

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**A EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS LIMITADAS**

**MARIA EDUARDA BRITTO VIEIRA DE CARVALHO**

**Rio de Janeiro**

**2021**

**MARIA EDUARDA BRITTO VIEIRA DE CARVALHO**

**A EFICÁCIAS DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS LIMITADAS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Eduardo Ribeiro Moreira**.

**Rio de Janeiro**

**2021**

**MARIA EDUARDA BRITTO VIEIRA DE CARVALHO**

**A EFICÁCIAS DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Eduardo Ribeiro Moreira.**

Data da Aprovação: \_\_ / \_\_ / \_\_\_\_.

Banca Examinadora:

\_\_\_\_\_

Orientador

\_\_\_\_\_

Co-orientador

\_\_\_\_\_

Membro da Banca

\_\_\_\_\_

Membro da Banca

**Rio de Janeiro**

**2021**

## **AGRADECIMENTOS**

Ao meu pai, amigo e mestre, por ser meu maior exemplo nessa carreira que escolhi seguir;

À minha mãe pela enorme paciência e amor incondicional;

Aos amigos que fiz na Faculdade Nacional de Direito, aos quais concentrarei meus agradecimentos no nome de Juliana Perlingeiro, amiga sem a qual não teria conseguido me formar;

Ao meu orientador, Eduardo Ribeiro Moreira, pelas orientações e disponibilidade para ajudar sempre.

## **RESUMO**

Este trabalho tem como objetivo principal examinar a eficácia das normas constitucionais limitadas, por um viés jurídico e social. Em primeiro lugar serão analisadas as diferentes classificações quanto à aplicabilidade das normas constitucionais, começando pelas classificações duais propostas por constitucionalistas norte-americanos até ideias inovadoras que mais se coadunam com o neoconstitucionalismo. Na sequência, busca-se dissecar o remédio constitucional do mandado de injunção, tendo em vista ser essa importante ação constitucional para assegurar direito concedido pela constituição, cujo exercício esteja inviabilizado pela ausência de norma infraconstitucional prevista pela norma limitada. Por fim, tratando de eficácia social das normas limitadas, principalmente das programáticas que guardam direitos sociais, propõe-se o estudo das políticas públicas, principal meio para concretizar direitos previstos na constituição e atingir objetivos sociais.

**Palavras-Chave:** Normas Constitucionais Limitadas; Eficácia; Mandado de Injunção; Políticas Públicas.

## **ABSTRACT**

The main objective of this paper is to examine the effectiveness of limited constitutional norms, from a legal and social point of view. First, the different classifications will be analyzed regarding the applicability of constitutional rules, starting with the dual classifications proposed by US constitutionalists to innovative ideas that are most consistent with neoconstitutionalism. Then, we seek to dissect the constitutional remedy of the injunction, in view of the fact that this is an important constitutional action to ensure the right granted by the constitution, the exercise of which is rendered unfeasible by the absence of an infraconstitutional rule provided for by the limited rule. Finally, dealing with the social effectiveness of limited norms, especially those that preserve social rights, the study of public policies is proposed, the main instrument for realizing the rights provided for in the constitution and achieving social objectives.

**Key-Words:** Constitutional Rules; Limited; Effectiveness; Legislative Omissions; Injunction Warrant; Social Effectiveness; Public Politics.

## SUMÁRIO

|  |           |
|--|-----------|
| <b>INTRODUÇÃO.....</b>   | <b>7</b>  |
| <b>1. NORMAS CONSTITUCIONAIS: CLASSIFICAÇÕES QUANTO À EFICÁCIA.....</b>                                    | <b>12</b> |
| <b>1.1 Classificações duais.....</b>   | <b>16</b> |
| <b>1.2 A Classificação Tripartite de José Afonso da Silva.....</b>   | <b>18</b> |
| 1.2.1 Normas Constitucionais de Eficácia Plena.....  | 20        |
| 1.2.2 Normas Constitucionais de Eficácia Contida.....  | 21        |
| 1.2.3 Normas de Eficácia Limitada.....   | 23        |
| <b>1.3 Classificação de Luís Roberto Barroso.....</b>  | <b>27</b> |
| <b>1.4 A visão de Virgílio Afonso da Silva.....</b>  | <b>33</b> |
| <b>2. EFICÁCIA JURÍDICA: O REMÉDIO DO MANDADO DE INJUNÇÃO.....</b>   | <b>39</b> |
| <b>2.1 Mandado de Injunção.....</b>  | <b>39</b> |
| <b>2.2 O Mandado de Injunção na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal....</b>                         | <b>40</b> |
| <b>2.3 Lei n. 13.300: Avanço ou Retrocesso?.....</b>   | <b>46</b> |
| <b>2.4 A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção: Diferenças.....</b>       | <b>52</b> |
| <b>3. EFICÁCIA SOCIAL DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS: POR QUE FALTA EFETIVIDADE AOS DIREITOS SOCIAIS?.....</b> | <b>55</b> |
| <b>3.1 Reserva do Possível.....</b>  | <b>56</b> |
| <b>3.2 Políticas Públicas.....</b>   | <b>60</b> |
| 3.2.1 Monitoramento das Políticas Públicas: As sete etapas.....  | 62        |
| <b>3.3 Um Dever Constitucional de Monitoramento: Três principais razões.....</b>                           | <b>65</b> |
| <b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>   | <b>68</b> |
| <b>REFERÊNCIAS.....</b>  | <b>70</b> |

## INTRODUÇÃO

O núcleo em volta do qual o presente trabalho orbitará é a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mais especificamente as normas ditas programáticas que nela estão contidas. Tais normas são consequência de uma estrutura contemporânea de documento constitucional.

Com o fiasco do liberalismo, especialmente a partir da Constituição Mexicana de 1917 e a de Weimar de 1918, os documentos constitucionais passam a sistematizar o conjunto de direitos econômicos e sociais do homem, ao lado de uma já presente declaração dos direitos individuais. A jurista Ana Paula de Barcellos resume bem essa mudança:

Além de estruturar o Estado, como tradicionalmente lhe cabia, passou-se a reconhecer à Constituição o poder de tomar decisões políticas fundamentais e estabelecer prioridades, fins materiais, objetivos públicos – a chamada Constituição dirigente, na consagrada expressão de Canotilho – que têm o efeito de determinar em boa medida o comportamento futuro do Estado que se organiza, independentemente do grupo que esteja no poder em cada momento.<sup>1</sup>

A Constituição, então, passa a ter seu escopo ampliado, deixando de versar apenas sobre normas organizacionais do Estado e direitos individuais (elementos limitativos do poder), para definir programas e ações sociais com um fim social-democrático.

José Afonso da Silva, ao destacar a importância das normas constitucionais programáticas, pontua a mudança das cartas constitucionais que agora “consagram novos valores e reclamam a realização de outros ideais na vida política e social, perseguindo a concretização do bem comum”<sup>2</sup>

Percebe-se que o Estado deixa de ter um papel apenas negativo – ao se abster de interferir na esfera dos direitos individuais dos cidadãos - e passa a ter obrigações positivas para com a sociedade:

As constituições dirigentes ou programáticas também podem estabelecer “garantias” da liberdade individual ante o poder do estado. Todavia, além de realizarem essa função, prescrevem objetivos a serem perseguidos, fixando um estado ideal de coisas

---

<sup>1</sup> BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002. p.15.

<sup>2</sup> SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Ed. Malheiros, 1998. p.76.

que o constituinte deseja ver concretizado no futuro. A Constituição dirigente oferece às futuras gerações um plano de desenvolvimento econômico e social.<sup>3</sup>

Inaugura-se, então, uma nova fase no constitucionalismo brasileiro. Em primeiro lugar, como dito anteriormente, há a ampliação do conteúdo material dos textos constitucionais, que passam a garantir direitos sociais e fixar finalidades a serem alcançadas pelo Estado, em favor dos particulares. Além, e ainda mais importante, as constituições passam – com ênfase na Constituição da República de 1988- a serem imbuídas de um papel jurídico, além do político.

Em outras palavras, as normas contidas na Constituição passam a dotar de efetividade, aqui trabalhada no sentido de produção de efeitos no mundo real, ou ao menos a intenção de que possuam tal efetividade. Sobre o tema, Ana Paula de Barcellos ensina:

Esse quadro, porém, sofreu uma alteração considerável nas últimas décadas e, no Brasil, o marco histórico relevante é a promulgação da Constituição de 1988. A partir da redemocratização do País e da edição do novo texto constitucional, passou-se a discutir e finalmente a considerar as normas constitucionais como normas jurídicas de verdade, compartilhando com elas, portanto, de suas características de imperatividade e coatividade.<sup>4</sup>

A Constituição de 88, portanto, ao mesmo tempo que dispõe dos mais diversos temas – sendo considerada uma constituição analítica – dentre eles os direitos sociais (aqui englobando saúde, educação e cultura), tenta efetivamente garantir a observância de suas normas.

Nesse contexto de construção da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, surge a necessidade de classificá-las de acordo com sua capacidade de produzir efeitos de forma autônoma.

É nesse contexto que surgem as normas constitucionais programáticas, definidas por José Afonso da Silva como:

normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e

---

<sup>3</sup> SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: Teoria, História e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2016. p. 61.

<sup>4</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2018. p. 43

administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.<sup>5</sup>

As normas constitucionais programáticas são, dessa forma, fruto direto das Constituições dirigentes, ao versarem justamente sobre direitos sociais, gerando obrigações positivas para o Estado e fixando finalidades públicas. Acerca da tão intrínseca relação das Constituições dirigentes com as normas programáticas, assevera Vezio Crisafulli:

Tais constituições não se limitavam a estabelecer competências, estruturar os poderes públicos, e definir alguns direitos individuais; **elas continham alto número de normas substantivas – as chamadas “normas programáticas.”**<sup>6</sup> [grifo nosso]

Ocorre que, por se tratarem de normas de caráter geral, muitas vezes abstratas e apenas fixadores de fins, sem, contudo, tratar especificamente dos meios de execução, são definidas como normas de eficácia limitada. Ou seja, dependente de legislação infraconstitucional ulterior para que produzam plenamente seus efeitos.

É justamente sobre essa problemática que tratará o presente estudo. O ponto é particularmente importante, pois, a eficácia das normas que regulamentam direitos fundamentais enfrenta o óbice das omissões legislativa e executiva, mesmo após décadas da edição da Constituição de 1988.

Tendo em mente a sintética, porém necessária, explanação acima, pormenorizaremos a estruturação do presente trabalho. Em primeiro lugar, serão analisadas as principais classificações das normas constitucionais, passando pela classificação norte americana clássica (“*self executing*” e “*not self executing*”), pela classificação de José Afonso da Silva (normas de eficácia plena, contida e limitada) pela classificação de Luís Roberto Barroso (normas de organização, normas definidoras de direitos e normas programáticas); e pelos apontamentos de Virgílio Afonso da Silva.

Em segundo lugar, esse estudo se dedicará ao exame da eficácia das normas constitucionais limitadas (dentro da qual se inserem as programáticas), debruçando-se sobre o

---

<sup>5</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Ed. Malheiros, 1998. p.138.

<sup>6</sup> CRISAFULLI, Vezio. *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1952. p. 105.

dever que estabelecem para com o legislador; a inconstitucionalidade que geram às leis que as ferirem; os fins sociais que atribuem e os direitos subjetivos que criam.

Ademais, por serem normas que necessitam de legislação superveniente para produzir plenos efeitos, dependem, em muitos casos, do poder legislativo para a criação de lei ordinária ou complementar, a depender do comando constitucional.

Sendo assim, pontuar-se-á o remédio constitucional próprio para combater as omissões legislativas (Mandado de Injunção), suas particularidades e principais diferenças com a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Focar-se-á em analisar a natureza jurídica, o objeto e a finalidade do instituto.

