar inconstitucional uma norma, a decisão tem força obrigatória geral (art.126). Isso significa que a norma deixa de produzir efeitos jurídicos, não podendo voltar a ser aplicada no futuro.

A Constituição nada mais diz sobre essa matéria. Não se refere ao problema da retroatividade nem à eventual reprivatização das leis pelas normas declaradas inconstitucionais, o que significa que essas questões foram deixadas para a doutrina e jurisprudência.

A declaração de inconstitucionalidade tem efeitos a partir da entrada em vigor da norma inconstitucional (ou da entrada em vigor da nova norma constitucional, no caso da inconstitucionalidade superveniente), ressalvando, portanto, os casos julgados.

A Constituição Guineense não diz expressamente quando é que se deve ter em conta a reprivatização dos preceitos revogados por preceitos declarados inconstitucionais, mas o Supremo Tribunal de Justiça deverá, em casos excepcionais, sempre que a segurança jurídica o exigir, seguir, a exemplo da Constituição Portuguesa, que prevê expressamente a possibilidade de fixação dos efeitos pelo tribunal Constitucional, que pode limitar ou eliminar a retroatividade e a reprivatização.

Os efeitos analisados referem-se a decisões em que o órgão fiscalizador da constitucionalidade declara a norma inconstitucional. O mesmo não se pode afirmar das decisões em que o tribunal não considerar haver inconstitucionalidade. Nestes casos, todos os tribunais, incluindo o próprio Supremo Tribunal de Justiça, continuam a ter plena liberdade de decisão.

Configurada a inconstitucionalidade por omissão, impõe-se o dilema da atuação dos tribunais: ou declararam a inconstitucionalidade das normas que contenham essas omissões, na perspectiva de que houve inconstitucionalidade por ação em decorrência da violação do princípio da igualdade, ou na perspectiva de que houve a inconstitucionalidade por omissão parcial. Nesse caso, estendem o âmbito normativo, a fim de que seja observado o princípio da igualdade.

Para Sérgio Fernando Moro, *o dogma de vedação da atuação do juiz como legislador positivo não se sustenta quando se apresenta a violação da Constituição. O judiciário, no exercício do controle de constitucionalidade, sempre interfere na atividade legislativa, seja quando supre a falta de lei, seja quando invalida lei constitucional, não se diferenciando, em substância, essas duas formas de controle*¹²⁹. Esse é o caso do nº. 3 do artigo 126, que não diferencia as inconstitucionalidades por ação da inconstitucionalidade por omissão, limitando-se apenas a inconstitucionalidade.

Ora, quando se trata da inconstitucionalidade, o que importa é assegurar a prevalência, o respeito e a observância efetiva da Constituição enquanto norma suprema. Nesse sentido, se se tomar o controle da inconstitucionalidade por ação, verificar-se-á que inexistem um aparato sancionatório endereçado ao órgão que produziu a lei ou ato normativo inconstitucional. Frise-se que, no âmbito do controle da constitucionalidade, o poder legislativo não é responsabilizado, ou punido, porque legislou mal, legislou contrariamente à Constituição, e nem mesmo o poder executivo, ao expedir decretos inconstitucionais, é responsabilizado. Isso porque, no âmbito do controle da constitucionalidade, não se afigura suficiente uma sanção direta ao órgão ou agente que promulgou ato inconstitucional, porquanto essa providência não o retira do ordenamento jurídico. O que importa nessa sistemática de controle, para Piovesan, é declarar a inconstitucionalidade da norma violadora da Constituição, afastando-a do sistema jurídico em prol da supremacia constitucional¹³⁰.

Tecendo um paralelo com a inconstitucionalidade por ação, pode-se dizer que esta opera no campo da validade normativa, enquanto a inconstitucionalidade por omissão opera no campo da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais.

Enquanto a inconstitucionalidade por ação está fundamentalmente ligada à ação excessiva dos poderes públicos, e que resulta em norma jurídica inválida, a inconstitucionalidade por omissão está relacionada à omissão, total ou parcial, dos poderes públicos, que enseje norma constitucional ineficaz ou que impeça alcance de uma eficácia plena da norma constitucional.

A omissão inconstitucional constitui uma estratégia que visa a tornar viável uma Constituição do tipo “Construtiva” e “Dirigente”, que cultua um modelo de Estado

¹²⁹ MORO, Sergio Fernando. **Desenvolvimento efetivação judicial das normas Constitucionais**. São Paulo: Max Limoad, 2001, p. 86.

¹³⁰ PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial em face das omissões legislativas**. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2003, p.122.

intervencionista, do qual emerge o direito a prestações positivas. Por isso, a sua tarefa essencial é maximizar a efetividade das normas constitucionais, estimulando o desenvolvimento da sua aplicabilidade.

José Afonso da Silva acredita que as normas constitucionais programáticas podem estabelecer ao legislador ordinário um dever de emitir as normas integrativas, mas indaga-se qual é a natureza desse dever imposto ao legislador e se questiona se esse dever é controlável juridicamente.

Importa referir que a dinâmica constitucional exige a atuação política, não visa a eliminá-la, mas apenas conferir fundamento à sua realização. Não substitui a política, mas é sua premissa material e limite para a sua atuação, pois que a definição dos fins do Estado não pode nem deve derivar da vontade política do Governo, como interesse superior do Estado, mas da vontade popular representada e sedimentada na Constituição.

4.3 PAPEL DO JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS

A inconstitucionalidade por omissão, suscita, talvez, um dos maiores problemas com que a ciência do Direito Constitucional tem a se defrontar, que é definir como efetivar o controle judicial da omissão inconstitucional e como se daria esse controle. O judiciário exerceria, ainda que provisoriamente, uma típica atividade de legislador positivo, suprindo a omissão inconstitucional dos órgãos de direção política (Legislativo e Executivo) ou obrigaria esses órgãos a pronunciar-se.

Em sede da inconstitucionalidade por ação, esse problema não existe, tendo em vista que a solução para a inconstitucionalidade das leis e demais atos comissivos do poder público implica tão somente o exercício pelos Tribunais, de uma competência de cassação em que o judiciário exerce uma atividade legislativa negativa de invalidação da lei pela sua declaração de inconstitucionalidade.

Dirley da Cunha Junior defende a tese teórica e cientificamente sustentável de que o poder judiciário não só pode como deve, no exercício da jurisdição constitucional, integrar a ordem jurídica e suprir a omissão inconstitucional dos órgãos da direção política à guisa de um efetivo controle dessa omissão. Segundo ele, não estão em jogo, aqui, as oscilações político-partidárias, mas sim a imperatividade da

Constituição e o respeito pela vontade popular, fonte do maior de todos os poderes: *O Poder Constituinte*¹³¹.

Ao contrário do que muitos comodamente advogam, os ideais de um Estado Constitucional Democrático de Direito estão a exigir essa firme postura do judiciário e não a repeli-la!

Para Dirley da Cunha Junior, não adianta afirmar que a Constituição deve ser respeitada, que ela vincula os poderes constituídos, que ela deve ser concebida como uma Constituição normativa plena e conclui, asseverando que o judiciário não pode suprir ativamente as odiosas omissões do poder público, que acarretam até um pernicioso processo de mutação constitucional.

Embora sempre tenha sido assim, Cappelletti reconhece que houve grande intensificação da criação judicial do direito neste século, como produto, a seu ver, de uma reação geral aos formalismos, (inclusive ao positivismo jurídico) que enfatizavam o elemento da lógica pura ou mecânica no processo jurisdicional, encobrendo o elemento discricional de escolha. Como parte dessa reação, as escolas sociológica, realista e outras trataram de sepultar a idéia do juiz como “a inanimada boca da lei”, evidenciando que seu papel é muito mais difícil e complexo: o juiz é muito mais responsável moral e politicamente por suas decisões do que sugeriam as doutrinas tradicionais¹³².

Cappelletti argumenta que a tendência natural da magistratura, pelo seu conservadorismo funcional, seria até contrária a isso, mas as mudanças ocorridas no tipo de Estado e, logo, no tipo de Direito, tornaram-no inevitável. Com a sociedade do bem-estar social vieram a legislação social e o direito social. Com isso, por motivos que aqui não precisam ser mencionados, transformou-se definitivamente o papel da magistratura, o que foi, por alguns, qualificado como verdadeiro ataque à soberania parlamentar que se baseava na confiança, na sapiência das maiorias parlamentares.

O crescimento do judiciário, no dizer de Cappelletti, “terceiro gigante”, em face da necessidade de confiar-lhe, as novas proclamações dos direitos fundamentais deve-se, sobretudo, a salvaguarda da Carta Magna e o respeito pela dignidade da pessoa humana.

¹³¹ CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: teoria e prática**. Salvador: Jus Podvin, 2006, p. 215.

¹³² CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993, pp.32.33.

Foram, então, os tribunais, nacionais ou transnacionais, os garantidores da efetividade e atuação prática de tais direitos, que, de outro modo, teriam permanecido como meras declarações. Exatamente por terem formulações vagas e ambíguas, esses direitos puseram os tribunais ante *o dilema de dar-lhes conteúdo, ou considerar como não vinculante justamente o núcleo central das Constituições modernas*¹³³.

Situando a questão dentro do contexto mais amplo dos problemas metodológicos que envolvem a moderna hermenêutica constitucional e que se encontram no centro das discussões sobre o papel que devem desempenhar as Cortes Constitucionais, Gilmar Ferreira Mendes mostra como nos encontramos ainda surpreendentemente presos à “norma” em si, como elemento único para a manifestação do direito.

Para ele, nada justifica, portanto, que não se prepare o judiciário, sobretudo sua Corte Suprema, para utilizar-se, bem mais do que faz hoje, dos recursos técnicos de toda a ordem, das perícias, do trabalho de *experts* em todas as áreas, dos dados estatísticos disponíveis, onde quer que estejam (e que ele, mais que ninguém tem o poder de requisitar), da intervenção de terceiros no processo, das soluções no estilo do *amicus curiae brief*, das consultas a outros tribunais, e, enfim, de quaisquer outros recursos legítimos, para bem desincumbir-se de suas funções.

Afirmando que hoje não é possível sustentar, com um mínimo de seriedade, que o parlamento seja efetivamente “o espelho da sociedade” ou que reflita “a vontade geral”, ou a vontade do povo ou da comunidade, aqui ou alhures¹³⁴.

É preciso acrescentar que a legitimação do poder judiciário advém ainda mais da fundamentação, da motivação obrigatória de todas as suas decisões. Aí reside, quiçá, o ponto mais importante. Na sociedade atual, muito mais que o apelo a uma legitimidade de origem (de autoridade ou de voto) que fosse capaz, por si só, de fazer aceitáveis as decisões que viessem a ser tomadas, é de valorizar-se a legitimidade conquistada pelo poder de persuasão, pelo convencimento das razões e das racionalidades das decisões.

Essa é justamente a nota diferenciadora do judiciário, segundo justificações de Inocêncio Mártires Coelho:

¹³³ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 68.

¹³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativas pelo órgão judicial (texto básico de conferência)**, 1997, p. 18.

[...] a motivação é condição de validade de todas as decisões judiciais [...]. Nessa perspectiva, pode-se afirmar que, enquanto o parlamento ostenta uma legitimidade de origem, os juízes possuem uma legitimidade adquirida pelo modo como exercem a jurisdição. Aos parlamentares, a sociedade confere a legitimidade pela eleição, aos juizes, pelo controle do seu comportamento¹³⁵.

Numa outra ordem de idéias, há quem prefira dar destaque também ao papel crucial do judiciário, na viabilização da participação das minorias no processo decisório.

Mauro Cappelletti destacou um outro ângulo de legitimidade do judiciário. Ele referiu-se ao fato de que sua atividade é profundamente radicada nas necessidades, aspirações e solicitações do cotidiano:

Existe, realmente, nos tribunais, uma combinação única: de um lado, o isolamento típico do estudioso, crucial para a descoberta dos valores duradouros da sociedade, e, de outro lado, a cotidiana obrigação de tratar com a realidade viva de controvérsias concretas, diversamente do legislador que lida tipicamente com problemas gerais, abstratos ou vagamente previsto. Essa combinação única constitui, ao menos potencialmente, a força única da função jurisdicional capaz de predestiná-los a serem a voz da razão¹³⁶.

Para ele, a noção da democracia não pode ser reduzida a uma simples idéia majoritária. Ela significa também participação, tolerância e liberdade. É um poder judiciário ativo, criativo e, sobretudo, independente dos caprichos e prioridades, das maiorias momentâneas. Pode dar uma grande contribuição à democracia¹³⁷.

O código de Napoleão dispõe no seu artigo 4º que *o juiz que se recuse a decidir, a pretexto de silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei, poderá ser processado como culpado de denegação de justiça[...]*, à semelhança do artigo 32 da Constituição da República da Guiné-Bissau, que também prevê a denegação da justiça. Sem explicitar a falta ou obscuridade da lei, a Constituição guineense referiu-se à insuficiência de meios econômicos, como na legislação brasileira, na medida em que o artigo 126 do Código do Processo Civil Brasileiro, embora sem explicar a possibilidade do processo por denegação da justiça, é expresso ao determinar que *o Juiz não se exima de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei [...]*.

¹³⁵ COELHO, Inocêncio Mártires, **Interpretação constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997 p.72.

¹³⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Fabris, 1993, p.104.

¹³⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Fabris, 1993, p.105.

No discurso preliminar de apresentação do projeto do Código de Napoleão, Portalis explicava amplamente o alcance do artigo 4º, mostrando a sua pertinência, mesmo nos casos em que *em virtude de sua interpretação, o juiz se veja levado a contribuir na elaboração da norma e a violar, de certa forma, o princípio da separação de poderes*. Admitiu que em matéria penal, na falta de uma lei que justificasse a condenação, o juiz deveria absolver o acusado, mas de nenhum modo cabe fazer o mesmo em matéria civil. Justifica seu pensamento da seguinte forma:

[...] é impossível que o legislador preveja tudo [...] uma massa de assuntos fica necessariamente deixada ao império dos usos, à discussão dos homens instruídos e ao arbítrio dos juízes [...]. Se faltar uma lei sobre a matéria, há que consultar os usos e costumes e a equidade. A equidade é um retorno à lei natural, ante o silêncio, a oposição ou a obscuridade das leis positivas¹³⁸.

Assim, abolido o recurso geral ao legislativo, e mais tarde, em 1937, na França, e em 1875, na Bélgica, abolidos os últimos remanescentes de espécie – os recursos especiais ao legislador – consagrou-se a independência do Poder Judiciário frente ao poder legislativo, em tudo o que concerne à aplicação da lei aos casos particulares.

Apreciando a situação do dogma da separação dos poderes no modelo de Estado liberal, em que somente se cuidava de pretensões negativas por parte dos cidadãos contra o Estado, Habermas registra que nenhuma dificuldade se apresentava, pois a práxis decisória judicial era concebida como uma ação voltada para o passado, firmada nas decisões do legislador, que já se haviam destilado no direito vigente, enquanto o legislador (somente ele) tomava decisões voltadas para o futuro, que vinculavam a ação futura¹³⁹.

A premissa era a de que a Constituição devia prevenir os perigos que pudessem surgir na relação cidadão-Estado. Já as relações horizontais entre os particulares não tinham qualquer importância para o esquema da separação dos poderes liberal.

Mas, com o advento do Estado do Bem-estar social, cuja ordem jurídica contém políticas públicas fixadoras de programas e tem em vista na aplicação do Direito, uma justificação a partir de princípios, a situação se altera forçosamente. Agora, a materialização que ocorre no Direito implica também sua remoralização, pois a

¹³⁸ PERELMAN, Chaim. **A lógica Jurídica e a Nova Retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp.30-31.

¹³⁹ HABERMAS, Jürgen. **Faticidade e Validade**: Uma introdução à teoria discursiva do Direito e do Estado Democrático de Direito. Tradução e reprodução exclusivas para o uso acadêmico.

argumentação jurídica se torna receptiva à argumentação de princípio moral e de políticas públicas. Isso, obviamente, reduz a vinculação linear do judiciário a diretrizes estabelecidas pelo legislador ordinário.

As normas de princípios fundamentais - como os direitos fundamentais, que agora perpassam a ordem jurídica, requerem uma leitura construtiva do caso individual, sensível ao contexto e referida ao sistema como um todo.