Importante ressaltar, desde já, que a discussão acerca do Mandado de Injunção ganha novas cores nos últimos anos, haja vista importante mudança jurisprudencial sobre o tema. Nesse norte, o remédio em questão é, hoje, importante ação para fazer valer um direito ou prerrogativa previsto em norma constitucional cujo exercício é inviabilizado pela falta de regulamentação.

O mandado de injunção, portanto, está relacionado com normas definidoras de direito cuja eficácia depende de alguma regularização posterior; nessa circunstância, **os órgãos competentes do Judiciário estão autorizados a criar, para o caso concreto, a norma capaz de conferir eficácia plena ao direito em questão.**<sup>7</sup> [grifo nosso]

Já a Ação Direta de Inconstitucionalidade, apesar de sua enorme importância, apenas tem o condão de dar ciência ao poder competente para a adoção das medidas necessárias.<sup>8</sup> Residindo aí a mais importante diferença entre os dois institutos para a presente tese.

Finalmente, adentrar-se-á o ponto crucial do estudo. Cuidar-se-á das normas programáticas que não preveem necessariamente lei posterior, mas fixam finalidades públicas. Finalidades estas que podem ser executadas através de políticas implementadas pela Administração.

---

<sup>7</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de Direito Constitucional. Op cit*, p.190.

<sup>8</sup> BRASIL. Lei nº 12.063, de 27 de outubro de 2009. Acrescenta à Lei no 9.868, de 10 de novembro de 1999, o Capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Disponível em: L12063 (planalto.gov.br) Acesso em: 06 de maio de 2021.

Tome-se como exemplo o art. 218 da Constituição. *In verbis*: “O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação.”<sup>9</sup>. Ora, percebe-se com clareza que referida norma não está condicionada necessariamente a edição de lei ulterior, mas, ao mesmo tempo, não gera, por si só, plenos efeitos.

Dessa forma, políticas precisam ser organizadas com o objetivo de fazer valer o citado artigo, gerando a capacidade, por exemplo, de pesquisadores que pretendam ter seus projetos financiados pelo Poder Público, verem seu direito subjetivo garantido.

Em outras palavras, faz-se mister escrutinar o monitoramento das políticas públicas e sua intrínseca relação com o Direito Constitucional, defendendo a existência na Constituição Federal de um dever geral de monitoramento das políticas que visam efetivar as normas constitucionais programáticas e seu conteúdo direcionador de fins sociais, econômicos e culturais.

Nesse prisma, analisaremos a efetividade, ou eficácia social, das normas constitucionais programáticas, sua capacidade de produzir efeitos no mundo real. Define Luís Roberto Barroso:

A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social.<sup>10</sup>

Assim, espera-se analisar as classificações das normas constitucionais quanto a sua eficácia, evidenciando a importância de tais classificações para a prática de um constitucionalismo voltado para a efetiva concretização de suas normas; a solução para a falta de eficácia jurídica das normas limitadas que não possuem legislação ulterior que as regule (Mandado de Injunção); e, por fim, o problema da eficácia social dos direitos sociais contidos nas normas constitucionais programáticas.

---

<sup>9</sup> BRASIL. [Constituição (1988)] Constituição da República Federativa do Brasil, de 1998. Disponível em: [Constituição\(planalto.gov.br\)](http://Constituição(planalto.gov.br)). Acesso em: 06 de maio de 2021.

<sup>10</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2009. p.85.

## 1. NORMAS CONSTITUCIONAIS: CLASSIFICAÇÕES QUANTO À EFICÁCIA

Antes de ingressar efetivamente no tema das diversas classificações doutrinárias acerca das normas constitucionais, se faz necessária a conceituação do que vem a ser a eficácia de uma norma. Para tal, imprescindível fixar os contornos dos termos “existência”, “validade” e “aplicabilidade”, e sua relação com a eficácia, o que iluminará o tema adiante desenvolvido.

José Afonso da Silva resume bem a relação entre esses conceitos ao dispor que “a aplicabilidade das normas constitucionais depende especialmente de saber se estão vigentes, se são legítimas, se tem eficácia. A ocorrência desses dados constitui condição geral para a aplicabilidade das normas constitucionais.”<sup>11</sup>

Sabe-se que qualquer ato normativo, seja ele constitucional ou uma simples Lei Ordinária, suporta análise em três diferentes níveis. Em primeiro lugar, análise de sua própria existência, ou seja, dos elementos constitutivos definidos por lei como causa de sua incidência.<sup>12</sup> Assim, em seu nascedouro, uma norma já pode ser considerada um ato inexistente por ausência, insuficiência ou deficiência dos elementos que constituem pressupostos de aplicação desta. Como exemplo de norma inexistente, pode-se citar, por exemplo, uma “lei” que não logrou maioria no Congresso Nacional; ausente, portanto, a manifestação de vontade que a tornaria apta a ingressar no mundo jurídico.

Ultrapassado esse primeiro momento, supondo a norma existente, passa-se a uma segunda análise, agora quanto a sua validade. Pode-se afirmar que uma norma válida é aquela que cumpre o processo de formação ou produção normativa em conformidade com aquilo que determina o ordenamento jurídico.<sup>13</sup>

Luís Roberto Barroso, ao versar sobre o tema, ensina: “Aqui cuida-se de constatar se os elementos do ato preenchem os atributos, os requisitos que a lei lhes acostou para que sejam recebidos como atos dotados de perfeição.”<sup>14</sup>

<sup>11</sup> SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1982. p. 52

<sup>12</sup> BARROSO, Luís Roberto. A efetividade das normas constitucionais revisitada. *Revista De Direito Administrativo*, 197, p. 30-60, 1994. p.34

<sup>13</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2003. p.197

<sup>14</sup> BARROSO, Luís Roberto. A efetividade das normas constitucionais revisitada. *Revista De Direito Administrativo*, 197, p. 30-60, 1994. p.34

Também versando sobre a temática Flavia Piovesan explica que norma válida é:

aquela está em conformidade com a norma que lhe é hierarquicamente superior e este raciocínio é desenvolvido a luz de um sistema normativo escalonado, que apresenta como norma positiva jurídica suprema a Constituição, que, por sua vez, busca sua especial validade na norma fundamental, que é o termo unificador das normas que integram a ordem jurídica, fundamento de validade de todas as normas do sistema.<sup>15</sup>

Nesse norte, não basta, por exemplo, que uma determinada norma tenha sido criada por um agente público, esse agente tem de ser o competente (competência esta prevista em lei) para a criação do referido ato.

Em um terceiro momento, admitindo-se a norma existente e válida, necessária a análise de sua eficácia, sendo esta a aptidão para produção de efeitos do ato normativo. Ao distinguir com precisão a eficácia da vigência, Kelsen nos proporciona uma excelente definição, senão vejamos:

como a vigência da norma pertence à ordem do dever-ser, e não à ordem do ser, deve também distinguir-se a vigência da norma da sua eficácia, isto é, do fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos. Dizer que uma norma vale (é vigente) traduz algo diferente do que se diz quando se afirma que ela é efetivamente aplicada e respeitada, se bem que entre vigência e eficácia possa existir uma certa conexão.<sup>16</sup>

Corresponde, portanto, a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos. E seria a qualidade da norma relativa à sua adequação em busca de produzir seus efeitos, diz respeito as condições fáticas e a possibilidade de concretização de seus objetivos.<sup>17</sup>

Cabe aqui uma distinção importante entre eficácia jurídica e o que muitos autores denominam de eficácia social. Esta última se refere ao cumprimento efetivo do direito por parte da sociedade, seria a concretização do comando normativo no mundo real, dos fatos. Temer esclarece que a eficácia social se verifica na hipótese de a norma vigente ser efetivamente aplicada a casos concretos. Já a eficácia jurídica é relacionada pelo mesmo autor como a aptidão

<sup>15</sup> PIOVESAN, Flavia. *Proteção constitucional contra omissões Legislativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 55

<sup>16</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 11

<sup>17</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Op cit.* p. 181

da norma para produzir efeitos na ocorrência de situações concretas, quando “já produz efeitos jurídicos na medida em que sua simples edição resulta na revogação das normas anteriores que com ela conflitam.”<sup>18</sup>

A eficácia jurídica, então, relaciona-se com a técnica de atuação da norma e com a potencialidade de aplicabilidade dessa. É juridicamente eficaz a norma que tem possibilidade de aplicação. Em contrapartida, a eficácia social significa a efetiva aplicação dessa norma aos casos concretos. A eficácia social é o que tecnicamente se chama de efetividade<sup>19</sup>, constituindo o alcance dos objetivos da norma, a medida de extensão em que os objetivos são alcançados.<sup>20</sup>

José Afonso da Silva ensina que todas as normas do ordenamento jurídico possuem eficácia jurídica e são aplicáveis nos limites de tal eficácia (residindo aí ponto de partida para sua classificação tripartida das normas constitucionais que será desenvolvida mais a frente). O autor, ao expor o estudo das diferenças entre eficácia social e jurídica conclui:

os dois sentidos da palavra eficácia, acima apontados, são, pois, diversos. Uma norma pode ter eficácia jurídica sem ser socialmente eficaz, isto é, pode gerar certos efeitos jurídicos, como, por exemplo, o de revogar normas anteriores, e não ser efetivamente cumprida no plano social. Mas percebe-se que, apesar disso, os sentidos são conexos.<sup>21</sup>

Por último, impõe-se a distinção entre os termos “aplicabilidade” e “eficácia”, que neste trabalho serão utilizadas muitas vezes como sinônimos, mas tomar-se-á o cuidado de defini-las de modo que não se ignore o léxico e natureza jurídica de cada uma.

José Afonso da Silva assim o traduz:

Aplicabilidade significa qualidade do que é aplicável. No sentido jurídico, diz-se da norma que tem possibilidade de ser aplicada, isto é, da norma que tem capacidade de produzir efeitos jurídicos, não se cogita saber se ela produz efetivamente esses efeitos. Isso já seria seguir uma perspectiva sociológica, e diz respeito a sua eficácia social.<sup>22</sup>

Vê-se, portanto, que o conceito de aplicabilidade guarda intrínseca relação com aquele de eficácia jurídica desenvolvido acima. A aplicabilidade está, então, relacionada com a

<sup>18</sup> TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008 p. 34.

<sup>19</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2009. p. 78.

<sup>20</sup> SILVA, Jose Afonso da. Op. Cit. p. 66.

<sup>21</sup> *Ibidem*.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 13.

capacidade da norma de produzir efeitos jurídicos. O constitucionalista, ao analisar a relação entre eficácia e aplicabilidade com excelência, ensina:

uma norma só é aplicável na medida em que é eficaz. Por conseguinte, eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais constituem fenômenos conexos, aspectos talvez do mesmo fenômeno, encarados por prismas diferentes: aquela como potencialidade; esta como realizabilidade, praticidade. Se a norma não dispõe de todos os requisitos para sua aplicação aos casos concretos, falta-lhe eficácia, não dispõe de aplicabilidade. Esta se revela, como possibilidade de aplicação. Para que haja essa possibilidade, a norma há que ser capaz de produzir efeitos jurídicos.<sup>23</sup>

Com isso, encerra-se esta parte do presente trabalho, onde procurou-se conceituar e distinguir existência, validade, eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, o que será de grande proveito para o próximo tópico onde desenvolver-se-á as principais classificações das normas constitucionais em razão de sua eficácia ou aplicabilidade, empreendidas não apenas pela doutrina brasileira como também por importantes autores estrangeiros.

Revela-se também de grande importância a distinção entre os referidos termos para compreensão dos capítulos três e quatro, especialmente quanto à diferença entre a eficácia social e jurídica. Como se verá a frente dar possibilidade jurídica a uma norma que não possui aplicabilidade (através do mandado de injunção individual ou coletivo) é de grande importância, mas não basta. É necessário o esforço do Poder Público, através de políticas públicas, e da sociedade para dar efetividade a uma norma constitucional.