Ronald Dworkin acentua, ao longo da sua obra, que o juiz não precisa do poder político, de discricionariedade, pois ele sempre pode encontrar a resposta certa no Direito preestabelecido. Assim, ele não precisa transmutar-se em legislador, pois sua função não é senão a de garantir direitos que já estão predefinidos. Nesse sentido, sua tese é, pois, compatível até mesmo com o velho dogma da separação dos poderes (...) desde que se entenda o juiz como subordinado, não simplesmente à lei, mas ao Direito entendido como um todo mais amplo que aquela.

Para Celso de Mello:

[...] a Constituição não pode submeter-se à vontade dos poderes constituídos e nem ao império dos fatos e circunstâncias. A supremacia de que ela se reveste, enquanto for respeitada, construirá a garantia mais efetiva de que os direitos e as liberdades não serão jamais ofendidos. Ao Tribunal Constitucional incumbe a tarefa, magna e eminente, de velar por que essa realidade não seja desfigurada¹⁴⁰.

Daí a constatação de Jorge Hage de que não há mais lugar para concepções do Direito, limitadas à norma legal, apegadas ao velho positivismo e formalismo jurídicos, que vêm dos tempos das codificações, quando era corrente a afirmação de ser o juiz nada mais do que “a boca da lei”¹⁴¹.

De mais a mais, há de perceber-se que não pode ser por obra do acaso, ou de uma universal conspiração, que toda a moderna hermenêutica aponte cada vez mais no sentido da ampliação do papel do juiz, quer se queira chamar a isso “criação, descoberta ou reconhecimento” do Direito, quer se prefira encarar esse mister do órgão jurisdicional como ato de concretização e realização da Constituição.

¹⁴⁰ A afirmação constante do voto e ementa unanimemente adotados pela Corte Suprema, no julgamento da **ADIn** nº 293.

¹⁴¹ HAGE, Jrge. **Omissão Inconstitucional e Direito Subjetivo**. Brasília: Brasília jurídica, 1999, p. 101.

O fato é que, no cenário internacional, nem mesmo a doutrina tida hoje como mais tradicional e assumidamente positivista hesita em admitir que o sistema jurídico não seja constituído total e principalmente por regras.

Confira-se também Norberto Bobbio, que reconhece ao jurista um papel criador e modificador, condizente com os tempos do Estado-promotor, e não mais do Estado-repressor (ao qual se amoldava o jurista meramente conservador e sistematizador). Segundo ele, nos primeiros três quartos deste século, a grande preocupação do direito foi a de eliminar os juízos de valor das decisões. Agora, ao contrario, há que retomar o contato com experiências sociais e com as ciências sociais, sem perder de vista a racionalidade.

A toda evidência, existe uma tendência atual no sentido da chamada judicialização. Em parte, isso ocorre porque é impossível ao legislador discorrer sobre todos os temas, sobretudo a respeito daquilo que a sociedade atual coloca como problema na vertiginosa velocidade, o que é a principal característica dela. Em outra parte, isso sucede porque a inevitável complexidade crescente das próprias leis acarretará cada vez maiores problemas de interpretação. Em uma terceira dimensão, essa tendência ainda se justifica porque essa mesma complexidade, combinada com o necessário apelo às soluções de compromisso, advindas do pluralismo político da sociedade atual, conduz, também, a uma crescente adoção de conceitos jurídicos vagos ou indeterminados, a convocar, mais uma vez, o julgador a exercitar uma interpretação criativa.

A fragmentação das instâncias legitimadas a promulgar normas poder-se-á fazer acompanhar, ainda, de mais dois fenômenos de alta importância, fadados a ter o impacto decisivo na própria concepção do direito: a fragmentação da jurisdição e a alteração do próprio modo de produção do Direito. Por força dessa última transformação, há quem aponte para modos mais flexíveis e negociados de produção de normas, o que significa dizer, por um lado, normas elaboradas com a participação direta dos destinatários e, por outro, uma tendência para elaborar normas mais genéricas e meramente iniciativas, ficando a particularização aos casos concretos a cargo da jurisdição.

O jurista brasileiro Jorge Hage reconhece que a ampliação da função jurisdicional apresenta mais um passo no processo de degradação da posição do legislador no sistema político das fontes do Direito. Lembra que, ao mesmo tempo, isso significa o fortalecimento da normatividade da Constituição, evitando o descrédito social que advém da burla legislativa dos objetivos sobre que se sustenta a legitimação

social do sistema político, como também, por sua natureza corretiva, favorecia o regular funcionamento da função legislativa e a receptividade social desta, com a condição de que o intérprete conserve sua própria legitimação social, que é a justificação última da sua existência. Tal legitimação do órgão jurisdicional social sustenta-se em fatores externos, como sua composição e renovação com garantias de independência ante os poderes estatais, e também internos, como a metodologia jurídica seguida e a densidade da fundamentação de suas decisões¹⁴².

Com isso, do mesmo modo que a implantação de controles de constitucionalidade foi o resultado histórico de uma experiência negativa – a produção de leis que atentam contra os valores e normas constitucionais – também assim, não deve surpreender o fato de que esse controle se amplie para alcançar as omissões legislativas.

A atuação supletiva do poder judiciário, dispondo sobre a matéria que cumpriria aos demais órgãos originariamente dispor, efetivando as normas constitucionais, é a garantia de realização das normas constitucionais e da realização do supremo direito fundamental à efetivação da Constituição, pois não há qualquer lesão ou ameaça ao equilíbrio entre os poderes. O poder judiciário somente realiza a integração da ordem jurídica, suprindo as omissões do poder público, para efetivar normas constitucionais carentes de regulamentação e exatamente por não terem sido regulamentadas.

Não se pode olvidar de que o que está em jogo é a efetividade e aplicação integral da própria Constituição, enquanto plano normativo-material global do Estado e da sociedade, fruto da vontade soberana do povo. Assim, os velhos dogmas não podem servir de embaraços à efetividade daquilo que congrega todas as aspirações de um povo, que de sua própria Constituição espera haurir toda sua felicidade.

A grande missão do poder judiciário é afastar, com máxima eficiência, a violação à Constituição. Se a lei inconstitucional deve ser anulada e privada de eficácia, também devem erradicar-se as omissões e vazios legais constitucionalmente inadmissíveis. A jurisdição constitucional nasceu como uma garantia de submissão do poder constituído à vontade constituinte, a partir da qual se legitima, representando uma garantia frente ao legislador arbitrário que dita leis injustas, desde a perspectiva axiológica da Constituição, que fundamenta o modelo de organização política e jurídica da sociedade. Todavia, tanto podem ser arbitrárias e contrárias a esses valores, objetivos

¹⁴² HAGE, Jorge. **Omissão inconstitucional e direito subjetivo**. Brasília: Brasília Jurídica, p. 115.

e normas constitucionais às medidas legislativas adotadas, como a omissão daquelas que seria a condição de realização de ditos valores, objetivos e direitos constitucionais.

Devemos, portanto, superar preconceitos que absolutamente em nada contribuem para a solução do problema, e que, no dizer de Dirley da Cunha Junior, “o aprofundam num mar de escuridão”, e começar a crer em novas possibilidades. A constituição possibilita – todos crêem nisso, mas só alguns têm a coragem de revelar – que o judiciário assuma, provisoriamente, o centro de decisões do Legislativo e do Executivo, no exercício da jurisdição constitucional compromissária com a efetividade constitucional. E isso pode ser percebido como uma simples reflexão acerca dos poderes implícitos: se a Constituição pretende ser integralmente aplicada, (pois para isso foi promulgada), se ela confere poderes ao judiciário para garantir sua temática de ser cumprida, criando para esse fim, as ações constitucionais específicas, é por demais óbvio que ela afeta o judiciário na relevante missão de criar Direito – a competência para suprir todas as indigestas omissões do poder público¹⁴³.

A independência do judiciário foi pensada e instituída cuja missão fundamental é de salvaguardar a supremacia da Constituição, respeitando os valores e princípios nela consagrados. O Juiz deve no exercício das suas funções obedecer a lei e a sua consciência, salvaguardando o valor mais sagrado para o qual está exercendo a sua missão a “Constituição” e os seus princípios mesmo que, isso significa a interferência nas atribuições de outros órgãos.

A violação do princípio da separação dos poderes não se justifica desde que está em causa a própria supremacia da carta magna e a efetivação dos direitos dos cidadãos.

4.4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

4.4.1 Nota introdutória

A responsabilidade implica a sujeição de alguém às conseqüências de um comportamento. Ela pode assumir diferentes modalidades, entre as quais se podem destacar a responsabilidade penal, disciplinar e civil.

Tendo em vista a temática desta dissertação, interessa-nos a responsabilidade civil, que permite a reparação de um prejuízo imputável a um

¹⁴³ CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**: teoria e prática. Salvador: jusPODVIN, 2006, p.216.

comportamento, seja ele ativo ou omissivo, desde que viola os direitos dos particulares constitucionalmente previstos.

A responsabilidade civil é um instituto genericamente previsto no Código Civil, aplicável aos atos dos particulares. No entanto, o nosso interesse centra-se na responsabilidade civil das pessoas coletivas públicas.

Saulo José Casali Bahia refere a três importantes teorias na evolução da responsabilidade civil: a teoria negativista, teorias subjetivistas e teorias objetivistas.

A teoria negativista nega qualquer responsabilidade ao Estado. Ele nunca teria a obrigação de reparar danos causados por seus agentes, pois o Estado era pura expressão da Lei e do Direito e não poderia ser considerado violador destes. Era também a personificação da nação e, por isso, não poderia ser demandável.

As teorias subjetivistas atribuíram responsabilidade ao Estado por razões de ordem jurídica, em que a própria equidade foi apontada como fonte de direito. Para essas teorias, a responsabilidade do Estado é acompanhada do fenômeno de juridicização da vida social que se fundamenta na premissa de que “um dos pilares do moderno direito constitucional é a sujeição de todas as pessoas, públicas ou privadas, ao quadro da ordem jurídica”.

Segundo Saulo Casali Bahia, não se via qualquer razão válida para se evitar a responsabilidade civil do Estado:

A democracia aproximava o indivíduo do poder público, antes fundado na vontade divina ou na mecânica celeste. A instituição estatal deixou de ser vista como infalível, síntese superior da razão humana. O Estado foi descoberto em função do homem, para atendê-lo em suas necessidades, inclusive quando se cuidasse de um dano sofrido injustamente, a partir de uma conduta da qual pudesse ser considerado autor¹⁴⁴.

Considerando por outro lado que a responsabilidade do Estado é de um valor e de importância prática de primeiro plano, é talvez a falta de aplicação destes princípios uma das causas que mais preponderantemente concorreram para o estado menos próspero de alguns países.

Importa frisar que, no caso da pessoa coletiva Estado, a responsabilidade civil abarca atos de funções jurisdicional, legislativa e administrativa. A

¹⁴⁴ BAHIA, Saulo José Casali. Responsabilidade Civil do Estado, Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 17.

responsabilidade civil da administração pública pode emergir de atos de gestão pública ou de atos de gestão privada.

A responsabilidade civil da administração é a obrigação jurídica, que recai sobre qualquer pessoa coletiva pública, de indenizar os danos que tiver causado aos particulares no desempenho das suas funções. Pode emergir de uma relação contratual (responsabilidade civil contratual), pode emergir através de atos praticados fora do contexto contratual (responsabilidade civil extracontratual).

A responsabilidade civil extracontratual pode ser subjetiva e objetiva, conforme haja ou não a culpa da administração pública. De fato, na responsabilidade civil subjetiva, têm que estar verificados os seguintes pressupostos: um ato ilegal, a culpa (intenção de praticar o ato ilícito), ou negligência (a falta de diligências e zelo de órgãos ou agentes da administração pública), prejuízo (danos causados) e nexos de causalidade entre o ato e o prejuízo, ou seja, o prejuízo tem que ser a consequência do fato.

Na responsabilidade civil objetiva, para haver responsabilidade, não se exige que haja culpa. Entretanto, é usual distinguir a responsabilidade civil objetiva da responsabilidade civil pelo risco, e a responsabilidade civil pela prática de atos lícitos.

A responsabilidade pode ainda ser solidária, quando o lesado pode pedir a totalidade do montante da indemnização de qualquer dos devedores. A responsabilidade solidária advém da definição legal reconhecendo um vínculo ou uma relação de causalidade entre pessoas e cuja origem é o mesmo fato.

4.4.2 A responsabilidade civil na Ordem Jurídica Guineense

A responsabilidade civil começou por estar regulada no Código Civil de 1867. Nos termos do artigo 2399 CC, nem o Estado nem os funcionários públicos eram responsáveis pelas perdas e danos que causassem no desempenho das obrigações que lhes fossem imposta por lei, exceto se excedessem às disposições da mesma lei, caso em que responderiam pessoalmente à luz do preceituado no artigo 2400 CC, como qualquer cidadão.

Com a revisão do Código Civil em 1930, foi instituído o princípio da responsabilidade solidária do Estado com os seus agentes por atos praticados por estes no exercício das suas funções. Tratava-se da responsabilidade civil por atos ilícitos culposos.

A responsabilidade civil do Estado merece a atenção da Constituição Guineense que declara no artigo 33 que:

O Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por ações ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízos para outrem.

Quanto ao Direito Ordinário, somos forçados a recorrer ao Direito Colonial, sendo certo que o Código Civil de 1966 revogou o Código Civil de 1867, mas, no entanto, ao contrário deste último, o Código Civil de 1966 não regula a responsabilidade civil por atos de gestão pública. Abriu-se uma lacuna na ordem jurídica portuguesa¹⁴⁵, que foi rapidamente ultrapassada com a entrada em vigor do Decreto n.º 48051 de 21 de Novembro de 1967.

O mesmo não aconteceu na Guiné-Bissau. A lacuna tornou-se pertinente, pois esse diploma, que continua a vigorar em Portugal, remonta à época colonial, mas nunca vigorou na Guiné, dado que não foi publicado no seu Boletim Oficial¹⁴⁶. Em face dessa lacuna que ora se constata, qual o direito aplicável à responsabilidade civil da administração pública Guineense?

A questão foi estudada pelo Constitucionalista Português Sérvulo Correia e apresentada nas jornadas jurídicas realizadas na Capital Guineense, em 1995.

De acordo com o referido estudo, deve-se distinguir a responsabilidade por atos de gestão pública da responsabilidade por atos de gestão privada. A responsabilidade civil emergente de atos de gestão privada é aplicável ao disposto na matéria pelo Código Civil de 1966. Da conjugação dos artigos 500 e 501 Código Civil resulta que o Estado, (e as outras pessoas coletivas públicas), é solidariamente responsável com os seus órgãos, agentes e representantes pelos danos por estes causados aos particulares no exercício das suas funções. Basta provar a responsabilidade dos indivíduos que agiram ao serviço da pessoa coletiva. Mas, se a pessoa coletiva

¹⁴⁵ Aqui refere-se a Ordem jurídica Portuguesa, tendo em conta que a Guiné-Bissau sendo uma das suas colónias, algumas legislações Portuguesas vigoraram e continuam a vigorar no país até a data presente. Entre os quais se podem destacar para efeito desta dissertação, o Código Civil e o Código do Civil aplicado na Guiné-Bissau são o mesmo ao que se aplica em Portugal. Importa referir, contudo que a comissão para o projeto da elaboração do Código civil Guineense já estão criadas e ao que tudo indica, brevemente a Guiné-Bissau terá o seu próprio Código Civil.

¹⁴⁶ OLIVEIRA, Felipe falcão. **Direito Publico Guineense**. Coimbra: Almedina, 2005, pp. 335-336.

pública pagar indenização, terá direito de regresso contra o autor do fato, podendo eventualmente reaver o que tiver pagado¹⁴⁷.

Relativamente à responsabilidade emergente de atos de gestão pública, não parece restar alternativa que não seja considerar que se mantêm em vigor as normas do código civil de 1867, pelo menos quanto à administração central.

Assim, segundo o código de 1967, há responsabilidade civil solidária dos funcionários da administração pública quanto a atos funcionais, ou seja, aqueles atos que, embora ilícitos, são praticados no exercício das suas funções, ou por causa delas (art. 2399). Quanto aos atos pessoais (os atos praticados fora do exercício das funções ou por causa alheia a esse exercício), há responsabilidade meramente pessoal do funcionário, órgão ou agente que o praticou.

Não obstante, segundo o constitucionalista português Sérvulo Correia, “aceitar que um cidadão possa ser infringido dos prejuízos sem que haja responsabilidade do Estado, fundado no risco ou na prática de ato lícito, pode constituir uma violação do princípio da igualdade”, previsto no art. 24 da Constituição da República da Guiné-Bissau, na medida em que, nestas situações, impõe-se a um particular um sacrifício em nome de um interesse que é geral. Nestes termos, afirma que a administração pública Guineense se sujeita à responsabilidade civil objetiva. Nos termos do referido preceito, *todos os cidadãos são iguais perante a lei, gozam dos mesmos direitos e estão sujeitos aos mesmos deveres, sem distinção de raça, sexo, nível social, intelectual ou cultural, crença religiosa ou convicção filosófica*¹⁴⁸.

Segundo alguns estudiosos, as inconstitucionalidades, incluindo as omissões legislativas, podem ser pressuposto da responsabilidade civil do Estado. Nessa ótica, pondera Luiz Alberto David Araújo:

[...] a declaração judicial da omissão implica o reconhecimento de dano às pessoas ou a grupo de pessoas prejudicadas. Estamos perante uma obrigação descumprida por uma pessoa de direito público, no caso do poder legislativo e, por outro lado, de titulares de direitos feridos, que sofreram prejuízos pela omissão legislativa, reconhecida através da coisa julgada¹⁴⁹.

¹⁴⁷ CORREIA, Sérvulo. **A responsabilidade civil da administração**, Boletim da faculdade de Direito de Bissau, nº 3, Junho de 1995, p. 9 e segs.

¹⁴⁸ Lei nº1\96 de 27 de Novembro. Edições- ANP, INACEP: 1996, p. 14.

¹⁴⁹ ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. Brasília: Corde, 1994, p. 188.

Quer entendendo o problema sob o prisma individual, quer sob o ponto de vista do coletivo, duas regras ficam claras: há um reconhecimento de falta de cumprimento do dever (obrigação) do poder legislativo; há um princípio de responsabilização das pessoas de direito público. As duas regras devem ser entendidas dentro da ótica da inafastabilidade do poder judiciário para apreciar a lesão ou ameaça de lesão de direito. Nessa visão, configurada a omissão, é cabível o ajuizamento de ação de perdas e danos contra a pessoa jurídica de direito público, responsável pela omissão¹⁵⁰.

Apresentados alguns mecanismos sancionatórios, decorrentes da prática de inconstitucionalidade, retorna-se à questão central: não é característico da sistemática de controle da constitucionalidade responsabilizar o órgão que cometeu a inconstitucionalidade, ou seja, a preocupação maior não é alterar propriamente os efeitos e conseqüências das inconstitucionalidades, mas, sim, efetivamente eliminá-las, de modo a assegurar a prevalência e o cumprimento da Constituição.

O Ordenamento Jurídico Brasileiro acolhe a responsabilidade civil no parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição Federal, com a seguinte redação:

“As pessoas jurídicas de direito público e privado, prestadoras de serviços públicos, responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

A decisão proferida na ação declaratória de inconstitucionalidade tem em regra efeitos retroativos (*ex-tunc*), pois, como conseqüência do dogma da nulidade, que por ser inconstitucional, torna-se nula, perde seus efeitos jurídicos. Tem também efeitos *erga omnes*, opondo-se contra todos. Tem ainda um efeito repristinatório, podendo, em princípio, restaurar uma lei que poderia ser revogada. E, finalmente, os efeitos vinculantes, que se dirigem aos órgãos do poder judiciário, à administração pública e ao legislador, pois, uma vez julgada procedente uma questão de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal de Justiça, sua vinculação seria obrigatória em relação a todos os órgãos do poder público, que, daí por diante, deverão exercer suas funções de acordo

¹⁵⁰ ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. Brasília: Corde, 1994, pp.187-190.

com a interpretação dada pela corte suprema, e o legislador não poderá mais editar nova norma com preceito igual ao declarado inconstitucional.

Para além desses efeitos concretos da declaração de inconstitucionalidade, nada obsta eventualmente o ajuizamento da ação de responsabilidade civil contra o Estado, quando do advento de uma inconstitucionalidade, conforme demonstra o jurista Português Jorge Miranda:

A inconstitucionalidade pode constituir em uma relação jurídica obrigacional entre o Estado e um particular que, por causa desse ato, tenha seu direito ou interesse ofendido e sofra um prejuízo passível (mesmo se não patrimonial), de avaliação pecuniária [...]. Sob o prisma da ilicitude, a inconstitucionalidade será um pressuposto da responsabilidade civil a acrescentar a outros, entre os quais um específico dever de atuação (ou de não atuação) por parte do Estado. A par da responsabilidade por atos inconstitucionais, e mais ou menos conexas com ela, pode haver responsabilidade civil do Estado por omissões inconstitucionais, máxime por omissões legislativas¹⁵¹.

Alguns autores entenderam, contudo que, para passar da fase de individualizar para reprimir e compensar para a fase de socializar para garantir e compensar, mas sem olvidar de necessárias medidas repressivas¹⁵². Afirmando que o principio central do risco social é o de que deve o Estado proporcionar o bem-estar de todos. Neste caso, qualquer dano sofrido por um particular ocasionaria o surgimento do dever do Estado em repará-lo, independentemente de sua origem.

¹⁵¹ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1991, p.375.

¹⁵¹ BAHIA, Saulo José Casali. **Responsabilidade Civil do Estado**, Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 104.

CAPÍTULO 5 – PAPEL DO ESTADO NA DISCIPLINA, PROTEÇÃO E SEGURANÇA DE DIREITOS

As sociedades sempre se organizaram para a satisfação coletiva das necessidades comuns e para a prossecução de objetivos gerais. Com a evolução histórica, as sociedades foram aperfeiçoando o modo como cumpriam esta missão, recorrendo a modelos de organização cada vez mais complexos e estáveis, dotados de meios humanos, técnicos e financeiros próprios, bem como de elaboração de normas jurídicas. Nas sociedades pré-estaduais, também existia a noção de esforço coletivo, de bem comum, mas o Estado distingue-se destas sociedades pela superioridade das instituições e dos meios ao seu dispor.

O Estado é tão complexo, que resumi-lo em poucas palavras é tarefa complicada. Pode-se afirmar que para haver Estado é preciso povo, território e poder político. O Estado tem duas facetas diferentes: Existe para servir os cidadãos e são estes os destinatários do poder político. O Estado é assim também poder, uma organização que elabora normas jurídicas e as executa através dos seus órgãos e agentes (tribunais, administração pública e forças policiais).

O Estado orienta os cidadãos com o seu poder normativo através de permissões e proibições.

As normas oferecem segurança, estabilidade e legitimidade constituindo por isso, instrumento fundamental da ação estadual. Todavia nos Estados de Direito, as normas desempenham outra função, porventura mais importante, de limitação do poder e de garantia dos direitos dos cidadãos. O poder do Estado é muito forte e os abusos de quem governa tem sido frequentes ao longo da história. Por isso se releva extremamente importante que o Estado também se submeta à normas jurídicas e que estas estejam elaboradas de forma a evitar os abusos e que os cidadãos possam acolher quem exerce poder.

No Estado de Direito, as normas efetivamente limitam o poder e protegem os direitos dos cidadãos. Por vezes sucede que os Governantes elaboram normas apenas para ser criada a aparência de Estado de Direito, mas de fato, não tem intenção de as cumprir. E por vezes ocorrem que as normas tenham sido elaboradas para limitarem o poder e todavia na prática serem sistematicamente desrespeitadas. Em suma, pode verificar-se uma discrepância entre as normas vigentes e a realidade que procura conformar.

5.1 ATIVIDADE CONSTITUCIONAL DO ESTADO

O Estado é uma pessoa jurídica, dotado de órgãos que manifestam uma vontade funcional que lhe é juridicamente imputável, com vista a prossecução de certos fins. Compete-lhe garantir a segurança, fazer a justiça e providenciar o bem-estar dos cidadãos.

O Estado deve desenvolver as atividades necessárias á prossecução dos fins de que é incumbido, daí a tradicional distinção entre a função legislativa, executiva e jurisdicional.

No âmbito do cumprimento dos fins estaduais, existem órgãos que, dotados de competências, manifestam vontade juridicamente imputável ao Estado e cujos titulares em democracia são eleitos e respondem perante o povo, como refere Felipe Falcão Oliveira¹⁵³, *o poder deixa de ser considerado um direito seja de quem fôr para passar a reputar-se uma função do Estado ao serviço da coletividade.*

Os tribunais devem ser independentes por causa da separação de poderes, verificando-se aí, em regra, uma separação rígida face ao poder legislativo e executivo. Quanto a esses poderes, (o legislativo e o executivo), as fórmulas de relacionamento são diversificadas, onde, em certos Estados, a função legislativa é exclusivamente atribuída ao parlamento e, noutros, é repartida com o governo, como é o caso da Guiné-Bissau, onde a Constituição prevê a competência concorrential do Governo com a Assembléia nacional Popular em certas matérias:

Art.100: 1. No exercício da sua função, compete ao Governo: [...]
d) Legislar por decretos – leis e decretos sobre matéria respeitantes à sua organização e funcionamento e sobre matérias não reservadas à Assembléia nacional Popular¹⁵⁴.

De qualquer maneira, o parlamento deve sempre ter um papel privilegiado em matéria legislativa, sob pena de o regime resvalar para o autoritarismo, como se pode constatar das materias resevadas exclusivamente à competência legislativa da A.N.P.nos artigo 86 da Constituição da Republica da Guiné-Bissau:

Art.86: É da exclusiva competência da Assembléia nacional Popular legislar sobre as seguintes matérias:

¹⁵³OLIVEIRA, Felipe falcão. **Direito Público Guineense**. Edições Almedina SA, Coimbra, p.205

¹⁵⁴ Lei nº1\96 de 27 de Novembro. Edições-ANP, INACEP: 1996, p. 39.

- a) Nacionalidade Guineense;
- b) Estatuto da terra e a forma da sua utilização;
- c) Organização da defesa nacional;
- f) Sistema monetário;
- g) Organização Judiciária e estatuto dos magistrados;
- h) Definição dos crimes, penas e medidas de segurança e processo criminal;
- i) Estado de sítio e de emergência;
- j) Definição dos limites das águas territoriais e da zona econômica exclusiva;
- k) Direitos, liberdades e garantias;
- l) Associações e partidos políticos;
- m) Sistema eleitoral.¹⁵⁵

O art. 87 prevê a reserva exclusiva da competência da Assembleia nacional Popular, mas com possibilidades de autorização legislativa conferida ao Governo neste caso, a competência é exclusiva da A.N.P., mas com a autorização legislativa concedida ao Governo, este também passa a poder legislar sobre matérias que ab-initio era exclusivamente da competência da Assembleia nacional popular:

Art.87: É da exclusiva competência da Assembleia nacional Popular legislar sobre as seguintes matérias, salvo autorização conferida ao Governo:

- a) Organização da administração central e local;
- b) Estatuto dos funcionários públicos e responsabilidade civil da administração;
- c) Expropriação e requisição por utilidade pública
- d) Estado e capacidade das pessoas;
- e) Nacionalização dos meios de produção;
- f) Delimitação dos setores de propriedade e das atividades econômicas¹⁵⁶.

A atividade do Estado não se resume a atos normativos, mas também desenvolve atos de importância que são igualmente os atos estritamente políticos. Assim acontece com certos atos do parlamento, como a moção de censura.

O próprio chefe de Estado também pratica atos políticos, merecendo referência particular os decretos presidenciais, forma que reveste os atos do Presidente da República nos termos do art. 70 da Constituição. Exemplos típicos são a nomeação e exoneração do Primeiro Ministro e dos restantes membros do Governo, dissolução da assembleia nacional Popular, marcação de eleições e, de um modo geral, todos os atos

¹⁵⁵ Lei nº1\96 de 27 de Novembro. Edições-ANP, INACEP: 1996, p.34-35.

¹⁵⁶ Lei nº1\96 de 27 de Novembro. Edições - ANP, INACEP: 1996, p.35.

da competência do Presidente da República relativamente ao funcionamento de outros órgãos e para a prática de atos próprios:

Art.68: São atribuições do Presidente da República:

- f) Nomear e exonerar o Primeiro – Ministro, tendo em conta os resultados eleitorais e ouvidas as forças políticas representadas na Assembleia nacional popular;
- g) Empossar o Primeiro – Ministro;
- h) Nomear e exonerar os restantes membros do Governo, sob proposta do Primeiro – Ministro, e dar-lhes posse.

Art. 69: 1. Compete ainda ao presidente da República:

- a) Dissolver a Assembleia Nacional Popular, em caso de grave crise política, ouvidos o presidente da Assembleia Nacional Popular e os partidos políticos nela representados e observados os limites impostos pela Constituição¹⁵⁷.

5.1.1 Direito a emissão de normas e o dever de legislar

Inicialmente, advirta-se que se tem aqui como aceita a posição que reconhece a existência de um “direito à legislação”, ante a omissão inconstitucional do legislador ordinário.

Não se cuida aí de um direito genérico e abstrato à emanção de normas jurídicas, mas sim ao objeto da legislação para o caso individual e concreto, ou seja, que existe para o legislador, um dever específico de legislar sobre determinada matéria, quando a Constituição expressamente o prevê, após conceder um direito novo, investindo, portanto, o cidadão, em duas espécies de direito: o direito subjetivo material de que se trata, e o direito subjetivo público (procedimental se quiser) à regulamentação legal.

Isso somente ocorre quando a norma constitucional é das espécies norma-regra (preceito) ou norma-princípio, pois só elas criam direitos subjetivos. O mesmo não se verifica com as normas programáticas, ou normas objetivo, onde o constituinte, corretamente, deixa aos poderes políticos do Estado o juízo sobre a conveniência, a oportunidade e, em certa medida, o próprio conteúdo da sua realização concretizadora. Tais normas não fazem surgir para ninguém, um direito a uma prestação material específica e imediata, nem um direito à emanção de normas legais. Embora delas

¹⁵⁷ Lei nº1\96 de 27 de Novembro. Edições - ANP, INACEP: 1996, p.26-27.

surjam outros efeitos, como a vedação de legislar-se em sentido divergente e a revogação da legislação anterior dispendo em sentido contrário.

Aqui, a questão da falta de norma é vista do ponto de vista subjetivo, do cidadão que tem, por isso, um direito seu obstaculizado em seu exercício, em sua concretização.

Para efeitos da presente dissertação, o mais relevante é estabelecer que a norma constitucional – se é norma-regra ou norma – princípio – já confere um direito a alguém. Esse direito, conferido pelo poder constituinte, não pode restar inexecuível, ou inexigível, apenas pela inércia ou mora do legislador ordinário em dar cumprimento à segunda parte da norma: aquela que ordenou a regulamentação geral da primeira.

Em tal situação (de não cumprimento pelo legislador, da segunda parte da norma, ou da segunda norma contida no dispositivo constitucional), cabe, ao judiciário, viabilizar o cumprimento da primeira (a norma introdutora do direito). E fazê-lo, é claro, para o caso concreto sub júdice, como é sempre de seu mister.

Conforme ensina Canotilho, cabe aos órgãos jurisdicionais interpretar os preceitos constitucionais consagradores de direitos fundamentais, em sua aplicação aos casos concretos, segundo o princípios da efetividade máxima, e densificar esses preceitos de modo a possibilitar a sua aplicação imediata, nos casos de ausência de lei regulamentadora.

Sobretudo no que tange aos direitos fundamentais de natureza social, que exigem uma ação positiva do Estado, ação que pode ser material ou normativa, embora neste momento somente interessa a normativa, o reconhecimento dessa aplicabilidade direta, se impõe, independente da lei.

As conhecidas objeções à solução jurisdicional, por sua suposta incompatibilidade com princípios tradicionais como os da “reserva da lei” e da “separação dos poderes”, já não se podem sustentar. A fundamentação doutrinária vem de vários lados, e com diversas abordagens, todas elas, entretanto, convergentes no essencial¹⁵⁸.