Como dito anteriormente, alguns dos termos aqui conceituados serão usadas indistintamente uma vez que há uma nítida aproximação conceitual entre eles, em especial em relação à eficácia e à aplicabilidade, entendida como a potencialidade de realização da norma.

Muitos são os dissensos quando se fala em classificação das normas constitucionais quanto à sua eficácia. No Brasil prevalece, por muitos anos, a tese tripartida proposta por José Afonso da Silva em sua brilhante monografia. O autor rompeu com as teses duais prevalentes na doutrina norte americana e em parte da doutrina italiana defendendo sua famosa divisão entre normas plenamente eficazes, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada (subdividindo-se esta em normas programáticas e normas de princípios institutivos).

---

<sup>23</sup> *Ibidem*, p.23.

A análise será iniciada pelas classificações duais, em especial a distinção norte-americana entre normas auto aplicáveis e não auto aplicáveis.

### 1.1 Classificações duais

Através do estudo das normas constitucionais pelo ponto de vista de sua aplicabilidade, surge na doutrina norte americana a distinção entre as normas “*self- executing*” e “*not self- executing*”, traduzidas pelos autores brasileiros como normas autoaplicáveis ou executáveis e normas não autoaplicáveis ou não autoexecutáveis. O primeiro grupo conteria normas que fossem bastantes por si só, enquanto o segundo seria composto por normas não bastantes em si.

Essa distinção surgiu principalmente com a observação de que existiam nas Constituições normas e princípios de caráter amplo, regras gerais e ao legislador ordinário caberia complementá-las, revestí-las de capacidade de ação.

Dessa forma, o primeiro grupo de normas, as autoaplicáveis, teriam, desde seu nascimento, eficácia plena; seriam, portanto, desde logo, aplicáveis às situações que disciplinam. Em contrapartida, as normas não autoaplicáveis dependeriam de leis ordinárias para serem aplicáveis.

José Afonso da Silva, em sua monografia, cita o trabalho do autor Rui Barbosa que difundiu essa classificação norte americana no Brasil. Barbosa, nos seus Comentários à Constituição Federal Brasileira, define as normas autoexecutáveis como:

As determinações, para executar as quais não se haja mister de constituir ou designar uma autoridade, nem criar ou indicar um processo especial, e aquelas onde o direito instituído se ache armado por si mesmo, pela sua própria natureza, dos seus meios de execução e preservação.<sup>24</sup>

E as não autoexecutáveis seriam as que:

---

<sup>24</sup> BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal brasileira*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1932. p.488

Não revestem dos meios de ação essenciais ao seu exercício os direitos, que outorgam, ou os encargos, que impõe: estabelecem competências, atribuições, poderes, cujo uso tem de aguardar que a Legislatura, segundo o seu critério, os habilite a se exercerem.<sup>25</sup>

Para Rui Barbosa a imensa maioria das normas constitucionais não seriam autoexecutáveis, tendo em vista que a Constituição não teria poderes para executar a si mesma, necessitando de ação legislativa adequada para sua regulamentação, tornando, dessa forma, efetivos seus preceitos.<sup>26</sup>

A doutrina norte americana esvazia as normas ditas não autoaplicáveis de qualquer efetividade. É exatamente nesse ponto que repousam as críticas de José Afonso da Silva. O autor, em primeiro lugar, crítica a afirmativa de que algumas normas constitucionais seriam por todo ineficazes, em segundo, defende que também não existiriam normas constitucionais capazes de produzir, por si mesmas, todos os efeitos possíveis.

Senão, vejamos:

A classificação pura e simples das normas constitucionais em auto-aplicáveis e não auto-aplicáveis não corresponde, com efeito, à realidade das coisas e às exigências da ciência jurídica, nem às necessidades práticas de aplicação das constituições, pois sugere a existência, nestas, de normas ineficazes e destituídas de imperatividade (...) Nem as normas ditas auto-aplicáveis produzem por si mesmas todos os efeitos possíveis, pois são sempre passíveis de novos desenvolvimentos mediante legislação ordinária, nem as ditas não auto-aplicáveis são de eficácia nula, pois produzem efeitos jurídicos e têm eficácia, ainda que relativa e reduzida.

Cada norma constitucional é sempre executável por si mesma até onde possa, até onde seja suscetível de execução. O problema situa-se, justamente, na delimitação desse limite, na verificação de quais os efeitos parciais e possíveis de cada uma.<sup>27</sup>

Mencionadas críticas são de suma importância porque revestem de eficácia, em menor ou maior grau, todas as normas constitucionais, indistintamente. A partir das críticas feitas ao modelo norte americano, José Afonso estrutura seu modelo tripartido.

Outra importante falha na classificação norte americana, apontada por José Afonso da Silva, diz respeito às normas programáticas que seriam, segundo o autor, essenciais às

<sup>25</sup> BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal brasileira*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1932. p.488

<sup>26</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008. p. 181-230.

<sup>27</sup> SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.* p.75-76

constituições contemporâneas e, de acordo com ele, consagram novos valores sociais e representam um caminho político a ser perseguido em busca do bem comum.<sup>28</sup>

Mais adiante estudar-se-á com maior profundidade o tema das normas constitucionais programáticas, definidas por José Afonso como as normas de eficácia limitada que versam sobre matéria predominantemente sociais, constituindo programas de ação social, diretrizes a serem seguidas pelos legisladores e aplicadores das leis.<sup>29</sup>

Para o autor, a classificação das normas proposta pela doutrina norte americana peca ao não conferir qualquer eficácia a essas normas programáticas, que em verdade possuem desde logo variados efeitos jurídicos, mesmo que reduzidos em relação às normas autoaplicáveis.

Vale ressaltar que o tema também foi trabalhado por Pontes de Miranda para quem as regras programáticas são aquelas que o legislador traça linhas diretoras a serem seguidas pelo Poder Público, ao invés de editar uma regra de aplicação concreta: “A legislação, a execução e a própria justiça ficam sujeitas a esses ditames, que são como programas dados à sua função.”<sup>30</sup>

## 1.2 A Classificação Tripartite de José Afonso da Silva

Partindo das críticas já apontadas aos modelos duais, e da ruptura provocada por Vezio Crisafulli<sup>31</sup>, José Afonso apresenta, no final dos anos 1960, sua tríplice classificação, composta pelas normas de eficácia plena, contida e limitada.

Em seu livro “a aplicabilidade das normas constitucionais”, o constitucionalista mineiro parte do pressuposto de que não há norma constitucional alguma destituída de eficácia. Assim, todas manifestam efeitos jurídicos e apresentam desde logo a capacidade de transformar a ordem jurídica preexistente.

O doutrinador constitucionalista defende que:

---

<sup>28</sup> SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.* 76

<sup>29</sup> SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.* p. 84

<sup>30</sup> MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1967*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 30-31

<sup>31</sup> O autor italiano propôs uma classificação tripartida dividindo as normas em diretivas, preceptivas de aplicabilidade imediata e preceptivas mas não de aplicabilidade imediata. Ver mais em: SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.* p.77-80.

o que se pode admitir é que a eficácia de certas normas constitucionais não se manifesta na plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte enquanto não se emitir uma norma jurídica ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida.<sup>32</sup>

Por conseguinte, há de existir uma forma de distinguir as normas constitucionais, tendo posto que todas apresentam eficácia. A distinção proposta por Silva reside no grau de sua eficácia.<sup>33</sup> Portanto, o que dita a categoria em que uma norma é inserida é o quanto ela é capaz de irradiar seus efeitos jurídicos desde logo.

Partindo dessa premissa, tornam-se insuficientes as classificações duais. José Afonso defende uma discriminação maior, principalmente porque para o autor existe um grupo de normas que não possuem eficácia plena, tampouco limitada. Trata-se das normas que possuem aplicabilidade imediata, mas que podem ser restringidas por legislação ulterior.

Surge, então, a discriminação em três categorias: (a) normas constitucionais de eficácia plena; (b) normas constitucionais de eficácia contida; (c) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida.

Ensina o autor que, na primeira categoria, estão as normas que desde sua entrada em vigor, com a promulgação da constituição, já estão aptas a produzir seus efeitos essenciais. Assim como o segundo grupo de normas, que também incidem ou podem incidir, desde sua entrada em vigor, os efeitos pretendidos. Entretanto, preveem certos limites; que podem ser termos contidas na própria norma (que ao serem conceituados representarão uma restrição do direito contida nessa norma), ou meio de execução da própria norma, que ao ser regulamentada representará limites a amplitude de sua execução.

Em relação as normas do terceiro grupo, são aquelas que ao contrário das primeiras, não produzem com a simples entrada em vigor todos os seus possíveis efeitos, por opção do legislador constituinte, que não estabeleceu uma normatividade bastante, deixando esse trabalho para o legislador ordinário, ou, ainda, para outros órgãos administrativos do Estado.<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.* p.81-82

<sup>33</sup> SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.* p.82

<sup>34</sup> SILVA, José Afonso da. *Ob. Cit.* p.82-83

Nota-se que, como dito anteriormente, Rui Barbosa em seu livro defende que raras são as normas que possuem autoexecutoriedade em uma constituição, em sentido diametralmente oposto Silva sustenta que todas as normas, sem exceção, possuem algum grau de aplicabilidade e irradiam seus efeitos jurídicos.

Ao adotar sua classificação tripartite, o autor mitiga a rígida separação posta anteriormente entre normas eficazes (autoaplicáveis) e sem eficácia (não autoaplicáveis), dependendo de legislação posterior que as revista de uma mínima aplicabilidade.

José Afonso leva a cabo suas ideias propondo uma distinção mais voltada para a efetiva concretização dos valores sociais. Como se sabe, sua teoria tem sido aceita por longo tempo no Brasil e ainda não foi de todo superada.

#### 1.2.1 Normas Constitucionais de Eficácia Plena

Conforme dito anteriormente, a teoria norte americana, abraçada por Rui Barbosa, acreditava que eram pouquíssimas as normas de aplicação imediata, ou autoaplicáveis, em contrapartida à Silva que afirma deve se conceder eficácia plena e aplicação imediata a maioria das normas da Constituição, outorgando com maior concretismo os direitos e garantias sociais das constituições.

José Afonso conceitua as normas de eficácia plena como sendo:

Aquelas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular.<sup>35</sup>

Ditas normas, por receberem do constituinte normatividade suficiente à sua incidência imediata, prescindem de elaboração de nova legislação que complete seu sentido ou que lhes sejam úteis para a fixação de seu conteúdo.<sup>36</sup>

---

<sup>35</sup> SILVA, José Afonso da. Ob. Cit. p. 101

<sup>36</sup> PIOVESAN, Flávia. *Proteção constitucional contra omissões Legislativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2 ed., 2003. Disponível em: Catálogo Coletivo - Coleção (senado.gov.br). Acesso em: 10 de maio de 2021.

Apesar de ventilar críticas ao modelo norte americano, José Afonso não nega a aproximação dessa primeira espécie normativa com a teoria dualista das normas autoexecutáveis. Na tentativa de distinguir as normas de eficácia plena das duas seguintes, o autor discorre:

Na verdade, não nos parece possível estabelecer um critério único e seguro para distinguir as normas constitucionais de eficácia plena das demais. Mas poder-se-ão fixar regras gerais sobre o assunto, no que as conclusões da clássica doutrina norte-americana sobre ele podem oferecer, ainda, contribuição valiosa. Segundo essa doutrina, uma norma constitucional é auto-aplicável (corresponde *mutatis mutandis*, às de eficácia plena)<sup>37</sup> “quando, completa no que determina, lhe é supérfluo o auxílio supletivo da lei, para exprimir tudo o que intenta, e realizar tudo o que exprime.”<sup>38</sup>

Correspondem as normas de eficácia plena aquelas em forma de autorização, as que definem competências das entidades do Poder Público - convém citar o art. 21 (competência da União), os arts. 25 a 28 e 29 e 30 (competências dos Estados e Municípios) - e ainda aquelas que explicitam o conteúdo de regras básicas como o art. 1º da Constituição da República, onde é definida a opção pelo federalismo e a proibição da secessão.