O que aqui se cuida, é tão-somente do “direito à emissão da norma concreta”, da norma para a solução do caso trazido à apreciação do judiciário, tarefa a que este, pela própria definição de suas funções constitucionais, não pode furtar-se, afinal, constitui máxima elementar a de que o juiz não pode deixar de decidir alegando ausência de lei. Fazê-lo significa, negar ao cidadão o direito de ação e o direito de

¹⁵⁸ HAGE, Jorge. **Omissão Inconstitucional e Direito subjetivo**. Brasília: Brasília Jurídica, pp. 72-73.

acesso à justiça, consagrados não por acaso, em todas as Constituições modernas, como é o caso da Constituição da Guiné-Bissau, no seu art.32¹⁵⁹.

Por seu lado, Mauro Cappelletti assevera que *quando se fala de juízes como criadores do direito*, afirma-se nada mais do que uma óbvia banalidade, um turismo privado de significado: é natural que toda a interpretação seja criativa, e toda a interpretação jurídica, “law making.”¹⁶⁰

O que se deve discutir, segundo ele, é o grau dessa criatividade, e seus modos, limites e legitimidade. Segundo acentua, existem limites substanciais e formais. Quanto aos substanciais, adverte, desde logo, que eles existem tanto na interpretação de case law, quanto na do direito legislativo, e, portanto, não quer falar em direito livre no sentido de arbitrariamente criado pelo juiz do caso concreto. Em grau maior ou menor, ele está vinculado, ainda que nunca de forma absoluta. Todavia, é fundamental salientar que tais limites substanciais ao diferenciarem a natureza do processo jurisdicional, não servem como elemento distintivo entre a jurisdição e a legislação, eis que o legislador também está vinculado a limites substanciais – no mínimo, à Constituição e às decisões da justiça constitucional. Desse ponto de vista, afirma o mestre italiano, que a única diferença possível entre o legislador e o Juiz, não é de natureza, mas apenas de frequência, quantidade, ou seja, grau ou pormenor. Quiçá os limites do legislador sejam menos precisos do que aqueles, em regra, impostos ao juiz, mas não é sempre assim, e nem isso representa diferença de substância ou natureza. Afirmando que existem dois processos de criação do direito, que são paralelos e da mesma natureza: o legislativo e o jurisdicional.

Quanto a autenticidade da natureza jurídica do dever de legislar, Marcos Gomez Puente admite que, a *controvérsia origina-se na alegada inexistência de mecanismos coercivos para compelir o legislador ao cumprimento da decisão*¹⁶¹. Puente questiona, antes de mais, o pressuposto kelseniano da coercibilidade, como único fundamento possível do caráter jurídico dos deveres. Sugere dirigir a atenção para a natureza instrumental do Direito como técnica de organização política e social e, nela,

¹⁵⁹ Art 32 da Constituição da Guiné-Bissau prevê que: *todo o cidadão tem o direito de recorrer aos órgãos jurisdicionais contra atos que violem os seus direitos reconhecidos pela Constituição e pela lei, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos*(lei nº1\96 de 27 de Novembro,p. 16).

¹⁶⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993 p.25

¹⁶¹ PUENTE, Marcos Gómez. **La inactividad del legislador**. uma realidade susceptible de control. Madrid: McGraw-Hill, 1997, p.23.

procura encontrar o fundamento da juridicidade. Propõe, então, e aqui (seu pensamento parece aproximar-se de Hesse)¹⁶², que o caráter normativo da Constituição decorre da sua funcionalidade política, e de sua legitimação e aceitação social, fatores que expressam o fundamento do próprio poder político e de sua legitimidade num Estado Democrático.

O que sucede, é que a alegada falta de coercibilidade das normas vinculantes da ação legislativa se confunde, na verdade, com o problema de efetividade de suas normas, da sua aplicabilidade e da idoneidade dos seus órgãos e meios processuais e substantivos para garantir e tutelar jurisdicionalmente o seu cumprimento.

Para ele, não se pode fundamentar a falta do caráter jurídico do dever de legislar nas dificuldades para controlar a constitucionalidade das omissões legislativas, nem na idoneidade dos instrumentos processuais para isso existentes. Considera por outro lado que a maior proeminência normativa, anteriormente ostentada pelo legislador, fazia possível questionar a própria normatividade da Constituição e a juridicidade dos deveres nela contidos.

Concluiu que na problemática da omissão, deve dar-se maior importância às dificuldades de determinação de existência e conteúdo dos deveres constitucionais de legislar e à garantia do seu cumprimento, do que à discussão da sua natureza jurídica, que se deduz do próprio caráter normativo da Constituição.

5.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE OS REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS

5.2.1 Omissões Legislativas no direito Brasileiro e Português

Ao longo da história constitucional brasileira, a primeira Constituição a atender ao problema da inconstitucionalidade por omissão é a Carta de 1988.

Preocupando-se com a efetividade de seus pressupostos, a Constituição de 1988, foi inspirada na Constituição Portuguesa, vem a introduzir mecanismos jurídicos inéditos voltados ao controle da inconstitucionalidade por omissão. Neste sentido, tem-

¹⁶² Konrad Hesse numa das passagens sobre a força normativa da constituição, adverte: “O requisito essencial da força normativa da Constituição é que ela leve em conta não só os elementos sociais, políticos e econômicos dominantes, mas também que, principalmente incorpore o estado espiritual do seu tempo. Isto lhe há de assegurar, enquanto ordem adequada e justa, o apoio e a defesa da consciência geral” (A força normativa da Constituição, p.20)

se a criação dos instrumentos do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

É neste cenário que se insere o fenômeno da inconstitucionalidade por omissão no sistema brasileiro que está relacionado com o desafio da efetividade constitucional, preocupação inerente à ordem jurídica do modelo social e à própria realização de uma Constituição dirigente que exige a vinculação dos poderes públicos à sua realização. Tal vinculação só seria possível se se conferisse a omissão destes mesmos poderes um sentido juridicamente negativo ¹⁶³.

Em face do art. 102, inciso I, a) da Constituição Brasileira de 1988, compete ao Supremo Tribunal Federal “processar e julgar originariamente ação direta de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade da lei ou ato normativo federal”.

Nesse particular, Dirley da Cunha Junior considera que a Constituição brasileira é mais avançada neste ponto do que a portuguesa, pois considera a omissão inconstitucional controlável pela ação direta de inconstitucionalidade por omissão toda e qualquer medida dos órgãos políticos (Legislativo, Executivo e Judiciário) e até mesmo dos órgãos simplesmente administrativos, necessários para tornar efetiva norma constitucional.

Segundo ele, no caso do art.283, nº1 da Constituição Portuguesa, se o tribunal considerar existir uma omissão legislativa inconstitucional, isto é, falta de medidas legislativas necessárias para dar exequibilidade a normas constitucionais, o que faz é verificar a omissão e dar conhecimento da mesma aos órgãos competentes para a corrigirem¹⁶⁴. Garantiu, contudo que no Brasil a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, tem-se uma omissão do ato, normativo ou não, cujo conceito envolve qualquer medida, ainda que secundária ou concreta, mas desde que necessária para tornar efetiva uma norma constitucional.

Segundo ele, o que a Constituição brasileira exige é a omissão de medida para tornar efetiva a norma constitucional, sem reclamar que sejam necessariamente normativas, tanto que pressupõe que a medida seja de responsabilidade de qualquer órgão político do Estado (Congresso Nacional e suas Casas Legislativas, Assembleias Legislativas e Câmaras de Vereadores, Presidência da República, Governadorias dos

¹⁶³ PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2003, p.103.

¹⁶⁴ OLIVEIRA, Felipe Falcão. **Direito Publico Guineense**. Coimbra: Almedina, 2005, p.178.

Estados e Prefeituras Municipais, Órgãos Judiciário) ou de qualquer órgão administrativo do Estado (Ministérios de Estado, Secretarias de Estado, Secretarias Municipais, etc.). Afirmando por outro lado que a Constituição não requer que essas medidas tenham necessariamente caráter normativo. A ser assim, Dirley da Cunha Junior entende que a omissão de medidas concretas também pode ser objeto de controle de constitucionalidade por meio da ação direta de inconstitucionalidade por omissão¹⁶⁵.

Importa referir, contudo, que consoante a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, somente as omissões de medida normativa podem constituir objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. A Corte, portanto, vem excluindo as omissões de medidas concretas do controle de constitucionalidade por meio dessa ação direta, o que não se afigura correto ante a clara disposição constitucional, pois para o referido publicista, as omissões controláveis podem assumir todas aquelas modalidades das omissões acima examinadas.

O constitucionalista Português, Jorge Miranda considera que se um ato sob forma de lei tiver conteúdo não normativo, máxime se for um ato administrativo, escapa, logicamente, ao regime de fiscalização de constitucionalidade. Admitiu, contudo que esta não é a posição do Tribunal Constitucional em Portugal, pois, este tem adotado uma noção funcional de lei, de acordo com o qual todo o preceito inserido em ato legislativo, mesmo se individual e concreto, é passível de controlo de constitucionalidade pelos órgãos de fiscalização¹⁶⁶.

Para ele, estão excluídos do controlo do Tribunal constitucional Português, os atos não normativos típicos que são os atos políticos ou de Governo, os atos administrativos e as decisões judiciais. Afirmando que existem outras formas de fiscalização, mais ajustadas à sua natureza que tais atos estão sujeitos.

Naturalmente os atos políticos ou de Governo devem ser conformes com a Constituição para serem válidos (art.3º, nº 3 da Constituição Portuguesa) e podem ser apreciados pelo parlamento no âmbito da competência geral nos termos do art.165, alínea a).

No que concerne aos atos administrativos, eles poderão ser inconstitucionais, por violação direta de normas da Constituição ou por se fundarem em lei inconstitucional, e como tais impugnáveis. Neste caso a inconstitucionalidade é a violação da lei, mas os

¹⁶⁵ CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: teoria e prática**. Salvador: Jus Podvin, 2006.

¹⁶⁶ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, 3 Ed. Tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 413.

tribunais competentes para os julgarem são os tribunais administrativos (art. 214 da Constituição Portuguesa).

Quanto às decisões judiciais, o meio próprio de impugnação consiste no recurso para o tribunal superior.

O próprio recurso para a fiscalização concreta prevista no art. 280 da Constituição Portuguesa não se fundamenta em inconstitucionalidade ou ilegalidade de uma decisão, mas sim em inconstitucionalidade ou ilegalidade da norma aplicada ou não aplicada¹⁶⁷.

O controle de constitucionalidade corresponde, é certo, a própria garantia da constitucionalidade. Nas palavras de Jorge Miranda:

[...] a garantia da constitucionalidade em geral representa algo que está fora da norma, algo de acessório, que se acrescenta e que reforça a norma, que lhe imprime um poder ou um alcance maior. Consistindo em um ato ou num conjunto de atos ou de atividades, em faculdades de fazer ou de exigir, numa função, a garantia traduz-se num mecanismo ao serviço da norma jurídica¹⁶⁸.

Na perspectiva da inconstitucionalidade por omissão, a garantia de constitucionalidade é concebida como garantia da efetividade de normas constitucionais que por sua vez, é operacionalizada pelos instrumentos de controle da omissão inconstitucional, que devem ser compreendidos a luz dos princípios constitucionais, com destaque para o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Isto é, importa avaliar em que medida o princípio da aplicabilidade imediata se relaciona com o controle da inconstitucionalidade por omissão.

A inconstitucionalidade por omissão verifica-se nos casos em que não sejam praticados atos legislativos ou executivos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais que postulam lei ou providência administrativa ulterior para que os direitos ou situação nela previstos se efetivem na prática.

O parágrafo 2º do art. 103 da Constituição Federal do Brasil dispõe que, *declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva a norma*

¹⁶⁷ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, 3 ed, tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 416.

¹⁶⁸ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, 3 ed, tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 349.

constitucional, será dada ciência ao poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Importa frisar que, a mera ciência ao poder legislativo - poder competente tratando-se de omissão de lei pode não ser eficaz, já que ele não pode ser obrigado a legislar, embora um dever moral de legislar possa impulsioná-lo a atender ao julgado.

A ação de inconstitucionalidade por omissão não visa à tutela de um direito subjetivo como o mandado de injunção, ou seja, ela não é voltada para viabilizar ao impetrante o exercício dos direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais. O seu objetivo é outro: a proteção do sistema jurídico no afã de preencher as lacunas existentes.

Neste sentido, Luiz Alberto Gurgel de Faria considera que foram tímidos os efeitos do decisum estabelecidos pelo constituinte brasileiro. Como se pode verificar, esta ação padece de um caráter mais concreto, pois nenhuma sanção é prevista ao poder que deixar de atender ao decisum, sendo passíveis de cominação apenas os órgãos administrativos, uma vez ultrapassado o trintídio legal¹⁶⁹.

As conseqüências atualmente estabelecidas para a ação não preservam o fim maior para o qual foi criada: afastar a violação à Constituição, diante da inércia dos órgãos competentes para regulamentar os preceitos constitucionais. Ora cientificado para legislar, o Congresso Nacional pode simplesmente se manter omissos, prolongando a ofensa à Carta, de nada valendo a censura do Poder Judiciário.

Dentre as soluções aventadas, José Afonso da Silva sugere a adoção de uma decisão judicial normativa, para valer como lei, se após certo prazo o legislador não suprir a omissão, o que encontra apoio em Flávia Piovesan. A jurista brasileira garantiu que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão no modelo atual, a ordem constitucional divorcia-se de sua sistemática tradicional de controle, que permite eliminar as inconstitucionalidades do sistema jurídico, pois a simples declaração do vício e a ciência ao legislador para que adote as providências necessárias à realização do preceito constitucional não serão suficientes para a efetivação das normas constitucionais.

Diante desta solução, a principal crítica lançada a essa proposta é no sentido de que violaria o princípio da separação dos poderes. Ocorre que não se pode

¹⁶⁹ FÁRIA, Luiz Alberto Gurgel de. **Controle da Constitucionalidade na omissão legislativa: instrumentos de proteção judicial e seus efeitos**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 114.

supervalorizar tal preceito, em detrimento de um outro, não menos importante, o da supremacia da Constituição. A decisão proferida, obviamente, teria efeitos erga omnes.

Sabe-se que na via da ação direta de inconstitucionalidade não impõe o Supremo tribunal Federal uma sanção ao órgão que causou a inconstitucionalidade, exigindo-lhe que em determinado prazo elabore uma lei compatível com a Constituição. Simplesmente, a Suprema Corte brasileira retira a norma viciada de inconstitucionalidade da ordem jurídica, cabendo ao legislador, se e quando quiser elaborar a nova norma que seja então compatível com a Constituição.

Flávia Piovesan é de entendimento de que, certamente, em prol do princípio da separação de poderes, acaba por comprometer o princípio da prevalência da Constituição. Justificando a sua posição da seguinte forma:

Cabendo a ação direta de inconstitucionalidade por omissão como instrumento pelo qual se obtém, tão-somente, a declaração da inconstitucionalidade por omissão e a ciência ao legislador para que adote providências necessárias à realização do preceito constitucional, é fácil concluir que este instrumento se torna insuficiente e insatisfatório para efetivação das normas constitucionais¹⁷⁰.

A título de proposição, Flávia Piovesan sustenta que seria mais convincente e eficaz que o Supremo Tribunal declarasse inconstitucional a omissão e fixasse um prazo para que o legislador omissor suprisse a omissão, no sentido de conferir efetividade às normas constitucionais. O prazo poderia corresponder ao prazo da apreciação em regime de urgência, que nos termos do art 64, parágrafo 2º da Constituição Federal é de quarenta e cinco dias. Finalizando o prazo sem, sem qualquer providência adotada, poderia o Supremo, a depender do caso, dispor normativamente da matéria, a título provisório, até que o legislador viesse a elaborar a norma faltante.

Esta decisão normativa do supremo tribunal de caráter temporário viabilizaria desde logo, a concretização do preceito constitucional. Estariam então conciliados o princípio político da autonomia do legislador e a exigência do efetivo cumprimento das normas constitucionais¹⁷¹.

¹⁷⁰ PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, pp.125-126

¹⁷¹ PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p..126-127

De acordo com esta proposição, inspirada na Constituição Alemã, caberia ao poder judiciário a seguinte avaliação: se se pode atribuir razoável eficácia à norma constitucional sem a intervenção do legislador, tendo em vista a existência no sistema constitucional, de elementos mínimos necessários à aplicação normativa, devem os tribunais aplicá-la, sob o fundamento de que o órgão legislativo não honrou o encargo que lhe foi imposto. Esta avaliação está centrada na possibilidade do poder judiciário, através do processo de concretização, emprestar eficácia ao preceito constitucional que exige regulamentação.

Ainda acerca desta proposição, cumpre observar que nas hipóteses constitucionais passíveis de decisão normativa do Supremo Tribunal há o esforço de conciliar o princípio da prevalência constitucional com o princípio da separação dos poderes, na medida em que, declarada a inconstitucionalidade por omissão é oferecido prazo razoável para o legislador adotar as providências cabíveis. Somente na hipótese de não suprimimento da omissão é que o Supremo Tribunal poderia se fosse o caso, expedir decisão normativa provisória, a fim de tornar viável o preceito constitucional.

No que se refere à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o que se sugere é, *em caso de relevância e urgência constitucional*, possa o Supremo Tribunal Federal resolver satisfatoriamente a lide proposta se assim permitir o caso, mediante a expedição de decisão normativa provisória, até que a omissão venha a ser em definitivo suprida pelo órgão competente. Desta forma, estar-se-ia a viabilizar o cumprimento da Constituição, afastando a subsistência da inconstitucionalidade por omissão que compromete o sucesso constitucional.

Enquanto o mandado de injunção é destinado à defesa de direito subjetivo, a exigir a adoção de solução para o caso concreto, possibilitando de imediato o exercício dos direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais ainda não regulamentados, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, albergando o modelo apresentado, realmente cumpriria o seu papel de suprimir as inconstitucionalidades, tutelando o sistema jurídico e o direito objetivo, preenchendo a lacuna existente, de maneira que a norma elaborada pela Suprema Corte atingiria a todos, disciplinando a questão pendente, satisfazendo a vontade do constituinte e daqueles ansiosos por uma carta política plenamente eficaz.

A natureza jurídica das imposições constitucionais, a vinculação dos poderes constituídos e a caracterização do comportamento omissivo dos órgãos do poder como inconstitucional, com a fixação dos meios jurídicos do seu controle,

permitem chegar a uma conclusão: no Estado Constitucional Democrático de Direito o poder público está obrigado à adoção de todas as medidas necessárias à concretização das imposições constitucionais. Essa conclusão leva segundo Dirley da Cunha Junior, a uma outra: no Estado Constitucional Democrático de Direito, a proteção jurídica há de ser global e eficiente, sem lacunas, o que pressupõe, nos casos de omissão inconstitucional, o reconhecimento de um direito público subjetivo ao cidadão de exigir uma atuação positiva do legislador e dos demais poderes do Estado, convista a institucionalização desses meios de controle como garantia da efetivação dos direitos constitucionalmente previstos¹⁷².

Percebe-se que, por conseguinte que a preocupação da Constituição Brasileira em conferir efetividade às suas normas, especialmente àqueles que definem os direitos e garantias fundamentais não admitindo mais que os cidadãos fiquem em compasso de espera ao aguardo da edição das normas reguladoras faltantes. A não ser assim, corre-se o risco de presenciar uma absurda subversão na ordem jurídica, apresentando-se a omissão do legislador infraconstitucional mais eficaz que a atuação do legislador constituinte, e a inexistência da norma regulamentadora mais vinculante que a existência de vinculações constitucionais.

Segundo Anna Cândida da Cunha Ferraz, a inércia dos poderes constituídos representa inegável processo de alteração informal da Constituição. De modo que, *embora não altere a letra constitucional, altera-lhe o alcance, na medida em que paralisa a aplicação constitucional. Tal paralisação, não desejada ou prevista pelo constituinte, é de ser tida como inconstitucional*¹⁷³. Afirmando que, como modalidade de mutação constitucional a inércia é processo pernicioso, que acarreta conseqüências desastrosas à vida constitucional dos Estados.

Para Dirley da Cunha Junior, não basta às proclamações como art.18, nº1 da Constituição Portuguesa, ou do art. 5º, parágrafo 1º da Constituição Brasileira para assegurar a efetividade das normas constitucionais. É necessário, antes de mais, um novo arranjo jurídico onde a jurisdição constitucional, bem estruturada e legitimada,

¹⁷² CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: teoria e prática**. Salvador: Jus Podvin, 2006 p. 216.

¹⁷³ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**, São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 231.

garanta a força ativa da Constituição, pois sem uma justiça constitucional o princípio da constitucionalidade fica sem tradução prática¹⁷⁴.

O sucesso dos meios jurídico-processuais específicos de controle da constitucionalidade da omissão e, conseqüentemente, o próprio controle judicial das omissões inconstitucionais do poder público depende de uma renovada atuação do poder judiciário, que, certamente, exigirá uma reformulação teórica na dinâmica da relação entre os poderes constituídos, em busca da realização constitucional e do respeito à vontade do poder constituinte. Nesse contexto, Manoel Gonçalves Ferreira Filho registra que *o papel do judiciário torna-se acentuadamente de caráter político*. Isso porque, segundo ele, *no caso do controle de constitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade fazem dele um legislador negativo, enquanto a ação de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção o impelem à tornar-se um legislador ativo*¹⁷⁵.

Não se deve ignorar que uma das maiores preocupações que permearam toda a discussão constituinte brasileiro consistiu na formulação de soluções que visassem sanar o grave problema da falta de efetividade da própria Constituição ante a perspectiva comum no passado, de omissões do poder público na adoção de medidas de concretização constitucional. Tal preocupação mostrou-se patente com a disposição do constituinte em instituir o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, especialmente destinadas a remediar a inércia dos órgãos estatais, em que pese distingüirem-se quanto aos seus fins imediatos. O propósito fundamental era de que os direitos fundamentais, por falta de atos normativos que os viabilizassem, não permanecessem no plano das aspirações irrealizadas.

Este foi o propósito que originou o controle de inconstitucionalidade das omissões do poder público. Um propósito confirmado pelo jurista brasileiro Michel Temer:

A primeira afirmação que se deve fazer é aquela referente à finalidade desse controle: é a de realizar, na sua plenitude, a vontade constituinte. Seja: nenhuma norma constitucional deixará de alcançar a eficácia plena. Os preceitos que demandarem regulamentação legislativa, ou aqueles simplesmente programáticos, não deixarão de ser invocáveis e

¹⁷⁴ CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**: teoria e prática. Salvador: Jus Podvin, 2006

¹⁷⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Poder Judiciário na Constituição**, RDA198: 1-17, 1994, p.11.

exequíveis em razão da inércia do legislador. O que se quer é que a inação do legislador não venha a impedir o auferimento de direitos por aqueles a quem a norma constitucional se destina. Quer-se com tal controle, passar da abstração para a concreção, da inação para a ação, do descritivo para o realizado. O legislador constituinte de 1988 baseou-se nas experiências constitucionais anteriores quando muitas não foram regulamentadas por legislação integrativa e, por isso, tornaram-se ineficazes¹⁷⁶.

A nota fundamental de do controle de constitucionalidade não é gerar responsabilidade, mas sim suplantar as inconstitucionalidades, para o fim de garantir a supremacia e a integralidade da Constituição.

O sistema constitucional Guineense, para além de não regular o mandado de injunção, prevê de uma forma muito abstracta a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, os dois instrumentos mais importantes de efetivação dos direitos dos cidadãos. Nos preceitos referentes a fiscalização da constitucionalidade Guineense, não prevê nem prazos para a tomada de providencia necessárias para colmatar a omissão legislativo á nenhum dos órgãos (legislativo e administrativo) e muito menos uma sanção ao órgão competente, fato que demonstra claramente a fragilidade do sistema constitucional instituído na Republica da Guiné-Bissau quanto a efetivação dos direitos dos cidadãos. Daí questiona-se qual é o alcance da instituição de um regime de proteção dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, se os próprios cidadãos não dispõem dos meios legais indispensáveis à efetivação de tais direitos?

5.2.2 Mandado de Injunção

Mandado de Injunção é um dos instrumentos constitucionais previsto na Constituição Brasileira de 1988, que nos termos do art.5º, todas as normas constitucionais são potencialmente aplicáveis diretamente.

Conforme prevista no inciso LXXI do referido preceito, *conceder-se-á mandado de injunção sempre que falta da norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.*

A sua função seria fazer valer no interesse do impetrante, um direito ou prerrogativa prevista em norma constitucional cujo exercício em geral é inviabilizado pela falta da regulamentação.

¹⁷⁶ TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1992

Afinal, de acordo com art. 5º, inciso LXXI da Constituição Federal, qual é a sua destinação,

Podem-se apontar três correntes distintas sobre o objeto de mandado de injunção. A primeira corrente entende, ter o writ o mesmo alcance a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, servindo para dar ciência ao poder competente, de modo que este adote as providências necessárias a sanar a omissão de norma regulamentadora que esteja impossibilitando o exercício de direito previsto na Constituição.

Manoel Gonçalves Ferreira filho, um dos defensores desse posicionamento restringiu o alcance do instituto tão-somente aos direitos políticos e aos direitos vinculados diretamente ao status de nacional, ficando de fora os direitos sociais. Para ele, os efeitos da decisão do mandado de injunção são análogos aos da inconstitucionalidade por omissão, levando o judiciário, em caso de concessão, a dar ciência ao poder competente da falta de norma sem a qual é inviável o exercício de direito fundamental. Não se admite, pois, pelo próprio órgão jurisdicional, o estabelecimento da norma regulamentadora necessária à viabilidade do direito¹⁷⁷.

De acordo com o Professor Paulista, diante do princípio da separação dos poderes, acolhido na Constituição Federal, não se pode admitir a integração de dispositivo constitucional efetivada através do judiciário, sob pena de violação ao citado preceito, encartado no texto como *clausula pétrea* (art. 60, parágrafo 4º, inciso II da Constituição Federal). Acrescenta ainda que, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão foi reservada a autoridades e entes de mais alta representatividade no país, sendo julgada apenas pelo Supremo Tribunal Federal, não podendo, assim, o mandado de injunção ter um alcance sequer àquela conferido.

A segunda corrente defendida por Celso Ribeiro Bastos e José Joaquim Calmon de Passos. Ambos sustentam a aplicação do mandado de injunção aos direitos previstos no catálogo do título II da Constituição.

Essa corrente defende a regulamentação do direito constitucional feita pelo poder judiciário, através do mandado de injunção, gerando a decisão efeitos erga omnes.

A posição de que a argumentação feita pelo judiciário violaria o princípio da separação dos poderes pode impressionar. Não obstante, a atuação da justiça não seria voltada para normatizar de forma geral e abstrata a matéria, mas sim, para viabilizar a

¹⁷⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 277.

fruição de direito previsto na Constituição, entregando a prestação jurisdicional solicitada, de maneira que o poder judiciário estaria exercendo a sua função típica de dirimir o caso concreto.

No mandado de injunção existe a incidência do referido sistema, pois a aplicação e efetivação de normas constitucionais é uma função competente a cada um dos poderes constituídos, não podendo nenhum deles descumpri-la. Se um, porém, deixa de desempenhar a contento este desiderato, os outros, desde que autorizados constitucionalmente, deverão exercer o controle sobre tal inobservância. In casu, o judiciário está expressamente autorizado a formular um preceito proporcionador do exercício do direito constitucional obstado, nos termos do art. 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal.

A similitude dos efeitos pretendidos entre a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção há de ser afastada sob pena de o Writ restar completamente esvaziado, mormente, levando em consideração que a premissa, de que, cientificado, o poder competente não persistiria em sua atitude omissa, não vem se verificando na prática.

Vicente Greco Filho também partilhou a posição corrente, o tribunal competente deve conceder, ao órgão omissor, um prazo razoável para a elaboração da norma sob pena de, não o fazendo, tal atribuição ser executada pela própria Corte, que integraria o dispositivo constitucional, possibilitando o exercício do direito nele contido. Uma vez formulada a norma, não mais haveria ensejo para novos mandados de injunção, em face da insubsistência da lacuna, mas sim, da ação cabível contra aqueles que se recusassem ao cumprimento do preceito¹⁷⁸.

O mandado de injunção é instrumento de defesa de direito subjetivo, não tendo, como objeto imediato, a pretensão de suprir a lacuna do órgão omissor, mas sim, de conceder a tutela almejada pelo impetrante. A se acatar a eficácia oponível a todos, haveria um efeito sequer atualmente previsto para a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, contribuindo para a confusão de institutos que têm campos bem delineados, pois é à ação direta que se confere a proteção do sistema jurídico, no afã de preencher as omissões existentes.

¹⁷⁸ GRECO FILHO, Vicente. **Tutela Constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 184.

Para a terceira corrente, o mandado de injunção deve viabilizar, no caso concreto, o exercício dos direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais ainda não regulamentadas.

O inciso LXXI do art. 5º tem por escopo possibilitar o exercício dos direitos constitucionais pendentes de integração. E tal desiderato só pode ser alcançado se o juiz complementar para a hipótese sob julgamento, a norma constitucional, tornando-a aplicável e oferecendo ao impetrante a oportunidade de usufruir, desde logo, o direito almejado.

Importa destacar que, a regulamentação feita pela justiça não viola o princípio da separação dos poderes, pois a sua atuação não é voltada para normatizar, de forma geral e abstrata, a matéria, mas sim, para viabilizar a fruição de direito previsto na Constituição, entregando a prestação jurisdicional solicitada, de maneira que o poder judiciário estará exercendo a sua função típica, dirimindo caso concreto.

No âmbito jurisprudencial, a tese ora exposta não vem encontrando muita aceitação, mormente em razão da posição assumida pelo Pretório Excelso. Apesar disso, não se pode deixar de anotar que, dois dos eminentes integrantes do Supremo Tribunal Federal dissentem do entendimento ali predominante: Carlos Velloso assim sintetiza o seu pensamento:

O mandado de injunção tem por caráter substantivo, faz às vezes de norma infraconstitucional ausente, integra o direito ineficaz em razão da ausência dessa norma infraconstitucional, à ordem jurídica, assim na linha da lição de Celso Barbi, no sentido de que o juiz cria para o caso concreto do autor da demanda uma norma especial, ou adota uma medida capaz de proteger o direito reclamado¹⁷⁹

O Ministro Marco Aurélio, embora também não venha logrando êxito, tem mantido o seu entendimento, assim sintetizado que:

[...] a omissão é a premissa do provimento judicial, mas esse provimento, a seu ver, deve alcançar o desiderato previsto no tocante ao próprio instituto do mandado de injunção; deve viabilizar o exercício do direito em si, porque senão, de mandado de injunção não se tratará, no caso, nem tampouco, de uma sentença harmônica com esse instituto, mas de uma sentença pertinente à ação direta de inconstitucionalidade por omissão¹⁸⁰.

¹⁷⁹ VELLOSO, Carlos. Temas de Direito Público. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 170.

¹⁸⁰ Revista lex – Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, v.167, p.119- 120.

Ao contrario da tendência no âmbito jurisprudencial, a doutrina vem se inclinando, em considerável parcela, favorável a terceira corrente.

Para José Afonso da Silva:

[...] o mandado de injunção tem por finalidade, realizar concretamente em favor do impetrante o direito, liberdade ou prerrogativa, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o seu exercício. Não visa obter a regulamentação prevista na norma constitucional. Não é função do mandado de injunção pedir expedição de norma regulamentadora, pois ele não é sucedâneo da ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, parágrafo 2º)¹⁸¹.

Por sua vez, Paulo Bonavides ensina que:

[...] *havendo, por conseguinte, um direito subjetivo constitucional cujo exercício se ache tolhido pela privação da norma regulamentadora, o titular desse direito postulará, perante o judiciário, por via do mandado de injunção, a edição de uma norma aplicável à espécie concreta*¹⁸².

Nesse caso, a edição da norma saneadora da omissão é provisoriamente do judiciário e não do legislador, concretizando-se graças àquela garantia, a satisfação do direito subjetivo constitucional cujo exercício ficará paralisado a mingua de regra regulamentadora por parte do órgão competente para elaborá-la.

O mandado de injunção serve para remover inconstitucionalidades por omissão, em matéria de direitos subjetivos constitucionais, exarados na Carta Magna, ocorrendo sempre em casos concretos ou incidentalmente numa lide.