Sublinha-se que tais normas ao repartirem competências, por exemplo, estão ao mesmo tempo impondo ao ente competente que exerça seu encargo e proibindo outros entes de exercerem essas atribuições. São, portanto, normas que estabelecem condutas positivas e negativas com comando certo e definido, “incrustando-se predominantemente, entre as regras organizativas e limitativas dos poderes estatais”<sup>39</sup>

### 1.2.2 Normas Constitucionais de Eficácia Contida

A segunda classificação proposta pelo autor em exame constitui importante inovação em relação às teorias anteriormente estudadas. Percebe-se que as classificações duais não se atentaram para uma categoria de normas que não se enquadram nem nas de eficácia plena tampouco nas de eficácia limitada.

As chamadas normas de eficácia contida são aquelas que irradiam todos os seus efeitos jurídicos desde logo e possuem aplicabilidade imediata, entretanto, podem ser restringidas por

<sup>37</sup> SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.* p.99

<sup>38</sup> SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.* p. 100

<sup>39</sup> SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.* p. 101

legislação ou por conceito. Explica-se.

Veja-se o art. 5º, XIII, CF: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.” (grifo nosso). Referida norma tem aplicabilidade imediata, ou seja, assim que a Constituição foi promulgada qualquer pessoa passou a possuir a liberdade de escolher livremente sua profissão. Ocorre que a norma dita que lei ulterior estabelecerá as qualificações profissionais que precisarão ser atendidas para exercício de determinadas profissões. Ou seja, até a edição dessa lei a liberdade profissionais prevista no artigo acima é ilimitada.<sup>40</sup>

Interessante mencionar caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 2011<sup>41</sup> onde o plenário entendeu que a atividade de músico não depende de registro ou licença de entidade de classe para o seu exercício. No julgamento o tribunal entendeu que as restrições feitas ao exercício de qualquer profissão devem se pautar pelo princípio da mínima intervenção, segundo a razoabilidade e proporcionalidade. De acordo com os ministros do Supremo Tribunal Federal a liberdade prevista no art. 5º, XIII, da CF, seria “quase absoluta”.

Em contrapartida, o Supremo Tribunal Federal em 2017 negou ADI contra lei que regulamenta a profissão de nutricionista. O relator do caso, ministro Gilmar Mendes, salientou que a Constituição Federal, ao permitir que se restrinja o exercício de determinadas profissões, está permitindo uma exceção à regra geral da liberdade de exercício de trabalho.

O ministro, em seu voto, citou precedentes que tratavam da regulamentação de outras profissões argumentando que o legislador deve atender ao critério da razoabilidade. Destacou o relator que a profissão de nutricionista requer conhecimentos técnicos e científicos para o desempenho de suas funções, o que leva à possibilidade de se reservar atividades de forma privativa para essa categoria profissional.<sup>42</sup>

Nos casos analisados, a norma pôde ser restringida por legislação posterior, mas há,

---

<sup>40</sup> SILVA, José Afonso. *Op. Cit.* p.106

<sup>41</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 414426/SC, Relator: Min. Helen Gracie Northfleet. 01 de agosto de 2011. Disponível em: [paginador.jus.br](http://paginador.jus.br) Acesso em: 23 de abril de 2021.

<sup>42</sup> BRASIL, Supremo tribunal federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 803/DF, Relator: Min. Gilmar Ferreira Mendes. 28 de setembro de 2017. Disponível em: [paginador.jus.br](http://paginador.jus.br) Acesso em: 19 de maio de 2021.

ainda, possibilidade de restrição ocorrer por um conceito. Ensina José Afonso que algumas normas de eficácia contida possuem elementos a serem conceituados posteriormente, o que implica inegável restrição, que nesse caso em especial não é feita por lei.

Alguns termos citados pelo autor são conceitos de larga difusão no direito público, como a ordem pública, a segurança nacional ou pública, a integridade nacional, bons costumes, necessidade ou utilidade pública, perigo público iminente, entre outros.<sup>43</sup>

Analisar-se-á, por exemplo, o inciso XXV, art. 5º da CF, que dispõe que em caso de perigo iminente a autoridade competente poderá usar da propriedade particular. A depender do conceito de “perigo iminente” as possibilidades de uso da propriedade particular podem se alargar ou se restringir. Nesse norte, o conceito limita o direito.

Insta salientar que, embora as normas de eficácia contida e limitada solicitem a intervenção do legislador, fazendo expressa remissão a uma legislação futura, as legislações posteriores quanto às normas contidas visam restringir seu âmbito de incidência e a plenitude de sua eficácia, “regulamentando os direitos subjetivos que delas decorrem para os cidadãos, indivíduos ou grupos.”<sup>44</sup>. Enquanto que a legislação posterior quanto às normas limitadas tem objetivo oposto, de conferir plena aplicabilidade a estas.

### 1.2.3 Normas de Eficácia Limitada

A última categoria proposta por José Afonso é a das chamadas normas constitucionais de eficácia limitada. Essa categoria, segundo o autor, é composta por aquelas normas que necessitam do legislador ou de outro órgão do poder estatal para produzir todos os efeitos desejados e efetiva aplicação.

Silva divide essas normas em duas classes, as normas limitadas de princípios institutivos e as normas limitadas programáticas. Segundo o jurista:

Os dois tipos se distinguem por seus fins e conteúdo. As programáticas envolvem um conteúdo social e objetivam a interferência do Estado na ordem econômica, mediante prestações positivas, a fim de propiciar a realização do bem comum, através da democracia social. As de princípio institutivo têm conteúdo organizativo e regulativo dos órgãos e entidades, respectivas atribuições e relações. Tem pois, natureza

<sup>43</sup> SILVA, José Afonso. *Op. Cit.* p.105-106

<sup>44</sup> SILVA, José Afonso. *Op. Cit.* p.104

organizativa; sua função primordial é a de esquematizar a organização, criação ou instituição dessas entidades ou órgãos.<sup>45</sup>

Para a construção dessa distinção entre normas de eficácia limitada, Silva inegavelmente se inspira na doutrina italiana, expondo a tese de Azzariti que divide as normas em preceptivas e diretivas.<sup>46</sup> Para o autor, a falha na teoria italiana está no fato de que defendem que as normas programáticas (ou diretivas) não seriam de fato normas jurídicas.

Ainda sobre as normas de princípios institutivos, vale a exemplificação de alguns dispositivos da Constituição que se inserem nessa categoria, com o objetivo de melhor compreendê-la. O art. 18, §2º, da CF, dispõe que “os Territórios Federais integram a União, e sua criação, transformação em Estado ou reintegração ao Estado de origem serão reguladas em lei complementar.”.

Versa o art. 33 que “A lei disporá sobre a organização administrativa e judiciária dos Territórios.”. Como último exemplo tem-se o art. 125, §3º que dita que “a lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual, constituída, em primeiro grau...”. (grifos nossos).

Percebe-se com clareza que nos dois primeiros exemplos há uma imposição ao legislador a emissão dessas normas legislativas, enquanto no terceiro exemplo (art. 125, §3º, CF), o que há é apenas uma faculdade, isto é, não existe uma obrigação do legislador ordinário. Estas limitam-se a dar ao legislador ordinário a possibilidade de instituir ou regular a situação nelas delineadas.”<sup>47</sup>. Nesse norte, Silva divide as normas de princípios institutivos em normas impositivas e normas facultativas ou permissivas.

Insta salientar, que as normas facultativas dão discricionariedade para o legislador apenas quanto a decisão de criar ou não a respectiva lei de que trata a norma. A partir do momento que opta por criar a lei, deve obedecer aos ditames procedimentais previstos pela norma constitucional.

---

<sup>45</sup> SILVA, José Afonso. *Op. Cit.* p. 125

<sup>46</sup> SILVA, José Afonso. *Op. Cit.* p. 125

<sup>47</sup> SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.* p. 127

Ainda utilizando os exemplos acima, supondo que o legislador decida promulgar lei estadual criando a Justiça Militar (art. 125, §3º, CRFB). Se essa criação não ocorrer mediante proposta do Tribunal de Justiça ela será inconstitucional.

A segunda categoria de normas constitucionais limitadas são as normas programáticas, as quais o autor define como aquelas normas que o constituinte traçou apenas princípios a serem cumpridos pelos poderes (Legislativo, executivo, judicial e administrativo), ao invés de regular de imediato determinados interesses, preferiu traçar programas das respectivas atividades, objetivando a realização dos fins sociais do Estado.<sup>48</sup>

Também para a definição deste conceito se utiliza Silva dos estudos da doutrina italiana. O autor não nega que foi largamente influenciado pelo trabalho do doutrinador Vezio Crisafulli, que ensina:

aquelas normas jurídicas pelas quais o legislador, em vez de regular de imediato determinado objeto, pré-estabelece um programa de ação para si mesmo, no que diz respeito ao próprio objeto, obrigando-se não se afastar sem um justificado motivo. No que se refere àquelas estabelecidas não em lei qualquer, mas numa constituição do tipo rígido, qual a vigente entre nós, pode e deve dar-se um passo adiante, definindo como programáticas as normas constitucionais mediante as quais um programa de ação é adotado pelo Estado e atribuído aos seus órgãos legislativos, de direção política e administrativa, precisamente como programa que obrigatoriamente lhe incumbe realizar nos modos e formas da respectiva atividade. Em suma, um programa político assumido pelo ordenamento jurídico e traduzido em termos de normas constitucionais, ou seja, provido de eficácia prevalente com respeito àquelas normas legislativas ordinárias: subtraído, portanto, às mutáveis oscilações e à variedade de critérios e orientações de partido e de governo e assim obrigatoriamente prefixados pela Constituição como fundamento e limite destes (tradução nossa).<sup>49</sup>

Nesse diapasão, as normas programáticas tornam-se de imensa importância, na medida em que são justamente aquelas que versam sobre os fins de ordem econômica e social. Levando

---

<sup>48</sup> SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.* p. 138

<sup>49</sup> CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni di diritto costituzionale*. 1952, p. 103-104: “Quelle norme giuridiche con cui il legislatore, invece di regolare immediatamente un certo oggetto, prestabilisce a se stesso un programma di azione, in ordine all’oggetto stesso, vincolandosi a non discostarsene senza un giustificato motivo. Con riferimento a quelle poste non in una legge qualsiasi, ma in una Costituzione di tipo rigido, quale la nostra vigente, può e deve farsi un passo ulteriore, definendo ‘programmatiche’ quelle norme costituzionali con cui un programma di azione è assunto dallo Stato ed assegnato a suoi organi, legislativi, di indirizzo politico ed amministrativi, precisamente come un programma che ad essi incombe l’obbligo di realizzare nei modi e nelle forme delle rispettive attività. Insomma, un programma politico assunto nell’ordinamento giuridico tradotto in termini di norme costituzionali, ossia dotate di efficacia prevalente rispetto a quella delle ordinarie norme legislative: sottratto, quindi, alle mutevoli oscillazioni e alla varietà di criteri dei programmi e indirizzi di partito e di governo ed anzi obbligatoriamente prefissato dalla Costituzione a fondamento e limite di questi”.

em consideração as matérias extremamente sensíveis sobre as quais dispõe<sup>50</sup> e o fato de que são vistas como meramente diretivas sem, contudo, vincularem o legislador, torna-se imprescindível a análise de sua eficácia.