Ivo Dantas entende que:

[...] os efeitos do mandado de injunção são apenas interpartes, ou seja, beneficiarão aqueles que foram parte no processo. Preenchida a lacuna, caberá ao judiciário fixar como deverá ser exercido o direito constitucionalmente assegurado, cabendo à autoridade a quem for dirigido o mandado, cumpri-lo¹⁸³.

Com a devida vênia dos que pensam em contrário, em uma interpretação gramatical, lógica ou sistemática do inciso LXXI, da Constituição Federal, isto é, diante de qualquer um dos processos de interpretação admitidos, a melhor exegese é aquela que preserva o mandado de injunção como efetiva garantia fundamental, e tal desiderato somente poderá ser alcançado se for reconhecida a sua finalidade para viabilizar o

¹⁸¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: RT, 1990, p.138.

¹⁸² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito constitucional**. São Paulo: Malheiro, 1994, p. 505.

¹⁸³ DANTAS, Ivo. **Mandado de Injunção**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1994, p. 97.

exercício de direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais pendentes de regulamentação, concretizando-os nos processos sob julgamento, mediante a complementação da norma e a entrega da tutela jurisdicional requerida.

A terceira corrente é hoje a posição dominante, alargando ao mandado de injunção a todos os direitos fundamentais, sejam individuais (civis e políticos), coletivos, difusos e sociais, encontrando-se inseridos ou não no catálogo do título II da Constituição Federal. Inclusive o Supremo Tribunal Federal já julgou alguns casos com base nessa posição mais alargada do mandado de injunção.

Dirley da Cunha Junior também acolheu essa corrente, defendendo que a orientação diversa a essa corrente consistiria em negar a própria razão de ser do instituto, que foi criado para a proteção da efetividade de todos os direitos fundamentais. Argumenta assim a sua posição:

Deixar os direitos sociais ao largo da tutela do mandado de injunção pode redundar num esvaziamento do próprio writ, principalmente quando se tem a consciência de que as liberdades constitucionais e as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, por serem direitos de defesa e não carecerem, em regra, de nenhuma providência do Estado, a não ser a sua própria abstenção ante o exercício legítimo do direito¹⁸⁴.

Importa salientar que, apesar de algumas semelhanças entre a Constituição da Guiné-Bissau e a Constituição Federal do Brasil e a Constituição Portuguesa, não se pode encontrar na Constituição Guineense o preceito semelhante ao do inciso LXXI do art. 5º da Constituição Federal.

Apesar de ter dado certo privilégio na definição das normas definidoras de direitos, liberdades e garantias fundamentais, a Constituição da República da Guiné-Bissau deixou escapar um dos instrumentos mais eficaz da efetivação dos direitos dos cidadãos que é a definição do mandado de injunção.

O art. 32 da Constituição da Guiné-Bissau reza o seguinte: Todo o cidadão tem o direito de recorrer aos órgãos jurisdicionais contra atos que violem os seus direitos reconhecidos pela Constituição e pela lei, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos.

¹⁸⁴CUNHA JUNIOR, Dirley da. Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática. Salvador: JusPODVIM, 2006, p.121.

Apenas uma interpretação extensiva deste preceito constitucional poderá aproximá-lo o alcance do referido preceito aos objetivos do mandado de injunção, incluindo nele não apenas os atos, mas também as omissões violadoras dos direitos reconhecidos pela Constituição e pela lei. Mas, como se pode constatar até aqui, o problema não se resolve, pois o preceito diz apenas “recorrer”. Nada disse quanto à concessão ou não do mandado de Injunção.

A importante tarefa do mandado de injunção seria exatamente viabilizar o gozo desses direitos, não obstante a inércia dos órgãos administrativos ou dos poderes constituídos, principalmente o legislativo, a quem é destinada um enorme parcela no mister de preencher as lacunas existentes.

Ao judiciário estaria destinado um papel de destaque na efetivação da Carta Magna, pois poderia suprir a referida omissão, dando o exemplo para tornar mais eficaz o Código Fundamental e até contribuindo, com isso, para os órgãos inoperantes passassem a cumprir os seus deveres.

Para Luiz Alberto Gurgel de Faria, uma Constituição repleta de normas de eficácia limitada ou reduzida como a Brasileira, não pode prescindir do mandado de injunção, instituto singular, inovação do direito brasileiro exatamente para que a omissão no preenchimento das lacunas constitucionais não sirva de ensejo para a inobservância da Carta¹⁸⁵, pois considera que o acréscimo do texto destacado ao preceito, certamente afastará qualquer dúvida porventura ainda existente no tocante à finalidade do Writ, esclarecendo que caberá ao judiciário suprir a norma no caso concreto, viabilizando o exercício do direito.

5.2.3 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

A Arguição de descumprimento de preceito fundamental sem precedentes na história constitucional brasileira. Foi instituído originariamente pelo parágrafo único do art. 102 da Constituição Federal de 1988.

Em face da emenda constitucional nº3\93 o parágrafo único foi eliminado e dividido em dois parágrafos e passou a ter a seguinte redação: a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal na forma de lei. O Supremo Tribunal Federal afirmou a

¹⁸⁵ FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. **Controle da Constitucionalidade na omissão legislativa: Instrumentos de proteção judicial e seus efeitos**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 104.

sua posição no sentido de que essa norma instituidora da argüição carecia de regulação e era de eficácia limitada.

Após ser submetida a sanção presidencial, a argüição de descumprimento de preceito fundamental foi promulgada e publicada pela lei nº9.882 de 03 de dezembro de 1999, conferindo-lhe a natureza de Lei de Ritos prevista no art. 102, parágrafo 1º da Constituição Federal.

A Constituição consagrou a argüição de descumprimento de preceito fundamental como uma ação constitucional especialmente vocacionada à defesa exclusiva de determinadas normas constitucionais compreendidas entre os preceitos fundamentais decorrentes da Constituição.

Importa frisar que, não é qualquer desconformidade com o texto constitucional que se qualifica como inconstitucional, mas tão somente o descompasso direto e imediato, vale dizer que só haverá descumprimento, para os fins da argüição em causa, se qualquer ato ou omissão do poder público desconsiderar ou violar um preceito constitucional fundamental, não se exigindo, para tanto, que a ofensa seja direta.

O conceito de descumprimento para efeito da ADPF é consideravelmente mais amplo, pois compreende também uma violação indireta ao texto constitucional. Assim, enquanto a inconstitucionalidade no controle concentrado provocado pela ação direta de inconstitucionalidade e pela ação declaratória de constitucionalidade limita-se à lei e aos atos normativos diretamente lesivos à Constituição, o descumprimento da Constituição, em sede da ADPF, pode resultar tanto em razão da elaboração de uma lei ou de um ato normativo (incluindo os infralegais, como o regulamento), como em decorrência da expedição ou da prática de um ato não normativo (atos jurídicos concretos ou individuais e os fatos materiais) e de decisões judiciais, sejam estes atos provenientes dos órgãos públicos ou de pessoas físicas e jurídicas privadas.

A Lei nº 9.882\99 reduziu o conceito de descumprimento tão-somente aos atos do poder público. Mas manteve a idéia originária de abrangar todos os atos do poder público, sejam normativos ou não, compreendendo, inclusive, as suas omissões.

A mesma lei fixou dois ritos distintos para a ADPF. Estabeleceu um processo de natureza objetiva denominado de argüição autônoma, no qual a argüição é proposta diretamente no Supremo Tribunal Federal, independentemente de qualquer controvérsia, para a defesa exclusivamente objetiva dos preceitos fundamentais ameaçados ou lesados por qualquer poder público e, estabeleceu ainda, a argüição incidental, um processo de natureza subjetivo-objetiva, no qual a argüição é proposta

diretamente no supremo tribunal federal, em razão de uma controvérsia constitucional relevante, em discussão perante qualquer juízo ou tribunal, sobre a aplicação de lei ou ato do poder público questionado em face de algum preceito fundamental. Tendo por finalidade predominante a defesa de um interesse ou direito subjetivo de uma das partes.

Enquanto a argüição autônoma independe de qualquer controvérsia, a argüição incidental é dependente da existência de controvérsia relevante em curso perante qualquer juízo ou tribunal. A argüição é autônoma exatamente por não depender de nenhuma controvérsia, aproximando-se, nesse particular, da ação direta de inconstitucionalidade e, é incidental, justamente por surgir em razão de uma controvérsia, isto é, por nascer como um incidente no seio de um processo judicial concreto.

Dirley da Cunha Junior considera que a divulgação de tipologias de argüições não é apropriada, pois pode infundir uma falsa idéia de que a lei instituiu mais uma modalidade de argüição, para além daquela constitucionalmente consagrada. Admitiu, contudo, que a lei na criou modalidade nova de argüição, nem poderia fazê-lo sob pena de incidir em manifesta inconstitucionalidade, mas tão-somente contemplou processamentos diversos à ação constitucional de argüição originada da Constituição¹⁸⁶.

A constituição não previu a legitimidade para a propositura da argüição autônoma, mas deixou ao legislador tal incumbência, a qual vem expressamente prevista no art. 2º da lei 9.882/99, segundo o qual os legitimados para o ajuizamento da ação direta de argüição de descumprimento são os mesmos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade (o Presidente da República, mesa da câmara dos deputados, mesa de assembléia legislativa ou câmara legislativa do distrito federal, governador de estado ou distrito federal, procurador- geral da república, conselho federal da ordem dos advogados do Brasil, partido político com representação no congresso nacional, confederação sindical e a entidade de classe de âmbito pessoal).

Esses legitimados ativos não são partes materiais na ação, pois não têm nenhuma disponibilidade sobre a mesma, haja vista que, em processos de natureza objetiva não existem partes litigantes. Por isso mesmo, uma vez proposta a argüição, não se admitirá desistência, suspeição, pois não permite a intervenção de terceiros e não comporta ação rescisória. Tais legitimados podem se identificar apenas como partes em sentido formal, como pessoas, órgãos ou entidades responsáveis formalmente pela

¹⁸⁶ CUNHA JUNIOR, Dirley da. Controle de constitucionalidade: Teoria e prática, Salvador: JusPODVIM, 2006, p.257.

ordem jurídica para ativar a jurisdição do Tribunal Constitucional na defesa da supremacia da Constituição, in casu, dos preceitos constitucionais fundamentais.

Cumprindo sublinhar que o projeto do qual resultou a lei que instituiu a ADPF previa no inciso II do art. 2º, que a legitimidade para a propositura da arguição a “qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do poder público”. Tal inciso foi vetado pelo Presidente da República sob o argumento de que a admissão de um acesso individual e irrestrito de ações constitucionais no Supremo Tribunal Federal é incompatível com o controle concentrado de legitimidade de atos estatais, e que a inexistência de qualquer requisito específico a ser ostentado pelo proponente da arguição e a generalidade do objeto da impugnação fazem presumir a elevação excessiva do número de feitos a reclamar a apreciação do Supremo Tribunal Federal, sem a correlata exigência de relevância social e consistência jurídica das arguições propostas, fato que segundo Dirley da Cunha Junior, frustrou toda a expectativa da comunidade jurídica em geral¹⁸⁷.

A ação de descumprimento do preceito fundamental veio introduzir mudanças significativas no sistema brasileiro de controle concentrado de constitucionalidade. Para além de desempenhar a função de garantia da supremacia dos preceitos constitucionais fundamentais, ela foi alçada como mecanismo de controle de qualquer ato ou omissão do poder público, seja normativo ou não normativo, abstrato ou concreto, anterior ou posterior à Constituição Federal, Estadual ou Municipal, e proveniente de qualquer órgão ou entidade (legislativo executivo e judiciário).

Quanto aos seus efeitos, a decisão proferida em sede da ADPF para além de reconhecer ou não o descumprimento em causa, deverá ser comunicada às autoridades ou órgãos responsáveis pelo ato ou omissão questionada com vista ao seu cumprimento imediato. Para tanto, o art. 10º, caput, da Lei 9.882\99, exige que o Supremo Tribunal Federal, independentemente de julgar procedente ou improcedente a arguição, fixa no *decisum* as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental supostamente descumprido.

A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do poder público, ou seja, por submeter-se a disciplina do processo objetivo, a arguição desafia decisão erga omnes, alcançando a todos, envolvidos ou não,

¹⁸⁷ CUNHA JUNIOR, Dirley da. Controle de constitucionalidade: Teoria e prática, Salvador: JusPODVIM, 2006, p.261.

no processo, operando efeitos retroativamente e causando, em regra, a nulidade dos atos impugnados, quando forem de índole normativa.

Segundo a doutrina corrente, essa decisão é de natureza declaratória, pois apenas reconhece um estado pré-existente. Daí sustentar-se que a referida decisão produz efeitos ex-tunc, retroagindo para fulminar de nulidade a norma impugnada desde seu nascedouro ferindo-a de morte no próprio berço.

Os efeitos vinculantes na arguição, segundo entendimento de Dirley da Cunha Junior, têm uma amplitude muito maior do que os efeitos previstos para a ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade, justificando assim a sua posição:

De fato enquanto na ADIn e na ADC os efeitos só alcançam os órgãos do poder judiciário e os órgãos da administração pública, na arguição, os efeitos atingem todos os órgãos do poder público, inclusive o legislativo, que ficam submetidos às condições e ao modo de interpretação e aplicação fixados pelo Supremo Tribunal Federal a respeito do preceito fundamental¹⁸⁸.

A decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido da ADPF é irrecorrível, não podendo ser objeto da ação rescisória, cabem, todavia, não obstante o silêncio da lei, embargos de declaração, nas hipóteses de obscuridade, contradição ou omissão.

Em decorrência da suprema importância da ADPF e da necessidade da célere e pronta preservação do preceito fundamental descumprido, a lei estabelece que o Presidente do Supremo Tribunal Federal determine o imediato cumprimento da decisão, independentemente da lavratura do acórdão e da publicação da parte dispositiva no Diário da justiça e no Diário oficial da União, que nos termos do art. 10º, parágrafo 2º da lei 9.882/99, será de dez dias, contando a partir do trânsito em julgado da decisão.

A arguição incidental possibilita o trânsito direto e imediato ao STF de uma questão constitucional relevante, debatida no âmbito das instâncias judiciais ordinárias, que envolva a aplicação e interpretação de um preceito constitucional fundamental. Assim que for admitida a arguição incidental, opera-se uma verdadeira cisão entre a questão constitucional e as demais questões suscitadas e discutidas pelas partes no caso concreto, subindo ao tribunal, para sua exclusiva apreciação, uma vez que remanesce a competência dos órgãos judiciais ordinários para decidir a respeito da pretensão deduzida. A corte limita-se a apreciar a questão constitucional, dando-lhe solução

¹⁸⁸ CUNHA JUNIOR, Dirley da. Controle de constitucionalidade: Teoria e prática, Salvador: JusPODVIM, 2006, p.285.

adequada e rápida, sem se manifestar, porém, sobre o objeto ou a pretensão vinculada ao caso concreto e pendente de julgamento pelos órgãos judiciários ordinários.

Com a argüição incidental, restou consagrada no Brasil uma formula de controle de constitucionalidade rápido e imediato, nas questões relevantes envolvendo interpretação e aplicação do preceito fundamental, cabendo em tais hipóteses, a eventual suspensão temporária do processo concreto para que seja dirimida a questão constitucional suscitada, ensejando ao Supremo Tribunal Federal firmar sua posição na matéria, sem que se tenha de aguardar a apreciação do recurso extraordinário, que, certamente, só ocorrerá muitos anos depois. O Propósito da ação de argüição incidental foi racionalizar o sistema atual e emprestar-lha maior coerência, por proporcionar a remessa, desde logo, da questão constitucional relevante para a apreciação por seu órgão julgador final, que é o Supremo Tribunal Federal.

Para finalizar é importante sublinhar, depois da análise das garantias constitucionais de efetivação dos direitos dos cidadãos e a problemática constitucional referente a distribuição de competências entre os órgãos dos poderes públicos, constata-se que uns atingem os objetivos por ela preconizada, enquanto outros ainda não são instituídos de forma a atingir a eficácia por ela proporcionada que é a plena efetivação dos direitos dos cidadãos.