A maior dificuldade das normas constitucionais programáticas está em sua subjetividade, no fato de não preverem comandos objetivos para sua concretização. Em relação ao Poder Público o dever de prestação acaba por ser mitigado pela discricionariedade gerada pelos dispositivos amplos e genéricos, em relação ao particular, incerto o instrumento para reivindicar a aplicação do direito contido na norma.<sup>51</sup>

É certo que, quanto a sua eficácia, as normas constitucionais programáticas ao menos geram a inconstitucionalidade das leis que forem ao seu encontro, mesmo que ainda não irradiem todos seus possíveis efeitos no ordenamento jurídico. Ou seja, imagine-se uma norma programática que preveja direção a ser seguida, não há como obrigar o legislador a promulgar a lei que lhe dê plena eficácia jurídica, mas qualquer lei criada que seja contrária aos preceitos previstos por ela, será, sem dúvida, inconstitucional.<sup>52</sup>

Exemplifica com maestria essa questão José Afonso:

Por exemplo, a Constituição Federal, no art. 7º, assegura aos trabalhadores os direitos ali enumerados, além de outros que visem à melhoria de sua condição social. Esta última parte do dispositivo, como já salientamos, é de natureza programática, e, agora, podemos acrescentar que é daquelas que se limitam a indicar certo fim a atingir: melhoria da condição social do trabalhador. A respeito desses outros direitos que podem ser outorgados aos trabalhadores o legislador ordinário tem ampla discricionariedade, mas, assim mesmo, está condicionado ao fim ali proposto - melhoria da condição social do trabalhador. Qualquer providência do Poder Público, específica ou geral, que contravenha a esse fim é inválida e pode ser declarada sua inconstitucionalidade pelo juiz<sup>53</sup>

Torna-se mais acalorada a discussão no que concerne a outras nuances da eficácia das normas constitucionais programáticas, como a criação de direitos subjetivos e o estabelecimento de um dever em relação ao legislador ordinário. Silva em sua monografia já afirmava que “em suma cada vez mais a doutrina em geral afirma o caráter vinculativo das

---

<sup>50</sup> As normas de eficácia programática estão localizadas principalmente nos Títulos VII e VIII da Constituição, apesar de estarem também espalhadas por outras partes, como por exemplo, no art. 7º e 21, IX, CF.

<sup>51</sup> Mais a frente será melhor examinado o remédio constitucional do Mandado de Injunção.

<sup>52</sup> SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.* p. 158

<sup>53</sup> SILVA, José Afonso. *Op. Cit.* p.159

normas programáticas, o que vale dizer que perdem elas, também, cada vez mais, sua característica de programas”<sup>54</sup>.

Contemporâneo, seu filho Virgílio Afonso, vai além. O autor defende que o que vai limitar as normas ditas programáticas não é a condição de legislação ulterior que a revista de eficácia, mas sim as condições fáticas no mundo real.<sup>55</sup> Por exemplo, o art. 196 da Constituição Federal de acordo com a classificação clássica de José Afonso, é uma norma de conteúdo programático. Segundo Virgílio, o que limita a eficácia de respectiva norma não é apenas a falta de legislação acerca do tema, mas também a necessidade de construção de hospitais, da contratação de médicos e assim em diante.<sup>56</sup>

O autor defende que todas as normas constitucionais sofreriam dessa limitação fática, até mesmo as ditas de eficácia plena. O que transformaria todas as normas contidas na constituição em normas limitadas, ou ao menos limitáveis. Longe de restringir sua eficácia, essa teoria acaba por expandir os efeitos de todas as normas. Explica-se. Segundo Virgílio, ao determinar que uma norma é de eficácia plena, ou seja, sem necessidade de regulamentação para que produza todos os seus efeitos, o que se está fazendo, em verdade, é uma limitação dos alcances dessa norma, que poderia ser muito maior se houvesse a devida regulamentação.

De extrema importância a tese defendida por Virgílio principalmente no que se refere às condições fáticas para aplicabilidade social das normas. Resta claro que, por mais que determinada norma constitucional limitada (classificação de José Afonso) venha a ser regulamentada por lei ordinária futura, precisará essa norma ainda obter eficácia social para irradiar os direitos sociais que contêm.

### 1.3 A Classificação de Luís Roberto Barroso

Antes de perscrutar a classificação das normas constitucionais proposta por Barroso, oportuno um comentário. O autor deixa claro ao propor sua teoria que não defende

---

<sup>54</sup> SILVA, José Afonso. *Op. Cit.* p.155

<sup>55</sup> As ideias de Virgílio Afonso serão melhor exploradas a frente.

<sup>56</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2ª ed. 4ª tiragem, 2017.

necessariamente uma ruptura da clássica teoria tripartite de José Afonso, inaugura uma nova classificação utilizando, inclusive, as antigas como premissas essenciais.<sup>57</sup>

Luís Roberto inspira-se no brilhante trabalho de Celso Antônio Bandeira de Mello, que versa sobre a eficácia das normas constitucionais com seu prisma voltado para justiça social, alocando as normas constitucionais em três categorias: concessivas de poderes jurídicos, concessivas de direitos e meramente indicadoras de uma finalidade a ser atingida.<sup>58</sup> Bandeira de Mello propõe dita classificação ao observar as normas constitucionais do ponto de vista dos administrados e das regras impostas a estes.

Desta feita, Barroso apresenta uma classificação composta de três categorias de normas: (a) normas constitucionais de organização, (b) normas constitucionais fixadoras de direitos e (c) normas constitucionais programáticas. Estudar-se-á cada uma em seguida.

Normas constitucionais de organização seriam as normas determinadoras da estrutura do Estado, instituidoras dos Poderes e definidoras das suas competências, estabelecendo bases para a estrutura política do país.<sup>59</sup> Miguel Reale define que tais normas:

não se destinam a disciplinar comportamentos de indivíduos ou grupos, mas, ao revés, visam à estrutura e funcionamento de órgãos, ou à disciplina de processos técnicos de identificação e aplicação de normas, a fim de assegurar uma convivência jurídica ordenada.<sup>60</sup>

O ponto crucial dessas normas é que não apresentam juízos hipotéticos (como as outras), mas sim obrigações objetivas positivas. Por exemplo, o art. 1º da Constituição Federal dispõe que “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito (...)”. Referida norma não prevê um fato típico que somente se ocorrido concretamente poderá incidir e produzir seus efeitos jurídicos, mas cria desde já uma obrigação objetiva de algo que deve ser feito.

Normas fixadoras de direitos são aquelas que “ensejam ao indivíduo, de plano, independentemente de normatização ulterior, situações jurídicas ativas ou de vantagem,

---

<sup>57</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.* p. 39

<sup>58</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira p.

<sup>59</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.* p. 39

<sup>60</sup> REALE, Miguel. p. 120

imediatamente desfrutáveis e exigíveis, assim do Estado como de outro eventual destinatário da norma.”<sup>61</sup> Barroso nesse ponto se debruça em distinção importante. O autor esclarece que utilizando-se do mesmo termo – “direitos” -, muitas vezes o texto constitucional investe o administrado em posições completamente diferentes. Veja-se:

Tomem-se como exemplos as regras contidas no inciso LXI do art. 5º - direito de não ser preso arbitrariamente – no inciso XXII do art. 5º - direito de propriedade – e no inciso III, b, do art. 150 – direito de não sofrer imposição tributária inobservante do princípio da anterioridade. Em todos estes três casos resulta para o indivíduo uma posição juridicamente consistente, que impõe um dever de abstenção do Estado ou de particulares, e investem-no no poder jurídico de exigir tal prestação negativa. (...)

Analise-se, de outra parte, o “direito” que vem previsto no art. 368 do Anteprojeto de Constituição elaborado pela Comissão de Estudos Constitucionais, cuja dicção é a seguinte: “Art.386. É garantido a todos o direito, para si e para sua família, de moradia digna e adequada, que lhes preserve a segurança, a intimidade pessoal e familiar.”

Assumindo, hipoteticamente, que tal dispositivo se houvesse incorporado à Constituição, ninguém ousaria discordar que este “direito” a moradia não investe o indivíduo numa situação jurídica comparável à dos exemplos anteriores.<sup>62</sup>

Segundo Luís Roberto, distinguir de qual dos dois “direitos” a norma constitucional estaria tratando é de suma importância, ou seja, seria o dispositivo um programa a ser progressivamente instalado pelo Poder Público ou um direito exigível de pronto? Essa dicotomia desemboca na classificação entre normas fixadoras de direitos e normas de conteúdo programático.

Ainda sobre a diferença entre “direitos”, dispõe o autor:

Assim, onde se lhe assegurar um direito, saber-se-á que se encontra ele investido no poder jurídico de exigir prontamente uma prestação, via Poder Judiciário, sempre que o sujeito passivo deixar de satisfazê-la. Onde se cuidar de simples programa de ação futura, não será utilizada, por via direta ou indireta, a palavra direito.<sup>63</sup>

Aqui abre-se um parêntese para digressar sobre o pretense direito do indivíduo exigível do legislador. Nem sempre é tarefa fácil diferenciar quais normas outorgam direitos plenamente exigíveis e quais normas, apesar de possuírem algum efeito, não criam de logo direitos passíveis de vincular o Poder Público.

<sup>61</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.* p 40

<sup>62</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.* p.40.

<sup>63</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.* p.41.

Nesse ponto, ocorre cisão que, em verdade, ocasiona importante evolução para o direito constitucional brasileiro. Enquanto para José Afonso normas como o art. 7º, XI, CF (*in verbi* “são direitos dos trabalhadores (...) participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei.”) seriam normas programáticas, para Barroso não o são. Explica-se.

Discorre o autor que referidas normas são atributivas de direitos aos jurisdicionados e não normas programáticas, pois não preveem um fim a ser alcançado pelo Poder Público, mas sim uma imposição ao legislador.

Como exemplo de dispositivos considerados regras programáticas para Luís Roberto Barroso, pode-se citar o art. 218, CF, “O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.”. Cita-se, ainda, o art. 170, III, CF, que consagra o princípio da propriedade, o art. 215, que determina o apoio e incentivo à cultura pelo Estado e o art. 193, que estabelece que “a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”.<sup>64</sup>

Ou seja, normas que antes não eram consideradas outorgadoras de direitos exigíveis do Poder Público através do Judiciário, hoje o são. Insta salientar, entretanto, que há uma faixa cinzenta de normas que geram discussões doutrinárias acerca de sua criação ou não de direitos subjetivos.

Essa evolução é crucial para o desenvolvimento do direito constitucional contemporâneo e para o presente trabalho, principalmente no que diz respeito ao remédio constitucional do Mandado de Injunção que está ganhando forças, justamente com o objetivo de fazer valer o direito de ver determinada norma regulamentada na legislação ordinária. Adiante se voltará a este ponto.

Importante frisar, também, que enquanto para José de Afonso há a ideia da vinculatividade da norma, mas ainda sem um desenvolvimento mais profundo do tema, para Barroso ele passa a existir concretamente.

---

<sup>64</sup> BRASIL. [Constituição (1988)] Constituição da República Federativa do Brasil, de 1998. Artigo 193. Disponível em: [Constituição\(planalto.gov.br\)](http://Constituição(planalto.gov.br)). Acesso em: 06 de maio de 2021

Normas constitucionais programáticas, portanto, são as normas delineadoras de um fim a ser alcançado ou de um princípio a ser observado, sem especificar condutas a serem seguidas. Explica o autor que são disposições indicadores de fins sociais a serem alcançados, protegendo o indivíduo não só do Estado em si, como também das misérias causados pelos desequilíbrios econômicos.<sup>65</sup>

Assim como José Afonso, Barroso também defende que ditas normas podem gerar a inconstitucionalidade de regras criadas posteriormente que vão de encontro a seus preceitos. O jurista ensina que:

Tais normas, dirigidas que são aos órgãos estatais, hão de informar a atuação do legislativo, ao editar leis, bem como a da Administração e do Judiciário ao aplica-las, de ofício ou contenciosamente. Desviando-se os atos de quaisquer dos Poderes da diretriz lançada pelo comando normativo superior, viciam-se por inconstitucionalidade, pronunciável, em cada caso, pela instância competente.<sup>66</sup>

Em relação a essas normas consideradas programas a serem seguidos pelo Estado, sem, contudo, gerarem obrigação específica e direito subjetivo exigível, versa Barroso:

Tais normas, como já se viu, investem os indivíduos em posição jurídica menos consistente que as da segunda categoria. É que, por não traçarem suficientemente uma conduta a ser seguida, não ensejam um desfrute imediato de qualquer bem jurídico, criando exigibilidade se uma prestação positiva.

Contudo conferem direitos subjetivos de caráter negativo, direta e imediatamente exigíveis, amparáveis em sede judicial. Sistematizando a doutrina acerca da matéria que converge para o reconhecimento do teor da eficácia jurídica das normas programáticas, é possível elencar algumas hipóteses de sua efetividade, visto que as regras desta natureza:

- (1) Vinculam o legislador, de forma permanente, à sua realização;
- (2) Revogam as leis anteriores com elas incompatíveis;
- (3) Condicionam a atuação da administração pública;
- (4) Informam a interpretação e aplicação da lei pelo Poder Judiciário.<sup>67</sup>

Por certo, a competência para aplica-las, quando não façam espontaneamente os destinatários do comando, há de ser o Poder Judiciário. E mais: a ausência de lei integradora, quando não inviabilize integralmente a aplicação do preceito constitucional, não é empecilho à sua concretização pelo Juiz.<sup>68</sup>

<sup>65</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.* p. 43.

<sup>66</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.* p. 44.

<sup>67</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.* p.53.

<sup>68</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.* p. 50.

Pode-se concluir, portanto, que em relação as normas não autoaplicáveis existem aquelas que outorgam direitos subjetivos aos indivíduos, aquelas normas determináveis e específicas, e aquelas que apenas traçam diretrizes a serem seguidas.

É de maior importância a distinção acima, principalmente no que tange aos limites do objeto do Mandado de Injunção. A ação constitucional prevista no art. 5º, LXXI, CF, é utilizada para proteger direitos e liberdades constitucionais sempre que a falta de normas regulamentadora torne inviável o exercício de tais direitos.

Sendo assim, resta claro que as normas limitadas que geram uma obrigação específica e outorgam ao indivíduo direito subjetivo são exigíveis de pronto do Poder Público e na falta de norma ulterior que as regule podem ser objeto de Mandado de Injunção.

Elucida bem o tema Carlos Blanco de Moraes em seu artigo sobre as omissões legislativas e os efeitos jurídicos do Mandado de Injunção. Veja-se:

Quer os direitos sociais contidos em normas preceptivas não exequíveis por si próprias quer em normas programáticas carecem de lei mediadora para a sua realização. Ainda assim, no caso das primeiras, a edição da lei necessária para os concretizar não está sujeita à reserva do possível devendo a mesma edição constituir uma obrigação indeclinável e imediata do decisor legislativo. Por outro lado, a configuração do direito social permite identificar (na norma preceptiva, mas não imediatamente executável que o contém) um direito subjectivo sempre que exista uma titularidade identificável e uma pretensão precisa e definida, embora esse direito seja colocado sob condição de edição de lei ordinária para o seu exercício pleno. O exercício que deve depender de condições jurídicas (lei de complementação) mas não de condições fáticas relevantes (tais como recursos financeiros, administrativos e materiais de vulto que dependam de opções políticas discricionárias.)

Já as normas programáticas relativas à realização ordinária de direitos sociais, como os da saúde, educação e moradia (mesmo as de conteúdo mais procedimentalizado), não conferem só por si, por falta de determinação ou definição do conteúdo do mesmo direito, direitos subjectivos aos beneficiários, mas antes se destacam com comandos fixados ao legislador e à administração que lhes darão exequibilidade respectivamente, no respeito da respectiva liberdade de programação das prioridades políticas e dentro da reserva financeira e material do possível.<sup>69</sup>

Como dito anteriormente, há acalorada discussão doutrinária acerca de quais seriam de fato os direitos subjetivos previstos na Constituição. Por exemplo, o direito constitucional à

---

<sup>69</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *As Omissões Legislativas e os Efeitos Jurídicos do Mandado de Injunção: um ângulo de visão português*. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. *Mandado de Injunção Estudos sobre sua regulamentação*. 2013. p. 369-370.

saúde é para doutrina relevante um direito público subjetivo, apesar do art. 196 da Constituição Federal ser considerada por muitos uma norma programática.

Interessante sublinhar a posição do Ministro Gilmar Mendes, relator da decisão do Supremo Tribunal Federal no Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 – STA 175-AgR/CE –, ocorrido há dez anos, trazendo consequências importantes para o direito brasileiro. Nesse julgado, o STF se posicionou acerca da força normativa do direito à saúde, judicializando tal direito no Brasil e estabelecendo parâmetros para essa judicialização, como: (1) verificação da existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pelo indivíduo e (2) alegada inexistência de evidências científicas suficientes de eficácia da ação de saúde.<sup>70</sup>

Dessa forma, a Corte acolheu uma concepção unitária dos direitos fundamentais, impedimento o Poder Público de simplesmente negar ação envolvendo o direito à saúde ao alegar o princípio da separação dos poderes. O Ministro Gilmar Mendes afirmou que os direitos sociais, assim como os direitos e liberdades individuais, implicam “tanto direitos a prestações em sentido estrito (positivos), quanto direitos de defesa (negativos)”<sup>71</sup>, sendo certo que ambas as dimensões demandam o emprego de recursos públicos.

Insta salientar, portanto, que há uma forte tendência a interpretar os direitos previstos nos dispositivos da Constituição Federal sob uma ótica de judicialização e normatividade, e cada vez menos como meras diretrizes deixadas ao desiderato do legislador ordinário.

#### **1.4 A visão de Virgílio Afonso da Silva**

A evolução do direito constitucional, principalmente no que tange ao surgimento do neoconstitucionalismo, ensejou uma maior preocupação com a proteção e normatividade dos direitos fundamentais previstos na constituição. Com o desenvolvimento da força normativa

---

<sup>70</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de tutela antecipada n. 175/ CE, Relator: Min. GILMAR MENDES, 16 de junho de 2009. Disponível em: STA AgR 175 (stf.jus.br). Acesso em: 21 de abril de 2021.

<sup>71</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de tutela antecipada n. 175/ CE, Relator: Min. GILMAR MENDES, 16 de junho de 2009. Disponível em: STA AgR 175 (stf.jus.br). Acesso em: 21 de abril de 2021.

desses direitos, surgem teorias pautadas na preocupação de protegê-los. Destaca-se, em especial, a concepção do conteúdo mínimo essencial dos direitos fundamentais.

Esse conteúdo mínimo seria uma zona nuclear contida na concepção do direito fundamental e representaria um âmbito de proteção que não poderia sofrer restrições. Dessa forma, estar-se-ia delimitando até que ponto um determinado direito poderia ser mitigado, fora daquele limite seria inconstitucional a restrição.<sup>72</sup>

Referida concepção, defendida por doutrinadores de excelência como Ana Paula de Barcellos, é bastante difundida no Direito Constitucional Brasileiro e possui inegável importância na proteção dos direitos fundamentais previstos na Constituição da República.<sup>73</sup>

Virgílio Afonso toma como ponto de partida essa concepção do conteúdo essencial dos direitos para desenvolvimento de sua classificação das normas constitucionais quanto a sua eficácia, alargando a definição daquilo que é protegido dentro do âmbito dos direitos fundamentais e de suas possíveis restrições.<sup>74</sup>

Em primeiro lugar, o autor amplia o escopo de proteção dos direitos e do que pode ser chamado de intervenção desse direito. Assim, segundo Virgílio, restrições são levadas a cabo sem que sejam reconhecidas nesses termos, ou seja, o que antes era visto como mera regulação deve ser considerado restrição ao direito fundamental.

Além, isso significa que “qualquer ação, fato, estado ou posição jurídica que, isoladamente considerado, possa ser subsumido no “âmbito temático” de um direito fundamental, deve ser considerado como por ele *prima facie* protegido.”<sup>75</sup>

Nesse diapasão, o modelo de Virgílio ao mesmo tempo que considera toda e qualquer regulação como uma potencial restrição, sustenta que os direitos fundamentais não tem um conteúdo essencial absoluto e previamente definido tendo em vista que, segundo o autor,

---

<sup>72</sup> BARCELLOS, Ana Paula. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2018. p. 180-186

<sup>73</sup> BARCELLOS, Ana Paula. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2018. p. 180-186

<sup>74</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Revista de Direito do Estado. SP. 2006. p. 23-51

<sup>75</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.* p. 25.

estabelecer um conteúdo essencial absoluto seria deixar os direitos aos caprichos do mero juízo de conveniência e oportunidade políticas.<sup>76</sup>

Essa tese defendida pelo constitucionalista tem profundo efeito nas classificações das normas constitucionais de acordo com sua eficácia e é crucial para a própria efetividade das normas constitucionais. Segundo Virgílio a classificação clássica proposto por José Afonso seria falha em dois principais pontos quais sejam: (1) A classificação tripartite clássica divide as normas entre aquelas que podem ser restringidas e as que não podem; (2) Distingue as normas entre as que não necessitam e as que necessitam de desenvolvimento infraconstitucional.<sup>77</sup>

Ora, a tese de Virgílio parte do princípio que todas as normas podem ser restringidas e toda norma que garante direitos fundamentais pode ser limitada. Nesse norte, toda norma constitucional é restringível e limitável, assim, incompatível a classificação de José Afonso. Parte-se, então, para uma nova análise das normas quanto a sua eficácia.

Como dito anteriormente o autor relaciona o conteúdo essencial dos direitos a eficácia das normas constitucionais que os contém. Para isso, utiliza-se das teorias interna e externa, cruciais para o problema da reconstrução entre o direito e suas restrições. A teoria interna sustenta que o direito e seus limites são unos, ou seja, os limites estão contidos no próprio direito e não se admitem limitações externas como por exemplo o sopesamento entre princípios.<sup>78</sup>

Ao contrário da primeira, a teoria externa se baseia no pressuposto de que há o direito em si, e, separado dele estão suas restrições. Essa diferença entre as duas teorias tem enorme peso na tese defendida, tendo em vista que para a ampliação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, como propõe Virgílio, é necessária a adoção da teoria externa. Explica-se.

Ao aumentar o escopo de proteção dos direitos fundamentais para qualquer ação que possa ser subsumida dentro dele, um direito acaba por esbarrar em outro no momento de seu exercício em sociedade, e a solução para esse conflito está na teoria externa, que defende a

---

<sup>76</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.* p. 26.

<sup>77</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.* p. 26.

<sup>78</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.* p. 37.

restrição separada da norma e, portanto, a proporcionalidade entre princípios e o sopesamento dos direitos.

Isso faz com que qualquer limitação implícita ao direito fundamental seja rejeitada (teoria interna), ou seja, toda e qualquer limitação é fruto de uma restrição externa (teoria externa). Assim, todas as normas constitucionais são suscetíveis, exatamente na mesma medida, à restrição, até mesmo as de eficácia plena (modelo de José Afonso). Segundo Virgílio, “nada as diferencia nesse aspecto.”<sup>79</sup>

Entretanto, longe de diminuir a eficácia das normas, essa tese de que todas as normas são restringíveis acaba por irradiar fortemente seus efeitos. Isso porque, segundo o autor, o que diminui a proteção dos direitos contidos nas normas constitucionais não é a possibilidade de o legislativo restringi-los, mas sim o estabelecimento de limites pouco claros, como os conteúdos essenciais absolutos e os limites imanentes da teoria interna, que deixam o direito a mercê de caprichos do Poder Público.