Acredita-se que, seja de natureza legislativa ou não, seja total ou parcial, a omissão ou a violação do preceito fundamental da poder publico não pode interditar os desígnios constitucionais e o desenvolvimento de importantes avanços sociais e políticos consagrados na Constituição que é uma Constituição, sobretudo numa Constituição marcadamente dirigente, compromissória com os ideais de uma justiça social e com dignidade da pessoa humana. Nesse passo, é imperioso encontrar-se solução que dê efetiva e real vazão a todos esses compromissos assumidos pelo texto supremo. Uma solução que garanta, em termos verdadeiros, a efetividade da Constituição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Guiné Bissau é um país africano que à semelhança de seus congêneres passou pelo jugo colonial e cuja independência em 1973, custou vidas e sacrifícios dos seus filhos durante os onze anos da luta armada de libertação nacional que teve como o grande impulsionador o Partido Africano para a Independência da Guiné e Cabo-Verde (PAIGC).

A primeira Constituição da República, nascida com o Estado da Guiné-Bissau foi convocada no curso do processo de luta de libertação nacional, visava essencialmente a proclamação unilateral da independência.

Com a proclamação unilateral da independência em 1973, a Guiné Bissau passou a ser membro da comunidade internacional, com o seu reconhecimento pela Organização das Nações Unidas (ONU) e a sua admissão, ainda no mesmo ano como membro da Organização da Unidade Africana (OUA), contudo, só veio a ser reconhecido por Portugal com a queda do regime ditatorial e a instauração de um regime democrático, a 24 de Setembro de 1974.

A Constituição de 1973 teve uma clara influência e inspiração soviética que se pode constatar nos seguintes aspectos: a institucionalização constitucional de um regime de partido único, a quem foi atribuído o papel da força política e dirigente da sociedade e à quem cabe decidir da orientação política do Estado; a concepção própria dos direitos fundamentais e uma organização de poder político em termos de concentração de poderes.

Em 1980 foi aprovada uma nova Constituição que nem se quer chegou a entrar em vigor devido à eclosão do movimento reajustador de 14 de Novembro, constituindo uma verdadeira ruptura no anterior sistema constitucional.

A Constituição de 1984 apesar de nascer com base de um processo de ruptura corresponde a uma institucionalização, mais sólida, desenvolvida e acabada. A Guiné-Bissau passou a ser um país de democracia nacional revolucionária e nas suas disposições constitucionais há um acentuar do carácter programático e dirigente da Constituição. Há ainda a consagração dos objetivos de carácter económico, social e cultural a ser implementado pelo Estado e a definição de um quadro económico de direcção e planificação estatais e de uma forte intervenção do Estado na vida económica.

Nesta Constituição, o Presidente do Conselho de Estado representa a República da Guiné-Bissau e, simultaneamente, chefe do Estado e do Governo, e

Comandante Supremo das Forças armadas revolucionárias do povo. O Governo, um órgão essencialmente executivo e administrativo com maior poder de iniciativa e direção política, mas sob a responsabilidade e direção da Assembléia Nacional Popular e Conselho de Estado.

A abertura econômica, quase que inevitável, quer por exigências da própria racionalidade econômica do contexto internacional, foi seguida por um processo de abertura política.

Em 1982 foi criada a comissão multipartidária de transição que abriu um processo de transição que passou a contar com a oposição legalizada. Tratava-se de um órgão transitório de coordenação que lançou as propostas que serviram de base fundamental à revisão de 1993.

As revisões constitucionais operadas à Constituição de 1984 alteraram-na de tal forma que o modelo Constitucional foi substituído pelo que apenas formalmente se pode sustentar que a Constituição permaneceu a mesma: Foi instituído o pluripartidarismo, o PAIGC deixou de ser considerado a força dirigente da sociedade, referencia substituída pela livre constituição de partidos políticos. Foi ainda substituído as formulas constitucionais mais marcadas política e ideologicamente, tais como massas populares, sociedade liberta de exploração do homem pelo homem pelas novas formulas mais consentâneas com o principio do Estado de direito e da democracia representativa.

Ainda no âmbito das revisões realizadas na Constituição de 1984, a figura do Primeiro Ministro foi instituída e o Semi-Presidencialismo foi adotado como sistema de Governo para a Guiné-Bissau, bem com a adoção de um conjunto de normas de garantias dos direitos fundamentais. O Presidente da Republica passa a ser eleito por sufrágio direto, o Conselho de Estado passa a ser órgão consultivo do Presidente da Republica, a nomeação do Primeiro-Ministro e a formação do Governo são feitas de acordo com os resultados eleitorais.

A fiscalização da Constitucionalidade passa a ser apreciada e decidida pelo Supremo Tribunal de Justiça que o decidirá em plenário.

A realização das eleições legislativas e presidenciais em 1994 veio completar o quadro constitucional de um Estado de direito unitário, faltando apenas para a sua instituição definitiva, uma nova revisão constitucional que adapte o capitulo do poder local e permita a instituição das verdadeiras autarquias locais com a realização das correspondentes eleições. Revisão essa que veio a ser concretizada em 1995 pela lei 011\95 de 01 de Dezembro.

Com o objetivo das melhores relacionamentos com os países da sub-região, a República da Guiné-Bissau aderiu a sua integração à União Econômica e Monetária da África Ocidental (UEMOA) e especificamente na sua moeda comum, o Franco da comunidade financeira africana (Fcf).a).

A Constituição caracteriza-se como um Estado unitário, cujo sistema de governo é semipresidencialista, que acolhe um tipo histórico de Estado subordinado ao Princípio do Estado de Direito na sua modalidade de Estado Social e Democrático, onde toda a organização do poder político é estruturada em termos de democracia representativa, com a exigência de uma legitimidade democrática como fundamento do exercício do poder político, legitimidade concretizada especialmente na eleição direta do Presidente da República e da ANP e na garantia constitucional do sufrágio universal, livre, igual, direto, secreto e periódico na escolha daqueles titulares do poder político.

Às normas constitucionais de direito fundamental é reservado um regime jurídico especial, inclusive em relação às demais normas constitucionais. Dada à preocupação natural em regime democrático com direitos fundamentais foram construídos os mecanismos de proteção e efetivação especiais para as normas a ela pertinentes

Os preceitos que definem direitos, liberdades e garantias fundamentais são de aplicabilidade imediata. O Estado tem a obrigação de garantir a realização efetiva das liberdades consagradas nos direitos fundamentais.

Tanto a Constituição Guineense, a Brasileira, bem como a Constituição Portuguesa, ambas se preocuparam com a sua eficácia e aplicabilidade, para tanto, preordenaram alguns instrumentos, que visam à materialização, ou seja, a efetivação das normas definidoras de direitos, liberdade e garantias fundamentais contudo, no caso da Guiné-Bissau, os instrumentos para a efetivação dos mesmos ainda estão por definir.

Em ambas as Constituições foram reguladas as normas que consubstanciam os direitos fundamentais individuais são de eficácia contida e de aplicabilidade imediata, enquanto os preceitos que definem direitos sociais são de eficácia limitada e aplicabilidade indireta, ficando na dependência de uma lei integradora que lhes são exequibilidade.

O princípio da aplicabilidade imediata consagrado nos três sistemas objetiva tornar os direitos, liberdades e garantias fundamentais direitos diretamente aplicáveis pelos poderes legislativo, executivo e judiciário. O que significa que tais direitos e garantias têm força vinculante.

Ao governo e a administração, incumbe-lhes um importante papel na tarefa de concretização dos direitos fundamentais, tendo em vista que, no exercício de sua competência planificadora, regulamentar, fornecedora de prestações e desenvolvimento das tarefas de realização de direitos fundamentais.

A semelhança dos três sistemas ainda se constata em nível dos chamados direitos implícitos, ou não enumerados, incluindo nos direitos fundamentais, outros direitos constantes do regime e dos princípios adotados pela Constituição ou dos tratados internacionais que os referidos sistemas seja parte (art. 29, nº 2 da CRGB, art. 5º, parágrafo 2º da Constituição brasileira e art. 16 nº1 da Constituição Portuguesa).

Os direitos sociais não se restringem às prerrogativas conferidas ao trabalhador. Tais direitos se dirigem ao Estado como destinatário de uma pretensão de realização. A liberdade deve possibilitar-se e assegurar-se, realmente mediante prestações sociais e garantias estatais.

As normas que reconhecem os direitos sociais, ainda quando sejam programáticas, vinculam aos órgãos estatais, de tal sorte que o poder legislativo não pode emanar leis contra esses direitos e, por outro lado, está vinculado á adoção de medidas necessárias à sua concretização.

O reconhecimento dos direitos sociais como instrumentos de tutela dos menos favorecidos, não tem tido aplicabilidade necessária para garantir um padrão razoável de justiça social propugnado pela Constituição e reequilibrar a posição de inferioridade que lhes impede o efetivo exercício das liberdades garantidas.

Os direitos sociais não podem fundamentar diretamente pretensões reclamáveis judicialmente, pois não representam direito imediato para os cidadãos quando estão apenas na Constituição, antes de sua conformação por parte do legislador. Eles se dirigem com aplicabilidade imediata aos órgãos estatais de legislação e administração, aos quais obrigam a realização dos mandatos neles contidos. O que não exclui que tenham proteção judicial quando, por obra do legislador ou de uma prática administrativa continuada o Estado os tente suprimir.

As normas constitucionais são classificadas quanto ao grau de aplicabilidade, em normas de eficácia plena, contida e limitada. As normas de eficácia plena são as normas dotadas de aplicabilidade direta, imediata e integral, que não dependem de legislação posterior para a sua inteira operatividade. Por sua vez, as normas de aplicabilidade imediata porque são dotadas de todos os meios e elementos

necessários à sua executoriedade, ou seja, aplicam-se só pelo fato de serem normas jurídicas, que pressupõem, no caso, a existência do Estado e de seus órgãos.

Já as normas de eficácia contida apresentam aplicabilidade direta, imediata, mas possivelmente não integral, porque estão sujeitas a previstas ou passíveis de regulamentação que limite a sua aplicabilidade. São aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos à determinada matéria, mas deixou margem a atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados.

As normas de eficácia limitada apresentam aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses, após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva aplicabilidade. São normas de eficácia limitada porque é o legislador ordinário que lhes vai conferir executoriedade plena, mediante legislação integrativa.

As normas constitucionais programáticas são as normas em que o constituinte não regula diretamente os interesses ou direitos nela consagrados, limitando-se a traçar princípios a serem cumpridos pelos poderes públicos (legislativo, executivo e judiciário) como programas das respectivas atividades, protegendo unicamente a consecução dos fins sociais pelo Estado. Elas objetivam instaurar um regime de democracia substancial, ao determinar a realização de fins sociais, através da atuação de programas de intervenção na ordem econômica, com vistas à realização da justiça social e do bem comum.

As normas programáticas surgiram com as Constituições de inspiração social, características do século XX, disciplinando os direitos sociais e organização econômica.

Precisamente depois da segunda guerra mundial, as Constituições contemporâneas acolheram um elenco de compromissos do estado para com o homem enquanto indivíduo alguns auto-executáveis e outros na dependência de leis que lhes regulassem limites.

As Constituições Guineenses têm atribuído importância aos direitos econômicos, sociais e culturais e ao papel do Estado na prossecução do bem-estar dos cidadãos e no auxílio aos mais desfavorecidos. Ao regular as normas programáticas, o legislador constituinte estabelece certos fins e objetivos que não são imediatamente executáveis, mas deixa aos órgãos de soberania a escolha dos melhores meios e

oportunidade para a concretização, ou seja, permite que haja um juízo político quanto ao melhor momento e aos meios de concretização da norma.

Alguns autores negam eficácia jurídica das normas programáticas, atribuindo-lhes a função de meras expectativas, simples programas, exortações morais, declarações, sentenças políticas, aforismos políticos, apelos ao legislador, programas futuros, juridicamente desprovidas de qualquer vinculatividade.

As normas programáticas impõem certos limites à autonomia de determinados sujeitos, privados ou públicos, se ditam comportamentos públicos em razão dos interesses a serem regulados, nisso claramente se encontra o seu caráter imperativo, imperatividade que se afere nos limites de sua eficácia reduzida, mas sempre imperatividade.

As normas programáticas não fazem surgir para ninguém um direito a uma prestação material específica e imediata, nem um direito à emanção de normas legais. Embora delas surjam outros efeitos, como a vedação de legislar-se em sentido divergente e a revogação da legislação anterior dispendo em sentido contrário.

A juridicidade das normas programáticas, sua imperatividade direta é reconhecida, como imposição constitucional aos órgãos públicos, por isso, também são aplicáveis nos limites dessa eficácia.

Para que se complete a concretização de uma norma jurídica e ocorra a sua plena efetividade, deve haver, para além dessa conexão norma-sistema, norma - valores sociais devem existir necessariamente o empenho dos governantes e da população em respeitar o ordenamento jurídico e fazer valer os princípios retores da ordem normativa.

Para que haja efetividade jurídica e social das normas constitucionais, é indispensável que a Constituição seja interpretada sistematicamente, que os valores estabelecidos nas normas estejam em consonância com a história e os anseios da coletividade e que haja uma pressão popular permanente para que as elites políticas e econômicas cumpram o disposto na Constituição e efetivem os preceitos, princípios e valores previstos na Constituição.

Os princípios expressos em normas programáticas projetam a sua relevância bem para além dos limites da matéria específica para as quais as próprias normas são ditadas, e investem toda a ordenação jurídica. Isso mesmo significa que a sua relevância não pode ser excluída ou suspensa pela falta da legislação ulterior de atuação dos órgãos competentes.

As normas constitucionais programáticas são de grande importância, uma vez que procuram dizer para onde e como se vai, buscando atribuir fins ao Estado. Essa característica teleológica lhes confere relevância e função de princípios gerais de toda a ordem jurídica.

A grande relevância das normas programáticas é que elas se constituem como reveladoras das tendências sócio-culturais da comunidade, princípios básicos que, entre outros, informam a concepção do Estado e da sociedade e inspira sua ordem jurídica positiva vigente. O que significa que elas se manifestam exatamente como aqueles critérios hierárquicos de valor sobre os quais está fundada e pelos quais se inspira a ordem jurídica positiva, de que deve servir-se o juiz para resolver o caso submetido à sua jurisdição como todo o interprete e aplicador do direito objetivo.

Existem limites de efetivação judicial das normas constitucionais, entre as quais havíamos referido o dogma da vedação da atuação do Juiz como legislador positivo, densidade insuficiente das normas constitucionais, reserva da consistência das interpretações judiciais. Importa frisar que esses limites constituem de certa forma grandes dificuldades na efetivação das normas constitucionais, mas não são barreiras intransponíveis, eles podem ser ultrapassadas.

A Constituição ao atribuir expressamente ao judiciário a competência para administrar a justiça em nome do povo, incumbe-lhe simultaneamente de tomar providências cabíveis para preservar a força normativa da ordem constitucional. O que significa que o juiz tem, frente a casos concretos, o dever geral de dizer o direito aplicável, mesmo que para isso, seja necessário invalidar o ato legislativo inconstitucional ou suprir omissão legislativa inconstitucional, resguardando assim a supremacia da Constituição.

Não podem ser desenvolvidas e efetivadas normas constitucionais sem que o judiciário reúna argumentos e elementos suficientes para demonstrar o acerto do resultado que pretende alcançar. A reserva de consistência exige que o juiz demonstre o desacerto do ato legislativo que pretendeu desenvolver e efetivar a Constituição, apontando que a seja mais adequada.

O Juiz, no âmbito da sua função, submete-se ao princípio da reserva da consistência, por isso, não deve prescindir quanto ao desenvolvimento efetivação das normas constitucionais. Deve recorrer de todas as vias legais possíveis para tornar efetivas as normas constitucionais.

Ao conceito de inconstitucionalidade advém sempre uma relação de contrariedade com a Constituição: de um lado, a Constituição e de outro, um comportamento ameaçador e violador da ordem constitucional.

A fiscalização da constitucionalidade é o principal mecanismo de defesa ou de garantia da Constituição. Por isso, ela é tida como uma questão central para o cumprimento da Constituição, pois a ausência de mecanismos de controle da constitucionalidade implica a falta de obrigatoriedade jurídica, deixando a Constituição destituída de força jurídica vinculante.