Outra fragilidade na classificação clássica está na distinção entre normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada, que se baseia na necessidade de regulamentação futura para produção de todos os efeitos. Segundo Virgílio, é ilusório pensar que exista alguma norma constitucional que possa produzir seus efeitos sem as necessárias condições fáticas, jurídicas e institucionais.<sup>80</sup>

Com isso em mente, o autor demonstra que toda norma constitucional que garante um direito fundamental tem alguma limitação quanto a sua eficácia, ou seja, toda norma constitucional é de eficácia limitada. Mais uma vez, essa concepção longe de diminuir a os efeitos dessas normas acaba por intensificá-los.

Para Virgílio, considerar a eficácia plena de algumas normas solidificou a ideia de que não é necessário nem possível agir, nesse âmbito, para desenvolver essa eficácia. “Se ela é plena nada mais precisa ser feito. Quanto mais essa crença for mitigada, como é o caso das conclusões deste trabalho, tanto maior será o ganho em eficácia e efetividade.”<sup>81</sup>

---

<sup>79</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.* p. 46.

<sup>80</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.* p. 50.

<sup>81</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.* p. 51.

Segundo Eduardo Moreira, com o neoconstitucionalismo e a prática da técnica da ponderação, as normas de eficácia plena não tem mais força “plena”, tendo em vista que com o sopesamento todas as normas constitucionais “disputam espaço com outros direitos fundamentais em confronto”. Essa tese se coaduna perfeitamente com a teoria externa, ou seja, a limitação da norma está fora dela (no exercício de ponderação da norma com outro direito), e não imanente a ela.<sup>82</sup>

Por outro lado, pela crença de que algumas normas tem eficácia meramente limitada pode se chegar a errônea ideia de que não resta nada ao Judiciário a não ser esperar pacientemente por uma ação dos poderes políticos para proteger os direitos contidos em ditas normas.

Mais uma vez em consonância com Virgílio, Eduardo Moreira comenta que a classificação clássica tripartida passou a servir como justificativa para os Tribunais afastarem a eficácia das normas constitucionais de eficácia limitada e programática. Segundo o autor tal classificação era a base para serem negadas de pronto, sem qualquer outra fundamentação, a eficácia dessas normas constitucionais.<sup>83</sup>

Segundo Moreira:

tentar invocar, por exemplo, o direito à saúde ou o direito à educação, na tentativa de impor ao Estado, atos concretos – obrigação de fazer – era considerado um pensamento utópico. Tal possibilidade era logo descartada, com a justificativa de que se tratavam de normas programáticas.<sup>84</sup>

Desta feita, a partir da utilização difundida da técnica da ponderação no constitucionalismo brasileiro, as normas de eficácia limitadas foram juridicamente redirecionadas podendo se imbuir de plena força constitucional dependendo do sopesamento de direitos fundamentais feito pelos juízes. Assim como, no mesmo processo, seria possível retirar eficácia de normas antes tidas como de eficácia plena, se durante o processo de ponderação, outros direitos fossem considerados mais importantes no caso concreto.

---

<sup>82</sup> MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *A classificação (atualizada) das normas constitucionais e os critérios argumentativos procedimentais*.

<sup>83</sup> MOREIRA, Eduardo Ribeiro.

<sup>84</sup> MOREIRA, Eduardo Ribeiro.

Em sentido semelhante ao de Virgílio e Moreira, Daniel Sarmento sustenta o modelo dos direitos subjetivos garantidos *prima facie*, segundo essa tese os direitos sociais são direitos subjetivos que possuem natureza principiológica, o que faz com que se sujeitem a um processo de ponderação no caso concreto.<sup>85</sup>

De acordo com o autor, deve ser afastada a arraigada visão brasileira que vê nos direitos sociais normas de caráter programático, sendo certo que essas normas ditas programáticas não são meros conselhos aos poderes públicos produzindo significativos efeitos jurídicos, tendo em vista que podem se sobressair em relação a outras normas no processo de sopesamento de direitos feito caso a caso.

Para Sarmento, alguns direitos sociais são direitos subjetivos definitivos, como o direito de acesso ao ensino fundamental, por estarem previstos na Constituição na forma de regras, entretanto, a grande maioria dos direitos sociais inseridos nas normas ditas programáticas devem ser interpretados como princípios e, portanto, sujeitos a técnica da ponderação.

Sendo assim, algumas normas constitucionais contem direitos sociais subjetivos, exigíveis de pronto do judiciário, entretanto, por conta da escassez de recursos públicos, da primazia do legislador para a adoção das decisões competentes sobre onde alocar tais recursos e da existência de diferentes formas de concretização dos direitos sociais a grande maioria dos direitos previstos em normas programáticas devem ser enxergados através de um viés principiológico para que não padeçam de aplicabilidade.

---

<sup>85</sup> SARMENTO, Daniel. *A proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos*. In: SARMENTO, Daniel; NETO, Claudio Pereira de Souza. *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008. p. 566

## 2. EFICÁCIA JURÍDICA: O REMÉDIO DO MANDADO DE INJUNÇÃO

Como dito anteriormente, as normas classificadas como de eficácia limitada na concepção clássica de José Afonso da Silva, necessitam de regramento posterior para que produzam adequadamente seus efeitos jurídicos. Ditas normas se subdividem em normas programáticas e normas fixadoras de direitos<sup>86</sup>. O último grupo de normas outorgariam direitos subjetivos aos indivíduos exigíveis de pronto ao Poder Público através de remédios constitucionais como o Mandado de Injunção.

Pretender-se-á desenvolver a temática dessa ação constitucional, sem, contudo, esgotar o tema, o que, em verdade, não seria possível no presente trabalho. Focar-se-á nas discussões acerca da delimitação de seu objetivo e de seus efeitos. O mandado de injunção ironicamente padeceu por muito tempo de legislação que o regulasse, o que gerou importantes decisões jurisprudências acerca da judicialização de direitos e do princípio da separação dos poderes.

Por último, analisar-se-á também as diferenças entre os institutos do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que apresentam algumas similaridades importantes, mas como será visto se distinguem em pontos cruciais como a legitimidade ativa, finalidade e objeto.

### 2.1 Mandado de Injunção

A Constituição Federal de 1988 previu em seu art. 5º, LXXI que “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. Com a simples leitura do dispositivo não há como saber o escopo de delimitação do instituto e muito menos as consequências de sua concessão. Seria necessária, portanto, lei que regulamentasse a ação constitucional e traçasse seus contornos.

Ocorre que referida lei só foi promulgada em 2016, ou seja, quase 30 anos depois. Mesmo que sem regulamentação o Mandado de Injunção não deixou de ser impetrado pelos indivíduos que, por falta de norma regulamentadora, estavam impedidos de exercer direitos

---

<sup>86</sup> Utilizando a nomenclatura e classificação proposta por Barroso. Ver mais em: BARROSO, Luís Roberto *Op. Cit.* p.34-60

constitucionais. Como consequência, o papel de regulamentar, ou ao menos delimitar, o objeto e efeitos do instituto foi transferido para o Supremo Tribunal Federal em seus julgamentos dos mandados.

Analisar-se-á, então, a evolução do instituto na jurisprudência desde os primeiros julgados até os dias atuais, focando nas diferentes teorias desenvolvidas pela Corte Maior ao longo dos anos para justificar os possíveis efeitos do mandado de injunção e nas importantíssimas viradas jurisprudências ocorridas.

## **2.2 O Mandado de Injunção na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**

O primeiro caso de omissão inconstitucional julgado pelo Supremo ocorreu ainda em 1989<sup>87</sup>, com impetração do MI feita por Oficial do Exército contra o Presidente da República, que, segundo o impetrante, não teria encaminhado ao Congresso Nacional proposta de projeto de lei disciplinando a duração dos serviços temporários, tal como exigido pela Constituição consoante art. 42, §9º. O requerente havia prestado serviços por 9 (nove) anos, e sofreria prejuízos ao completar o décimo ano, pois sua situação seria ainda regida pela legislação pré-constitucional.

Como dito anteriormente, a ausência de regramento específico para a matéria do mandado injuntivo obrigou o Tribunal a se debruçar sobre a definição do significado e da natureza desse novo instituto.<sup>88</sup>

Segundo o Tribunal, a possibilidade de se criar uma regra geral e concreta acerca da demanda requerida pelo Oficial, encontraria insuperáveis barreiras constitucionais. Em primeiro lugar haveria clara inobservância do princípio constitucional da separação dos poderes, tendo em vista que a criação de regras abstratas e genéricas seriam de competência exclusiva do legislador.

---

<sup>87</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de Injunção n. 107/ DF. Relator: Min. Moreira Alves, 21 de novembro de 1990. Disponível em: Supremo Tribunal Federal (stf.jus.br). Acesso em: 21 abr. 2021.

<sup>88</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *O Mandado de Injunção e a Necessidade de sua Regulação Legislativa*. In: MENDES, Gilmar; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. *Mandado de Injunção: Estudos sobre sua regulamentação*. 2013. p.24

Em segundo, o princípio da reserva legal também seria afetado, considerando-se que segundo o art. 5º, II, CF, o indivíduo só pode ser obrigado a fazer aquilo que está previsto em lei e a criação norma via jurisprudência de certo não é lei.

Interessante pontuar que os representantes dessa corrente acima exposta, consideravam ainda que seria inadmissível Mandado de Injunção nos casos em que para o livre exercício do direito pleiteado na ação, se exigisse do Poder Público organização de determinada atividade ou a necessidade vital de disposição de recursos públicos.

Compartilha desse entendimento o autor Calmon de Passos que assim se manifesta sobre o tema:

Entendemos, entretanto, descaber o mandado de injunção quando o adimplemento, seja pelo particular, seja pelo Estado, envolve a organização prévia de determinados serviços ou a alocação específica de recursos, porque nessas circunstâncias se faz inviável a tutela, inexistentes os recursos ou o serviço, e construir-se o mandado de injunção como direito de impor ao Estado a organização de serviços constitucionalmente reclamados teria implicações de tal monta que, inclusive constitucionalmente, obstam, de modo decisivo, a pertinência do *mandamus* na espécie.(...)

A competência deferida ao Judiciário, de substituir-se ao Legislativo para edição da norma regulamentadora, não derroga todos os preceitos que disciplinam a organização política do Estado, sua administração financeira, as garantias orçamentárias e a definição de políticas e de estratégias de melhor aplicação dos dinheiros públicos alocados para atendimento das necessidades de caráter geral.<sup>89</sup>

Para Gilmar Mendes, essa corrente que não acredita possível o MI possa suprir a ausência desses recursos públicos, “acabaria por tornar quase dispensável a garantia constitucional do mandado de injunção.”<sup>90</sup>

Essa primeira interpretação do art. 5º, LXXI, CF, definida por alguns autores como “não concretista”, entendia que o mandado de injunção teria natureza meramente declarativa, devendo o Tribunal se limitar a constatar a inconstitucionalidade da omissão como um aviso para o Legislativo, que tomaria as providências adequadas.<sup>91</sup>

<sup>89</sup> PASSOS, J.J. Calmon de. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data, Constituição e processo*. 1989. p.112.

<sup>90</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. Cit.* p. 25.

<sup>91</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de Injunção n. 107/ DF. Relator: Min. Moreira Alves, 21 de novembro de 1990. Disponível em: Supremo Tribunal Federal (stf.jus.br). Acesso em: 21 abr. 2021.

Após essa primeira visão do Supremo sobre o mandado, percebe-se paulatinamente um afastamento da ótica não concretista, sem, contudo, filiar-se a um compromisso com o exercício de uma função legislativa. Considera-se que mesmo na ausência de lei o STF poderia, por exemplo, estabelecer prazo para que fosse preenchida a lacuna deixada pelo legislador, sob pena de assegurar ao impetrante a satisfação de seu direito<sup>92</sup>.