A fiscalização de constitucionalidade por ação tem por objetivo, proteger o Estado de Direito, bloqueando a subsistência de toda e qualquer norma inconstitucional no ordenamento, tentando assim, limitar juridicamente os abusos e excessos no exercício do poder.

A Constituição Guineense consagra um sistema de fiscalização da constitucionalidade concentrado, por via incidental, ou seja, quanto à iniciativa, a fiscalização é difusa, pois qualquer tribunal pode recusar a aplicação de uma norma que suspeita ser inconstitucional. Já a sua apreciação é concentrada, uma vez que é exclusivamente atribuída ao Supremo Tribunal de Justiça, decidir com força obrigatória geral.

A declaração de inconstitucionalidade tem efeitos a partir da entrada em vigor da norma inconstitucional (ou da entrada em vigor da nova norma constitucional (no caso da inconstitucionalidade superveniente), ressalvando, portanto, os casos julgados.

A inconstitucionalidade por omissão é uma inconstitucionalidade negativa, que resulta da abstenção, inércia ou silêncio do poder político que deixa de praticar determinado ato exigido pela Constituição. O que significa que ela pressupõe a exigência constitucional de ação, apenas podendo haver a omissão inconstitucional quando há o dever constitucional de ação.

A omissão legislativa jurídico-constitucionalmente relevante existe quando o legislador não cumpre o dever constitucional de emanar normas, destinadas a atuar imposições constitucionais permanentes e concretas.

A inércia, o silêncio, a omissão do órgão se concretiza por dois modos: Ou depois de escoado o prazo preestabelecido pela Constituição, ou depois do tempo razoável, em que se pode considerar que o ato, não só podia como devia ter sido produzida, em razão de sua importância e indispensabilidade para dar operatividade

prática às normas constitucionais. Importa verificar caso a caso, a fluência de “tempo razoável” para a edição da medida faltante.

A omissão inconstitucional constitui uma estratégia que visa tornar viável uma Constituição do tipo Construtiva e Dirigente que cultua um modelo de Estado intervencionista, do qual emerge o direito à prestações positivas. Por isso, a sua tarefa essencial é maximizar a efetividade das normas constitucionais.

O Supremo Tribunal Federal não impõe uma sanção ao órgão que causou a inconstitucionalidade, se for o órgão administrativo exige que este elabore a lei compatível em determinado prazo. Simplesmente, retira a norma viciada de inconstitucionalidade da ordem jurídica. Por sua vez a Constituição Guineense apenas prevê a possibilidade de admitir a inconstitucionalidade não especificou as modalidades e muito menos os prazos para a tomada de providências necessárias.

A Constituição não pode submeter-se à vontade dos poderes constituídos e nem ao império dos fatos e circunstâncias. A supremacia de que ela se reveste, enquanto for respeitada, construirá a garantia mais efetiva de que os direitos e as liberdades não serão jamais ofendidos.

Existe uma tendência atual no sentido da chamada judicialização por estas razões: é impossível ao legislador legislar sobre tudo aquilo que a sociedade atual coloca como problema, a complexidade crescente das próprias leis acarretará cada vez maiores problemas de interpretação e a adoção de conceitos jurídicos vagos ou indeterminados requer do julgador o desenvolvimento de uma “interpretação criativa”.

A legitimação do órgão jurisdicional social sustenta-se em fatores externos, como sua composição e renovação com garantias de independência ante os poderes estatais, e também internos, como a metodologia jurídica seguida e a densidade da fundamentação de suas decisões.

A atuação supletiva do poder judiciário, dispondo sobre a matéria cumpriria aos demais órgãos originariamente dispor, efetivando as normas constitucionais, é a garantia de realização das normas constitucionais e da realização do supremo direito fundamental à efetivação da Constituição.

O poder judiciário somente realiza a integração da ordem jurídica, suprindo as omissões do poder público para efetivar normas constitucionais carentes de regulamentação e exatamente por não terem sido regulamentadas.

Ao poder judiciário está vedado, seja através de elementos processuais, seja nas próprias decisões judiciais, prejudicar a consistência de tais direitos e, ao poder

executivo impõe-se, tal como ao legislativo, atuar de forma a proteger e impulsionar a realização concreta dos mesmos direitos.

A grande missão do poder judiciário é afastar, com máxima eficiência, a violação á Constituição, pois, a lei inconstitucional deve ser anulada e privada de eficácia, também devem erradicar-se as omissões e vazios legais constitucionalmente inadmissíveis.

A responsabilidade implica a sujeição de alguém ás conseqüências de um comportamento. Existe responsabilidade civil solidária dos funcionários da administração pública quanto a atos funcionais, ou seja, aqueles atos que embora ilícitos, são praticados no exercício das suas funções, ou por causa delas.

As inconstitucionalidades podem ser pressuposto da responsabilidade civil do Estado e constituir em uma relação jurídica obrigacional entre o Estado e um particular que, em virtude de uma atuação estatal, o cidadão venha a sofrer um prejuízo passível de avaliação pecuniária.

A Constituição apresenta limites à atividade dos órgãos competentes para elaborar normas, cujos elementos limitativos se manifestam nas normas atinentes aos direitos democráticos, aos direitos fundamentais e as garantias constitucionais, restringem ações dos poderes estatais. Ela contém normas básicas que determinam como e por quem serão elaboradas as demais normas.

O Estado é uma entidade que elabora normas jurídicas e as executa através dos seus órgãos e agentes. Existe para servir os cidadãos e são estes os destinatários do poder político. Ele é o garante da segurança, a justiça e providencia o bem-estar dos cidadãos, por isso deve desenvolver as atividades necessárias á prossecução dos fins de que é incumbido. Daí a tradicional distinção entra a função legislativa, executiva e jurisdicional.

No Estado de Direito, as normas efetivamente limitam o poder do Governantes e protegem os direitos dos cidadãos, por isso, são instrumentos fundamentais da ação estadual, oferecendo a segurança estabilidade e legitimidade nao só ao Estado, mas também aos cidadãos.

Os juizes devem realizar a intermediação necessária, recorrendo a outras fontes além do texto constitucional, a fim de tornar a norma imediatamente aplicável ao mundo dos fatos. Todas as normas constitucionais, seja qual for a sua natureza, podem e devem ser invocadas pelos juizes como fundamentos das suas decisões.

A cada um dos órgãos dos poderes constituídos é atribuída a função de aplicação e efetivação de normas constitucionais, não podendo nenhum deles descumpri-la.

Em caso do descumprimento por parte de um dos órgãos, o judiciário está autorizado expressamente pela Constituição a administrar a justiça em nome do povo, e efetivar as normas constitucionais.

A Fiscalização de constitucionalidade por omissão tanto no Brasil como em Portugal é a fiscalização de atos normativos

Na perspectiva da inconstitucionalidade por omissão, a garantia de constitucionalidade é concebida como garantia da efetividade de normas constitucionais que por sua vez, é operacionalizada pelos instrumentos de controle da omissão inconstitucional, que devem ser compreendidos a luz dos princípios constitucionais.

A ação de inconstitucionalidade por omissão não visa à tutela de um direito subjetivo como o mandado de injunção, ou seja, ela não é voltada para viabilizar ao impetrante o exercício dos direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais. O seu objetivo é outro: a proteção do sistema jurídico no afã de preencher as lacunas existentes.

A simples declaração do vício e a ciência ao legislador para que adote as providências necessárias à realização do preceito constitucional não serão suficientes para a efetivação das normas constitucionais, pois nada garante que o órgão competente cumprirá a decisão judicial e tome as providências necessárias à regulamentação da norma faltante.

O mandado de injunção é instrumento de defesa de direito subjetivo, não tendo, como objeto imediato, a pretensão de suprir a lacuna do órgão omissor, mas sim, de conceder a tutela almejada pelo impetrante.

A regulamentação feita pela justiça não viola o princípio da separação dos poderes, pois a sua atuação não é voltada para normatizar de forma geral e abstrata, a matéria, mas sim, para viabilizar a fruição de direito previsto na Constituição, entregando a prestação jurisdicional solicitada, de maneira que o poder judiciário estará exercendo a sua função típica de viabilizar o gozo dos direitos e suprir a norma concreto.

O mandado de injunção tem por finalidade, realizar concretamente em favor do impetrante o direito, liberdade ou prerrogativa, sempre que a falta de norma

regulamentadora torne inviável o seu exercício. Os seus efeitos são inter-partes, ou seja, beneficiarão apenas aqueles que foram partes no processo.

O mandado de injunção como um dos instrumentos mais eficaz de efetivação dos direitos dos cidadãos não se encontra regulado em nenhum dos artigos do título II da Constituição da República da Guiné-Bissau, o que demonstra claramente a fragilidade da garantia dos direitos dos cidadãos.

A ação de descumprimento do preceito fundamental veio introduzir mudanças significativas no sistema brasileiro de controle concentrado de constitucionalidade. Para além de desempenhar a função de garantia da supremacia dos preceitos constitucionais fundamentais, ela foi alçada como mecanismo de controle de qualquer ato ou omissão do poder público, seja normativo ou não normativo, abstrato ou concreto, anterior ou posterior à Constituição Federal, Estadual ou Municipal, e proveniente de qualquer órgão ou entidade (legislativo executivo e judiciário).

Com a arguição incidental, restou consagrada no Brasil uma fórmula de controle de constitucionalidade rápido e imediato, nas questões relevantes envolvendo interpretação e aplicação do preceito fundamental.

Os problemas estruturais do Estado Guineense não têm propriamente a ver com a definição de uma forma de Estado, mas antes com a criação das condições de exercício das funções a que qualquer Estado cabe cumprir e a definição das formas de efetivação das normas constitucionais que garantam um verdadeiro exercício dos direitos, liberdades e garantias fundamentais constitucionalmente assegurados.

A natureza jurídica das imposições constitucionais, a vinculação dos poderes constituídos e a caracterização do comportamento omissivo dos órgãos do poder como inconstitucional, com a fixação dos seus jurídicos do seu controle, permitem chegar a uma conclusão: no Estado Constitucional Democrático de Direito o poder público está obrigado à adoção de todas as medidas necessárias à concretização das imposições constitucionais.

O sucesso dos meios jurídico-processuais específicos de controle da constitucionalidade da omissão e, conseqüentemente, o próprio controle judicial das omissões inconstitucionais do poder público depende de uma renovada atuação do poder judiciário, que, certamente, exigirá uma reformulação teórica na dinâmica da relação entre os poderes constituídos, em busca da realização constitucional e do respeito à vontade do poder constituinte.

A omissão do poder público não pode interditar os desígnios constitucionais e o desenvolvimento de importantes avanços sociais e políticos consagrados na Constituição.

Um regime de justiça social será aquele em que cada um deve poder dispor dos meios materiais de viver confortavelmente segundo as exigências de sua natureza física, espiritual e política. Um regime democrático de justiça social não aceita as profundas desigualdades, a pobreza e a miséria.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. Brasília: Corde, 1994.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 1987.

BAHIA, Saulo José Casali. **Responsabilidade Civil do Estado**, Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BARROSO, Luis Roberto. **Direito Constitucional e a Efetividade das suas Normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**, 19ed, São Paulo: Saraiva, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro e BRITO, Carlos Ayres de. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiro, 1994

BOBBIO, Norberto. **Era dos Direitos**, trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 1992.

BOCKENFORDE, Ernst Wolfgang. **Escritos sobre Derechos Fundamentales**. Tradução de Juan Luis Requejo Pajés e Ignacio Villaverde Menéndez, 1. Aufl., Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges, 1993.

BRITO, Edvaldo. **Reflexos Jurídicos da Atuação do Estado no Domínio Económico**. São Paulo: Saraiva, 1982.

_____. **Limites da Revisão constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1989.

_____. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1982.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

COELHO, Inocêncio Mártires, **Interpretação constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

CORREIA, Sérvulo. **A Responsabilidade Civil da Administração**. Boletim da faculdade de Direito de Bissau, nº 3, Junho de 1995.

CRISAFULLI, vézio. **Atto normativo, enciclopedia del diritto**, vol. IV. Milano: Giufre, s.d.

_____ **La norma programatiche della Costituzione**. In: Stato, popolo, governo – Ilusione e desilusione costituzionale. Milano: Giufre, 1985.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: teoria e prática**. Salvador: Salvador: jusPODVIM, 2006.

DANTAS, Ivo. **Mandado de Injunção**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1994.

DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus Efeitos**. São Paulo: Saraiva, 1997.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Sao Paulo: Martins Fontes, 1999.

FARIA, José Eduardo. **Justiça e conflito – os Juizes em face dos novos movimentos sociais**. São Paulo: RT, 1991.

FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. **Controle da Constitucionalidade na Omissão Legislativa: instrumentos de proteção judicial e seus efeitos**. Curitiba: Juruá, 2001.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. São Paulo: RT, 1999.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo de Direito – técnica, decisão e dominação**. São Paulo: Atlas, 1996.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1993.

GRAU, Eros Roberto. **A Constituição Brasileira**. Revista de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 4, Rio de Janeiro, Forense, 1993.

_____ **A Ordem economica na Constituição de 1988**, 2 ed., Sao Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

GRECO FILHO, Vicente. **Tutela Constitucional das liberdades**, São Paulo: Saraiva, 1989.

HABERLE, Peter. **Hermeneutica Constitucional: A sociedade aberta dos interpretes da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Pero Alegre: Sérgio António Fabris, 1997.

HABERMAS, Jurgen. **Faticidade e Validade**: Uma introdução à teoria discursiva do Direito do Estado Democrático de Direito. Tradução e reprodução exclusivas para o uso acadêmico.

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

HESSE, Konrad, **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

_____. **Elementos de Direito Constitucional da Republica Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Fabris, 1998.

HORTA, Raul Machado. **Constituição, Direitos Sociais e Normas Programáticas**, Revista dos Tribunais de Contas de Minas Gerais, edição nº 4 de 1998.

_____. **Estudo de Direito Constitucional. Belo Horizonte**: Del Rey, 1995.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

KOSTA, Emílio Kaft. **Constitucionalismo Guineense e os Limites Materiais de Revisão**. Lisboa, 1997.

MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição Brasileira de 1946**, vol.I, 4 ed. São Paulo: Fretas Bastos, 1948.

MELLO, Celso António Bandeira. **Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social**, Revista de Direito Publico. In: revista do Direito Público, São paulo: Revista dos Tribunais, s.d. nº 57.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**, São Paulo: Saraiva, 1996

_____. Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativas pelo órgão judicial**. In: Direitos fundamentais e Controle de constitucionalidade> São Paulo: Celso Bastos, 1998.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, tomo I.

_____. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, tomo II.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Comentários a Constituição de 1967 com a Emenda n.1 de 1969**.

MORAIS, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 1998.

MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais**, São Paulo: Editora Max Limonad, 2001.

NOVAIS, Jorge Reis. **Tópicos de Ciência Política e Direito Constitucional Guineense**. Associação acadêmica da faculdade de direito de Lisboa, 1996.

_____. **Os princípios constitucionais estruturantes da Republica Portuguesa**, Coimbra editora, 2004.

OLIVEIRA, Felipe falcão. **Direito Publico Guineense**, Coimbra, Almedina, 2005.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Mandado de segurança, Mandado de injunção e habeas data – Constituição e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

PERELMAN, Chaim. **A lógica Jurídica e a nova retórica**. Sao Paulo: Martins Fonstes, 2002.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Eficácia e Aplicabilidade das normas constitucionais programáticas**, São Paulo: Editora Max Limonad, 1999.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**, 2 ed, São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2003.

PUENTE, Marcos Gómez. **La inatividad del legislador**. uma realidade susceptible de control. Madrid: McGraw-Hill, 1997.

SARAIVA, Paulo Lopo. **Garantia Constitucional dos Direitos sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, 4 ed. São Paulo: Malheiro editores, 2000

_____. **Aplicabilidade da normas constitucionais**, 5 ed. Sao Paulo: Malheiro Editores, 2001.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 6 ed, revista e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990

SUSSEKIND, Arnaldo. **Direitos sociais na constituinte**, 1ª ed, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**, 2 ed, São Paulo: Saraiva, 2003.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**, 9 ed., São Paulo 1982.

TRINDADE, Washington Luiz da. **As normas laborais nas Constituições modernas**, Revista T&D nº15, Dezembro de 1997.

VELLOSO, Carlos. **Temas de Direito Público**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.