Caso que representou grande evolução na interpretação da Corte foi o MI 562 de relatoria da Min. Ellen Gracie, acerca dos critérios de indenização aos anistiados que permanecia sem regulação. A falta de lei que revestisse de eficácia plena o art. 8º do ADCT, gerou decisão do Tribunal que entendeu que os eventuais afetados pela omissão poderiam pleitear seu direito na justiça comum, que haveria de fixar o montando devido.

O Min. Gilmar Mendes em análise da temática cita o julgamento do MI 758 “quando o Supremo Tribunal assentou, por unanimidade, o cabimento da aplicação analógica do art. 57, §1º, da Lei nº 8.213/91, visando a regular o quanto disposto no §4º, do art. 40, da Constituição Federal.”.

Segue ementa da decisão citada pelo eminente Ministro:

Mandado de Injunção – Natureza. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória da omissão. A carga de declaração não é objeto de impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada. Mandado de Injunção – Decisão – Balizas. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nela revelada. Aposentadoria - Trabalho em condições especiais – Prejuízo à saúde do trabalhador – Inexistência de lei complementar – Artigo 40, §4º, da Constituição Federal. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral – art. 57, §1º, da Lei nº 8.213/91.<sup>93</sup>

Entretanto, foi apenas com o paradigmático caso da greve dos servidores públicos, que a jurisprudência do STF inicia uma virada completa, sendo responsável pela criação de uma

<sup>92</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de Injunção n. 283/ DF. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 20 de março de 1991. Disponível em: Supremo Tribunal Federal (stf.jus.br). Acesso em: 21 abr. 2021; BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de Injunção n. 232/ RJ. Relator: Min. Moreira Alves, 2 de agosto de 1991. Disponível em: Supremo Tribunal Federal (stf.jus.br). Acesso em: 21 abr. 2021.

<sup>93</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de Injunção n. 758/ DF. Relator: Min. Marco Aurélio, 26 de setembro de 2008. Disponível em: Supremo Tribunal Federal (stf.jus.br). Acesso em: 21 abr. 2021.

nova teoria denominada “criacionista”, exatamente pelo papel de criador normativo preenchendo lacunas deixadas há muito pelo Legislador.

Em 2006 foi revista a posição anteriormente adotada pelo Tribunal, principalmente através dos votos do Min. Eros Grau (MI 712/PA) e do Min. Gilmar Mendes (MI 670/ ES) – votos estes que se inclinam para a adoção de uma solução normativa positiva para a omissão verificada.<sup>94</sup>

A seguir passagem do brilhante voto do Min. Gilmar Mendes no MI 670:

Nesse quadro, não vejo mais como justificar a inércia legislativa e a inoperância das decisões desta Corte. Comungo das preocupações quanto à não assunção pelo Tribunal de um protagonismo legislativo. Entretanto, parece-me que a não atuação no presente momento já se configuraria quase que como uma espécie de omissão judicial. (...)

Nesse contexto, é de se concluir, que não se pode considerar simplesmente que a satisfação do exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis deva ficar a bel-prazer do juízo de oportunidade e conveniência do Poder Legislativo.

(...) **acolho a pretensão tão somente no sentido de que se aplique a Lei n.7.783/89 enquanto a omissão não seja devidamente regulamentada por Lei específica para os servidores públicos.** Nesse particular ressalto ainda que, em razão dos imperativos da continuidade dos serviços públicos, não estou por afastar que, de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto e mediante solicitação de órgão competente, seja facultado ao juízo competente impor a observância a regime de greve mais severo em razão de tratar-se de serviços ou atividades essenciais nos termos do art. 10 e 11 da Lei n. 7.783/89. (grifo nosso)<sup>95</sup>

Dentro dessa perspectiva criacionista percebe-se que o Min. Gilmar Mendes adotou além de uma aplicação analógica para preencher a omissão legislativa, eficácia *erga omnes* no que tange aos efeitos de sua decisão. Ou seja, não apenas as partes que impetraram o MI se beneficiariam da decisão, mas todos em situação análoga.

No mesmo sentido o eminente Min. Eros Grau: “nada obsta a que, no que tange às hipóteses de outras interpretações, no futuro que versem situações análogas, a elas seja estendida, por despacho monocrático do relator, essa mesma regulação.”<sup>96</sup>

<sup>94</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. Cit.* p.34

<sup>95</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de Injunção n. 670/ES. Relator: Min. Maurício Correa, 25 de outubro de 2007. Disponível em: Supremo Tribunal Federal (stf.jus.br). Acesso em: 21 abr. 2021.

<sup>96</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de Injunção n. 712/PA. Relator: Min. Eros Grau, 25 de outubro de 2007. Disponível em: Supremo Tribunal Federal (stf.jus.br). Acesso em: 21 abr. 2021.

Em uma posição um pouco mais branda o Min. Marco Aurelio relator do MI 721 atribui efeitos apenas *inter partes* à sua decisão, utilizando-se da mesma forma de uma sentença mandamental e não meramente declaratória de omissão “a qual implicaria que o STF pudesse concretizar o direito ferido pela omissão, abandonando, segundo o mesmo relator, uma visão puramente “lírica” do instituo, a qual teria pontificado durante diversos anos. “<sup>97</sup>

A corrente concretista, portanto, pode ser subdividida em concretista individual, quando a sentença tiver eficácia apenas em relação ao impetrante, e concretista geral, quando for reconhecida eficácia erga omnes à sentença que concede a injunção.<sup>98</sup>

A adoção da corrente concretista geral nos Mandados de Injunção 670, 708 e 712, foi noticiada no Informativo 458 do STF, in verbis:

Mandado de Injunção e Direito de Greve - 9 - [...]Ficaram vencidos, em parte, nos três mandados de injunção, os Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que limitavam a decisão à categoria representada pelos respectivos sindicatos e estabeleciam condições específicas para o exercício das paralisações. Também ficou vencido, parcialmente, no MI 670/ES, o Min. Maurício Corrêa, relator, que conhecia do writ apenas para certificar a mora do Congresso Nacional. (destaques inseridos).<sup>99</sup>

Além da eficácia erga omnes, foi reconhecido, posteriormente, o efeito vinculante da referida decisão, tanto que foi admitido o uso de reclamação constitucional, conforme Informativo 700 do STF, cujo teor indica que:

Reclamação e direito de greve (Rcl 15511 MC/MG) - [...] Em resumo, não é matéria que cabe no âmbito estreito da reclamação constitucional a verificação da adequação do percentual deliberado pela Assembleia Geral no caso que ora se analisa. Mas, ao decidir pela impossibilidade do exercício do direito de greve, sob fundamento de que este somente poderia ser usufruído após a edição de lei, bem como pela impossibilidade de paralisação parcial dos serviços, sob qualquer regime, mais ou menos severo, parece, neste juízo sumário inerente às medidas urgentes, que o ato impugnado desrespeitou o conteúdo decisório dos MI's 708 e 712. [...] 3. Ante o exposto, defiro a liminar, para suspender os efeitos da decisão impugnada até o julgamento final da presente reclamação, sem prejuízo do exame, pelo tribunal

<sup>97</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de Injunção n. 721/DF. Relator: Min. Marco Aurelio, 30 de agosto de 2007. Disponível em: Supremo Tribunal Federal (stf.jus.br). Acesso em: 21 abr. 2021.

<sup>98</sup> DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. Direito Constitucional. 2009. p. 330-331

<sup>99</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Plenário). Informativo n. 458. Reclamação e Efeito Vinculante de Decisão do STF, 5 a 9 de março de 2007. Disponível em: Informativo STF :: STF - Supremo Tribunal Federal. Acesso em: 21 de abril de 2021.

reclamado, dos demais aspectos da causa, como entender de direito. [...]. (destaques inseridos).<sup>100</sup>

Em seu artigo sobre a necessidade de regulação legislativa para o instituto do mandado de injunção publicado em 2013 o Min. Gilmar Mendes cita as lições de Augusto Martín de La Veja acerca da necessidade de decisões mandamentais para as omissões inconstitucionais. Veja-se os ensinamentos do autor espanhol:

Partindo de que cada sistema de justiça constitucional tende a configurar-se como um modelo particular em função de suas relações com o ordenamento constitucional em que opera, é difícil entender a proliferação das sentenças mandamentais, sem levar em consideração a combinação de três fatores determinantes no caso italiano: a existência de uma Constituição com uma forte carga programática e comprometida com um desenvolvimento progressivo, a continuidade básica de um ordenamento legal com fortes resquícios não só liberais, mas até autoritários, e a simultânea ineficácia do Parlamento para dar uma resposta em tempo socialmente requerido tanta às demandas de atuação da Constituição, como a necessária adequação do preexistente ordenamento legal à ordem constitucional.<sup>101</sup>(tradução nossa)

Apesar da evolução na interpretação feita pelo Supremo Tribunal Federal que culminou nas orientações acima referidas, transformando o mandado de injunção em um poderoso instrumento processual de enfrentamento das omissões constitucionais totais e parciais, não faltaram críticas ao novo entendimento.

Levi do Amaral Junior qualificou a norma aditada pelo STF como “medida provisória do poder judiciário”<sup>102</sup>. Já Elival da Silva Ramos, apesar de não a considerar, em verdade, medida provisória, porque a mesma teria sido fruto de uma provocação feita ao Judiciário, atenta para o fato de que a mesma não parece muito consentânea com o princípio da separação de poderes.<sup>103</sup>

<sup>100</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Transcrições). Informativo n. 700. Reclamação e direito de greve (Rd 15511 MC/MG), 1 a 5 de abril de 2013. Disponível em: Informativo STF :: STF - Supremo Tribunal Federal. Acesso em: 21 de abril de 2021.

<sup>101</sup> “*Partiendo de que cada sistema de justicia constitucional tende a configurarse como um modelo particular em función de sus relaciones con el ordenamiento constitucional em el que opera, es difícil entender la proliferacion de las sentencias manipulativas sin tener em cuenta la combinacion de três factores determinantes en el caso italiano: la existência de una Constitución com uma flerte carga programática y ‘avocada’ a um desarrollo progressivo, la continuidad básica de um odenamiento legal com flertes resquícios no sólo protoliberales sino incluso autoritários, y la simultânea ineficácia del Parlamento para dar uma resposta em el tempo socialmente requerido tanto a las demandas de actuación de la Constitución, como a la necessária adecuacion del preexistente odenamiento legal al orden constitucional.*”

<sup>102</sup> JÚNIOR, Levi do Amaral. *Processo Constitucional en Brasil*. In: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. 2008. P. 466. *Apud*: MORAIS, Carlos Blanco. *Op. Cit.* 342.

<sup>103</sup> MORAIS, Carlos Blanco. *Op. Cit.* 342.

Outra crítica pertinente se refere ao fato de que o STF não se limitou a alargar uma lei relativa a uma situação análoga, foi além; reescrevendo o texto legal, editando, segundo alguns entendimentos, uma lei transitória adaptada a partir da lei da greve aprovada para os demais trabalhadores.

Para alguns doutrinadores, como o português Carlos Blanco, o Supremo ao julgar o caso dos servidores públicos proferiu verdadeira “sentença aditiva” ao introduzir alterações e adaptações à Lei geral de Greve, inovando normativamente, aproximando-se “das muito controversas sentenças substitutivas do que das sentenças com efeitos aditivos, as quais se limitam a concretizar positivamente um princípio ou norma constitucional.”<sup>104</sup>

Entretanto, pode-se dizer que as reações à virada jurisprudencial do STF foram de uma maneira geral muito positivas, tendo em vista que lograram concretizar direitos até então inviabilizados pela omissão inconstitucional, mesmo após mais de três décadas da promulgação da Lei Maior.

### **2.3 Lei nº 13.300/16: Avanço ou Retrocesso?**

Em 2016, quase 30 após a Constituição, foi promulgada a Lei que disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo. Segundos muitos doutrinadores a promulgação da referida lei significa uma deferência do Poder Legislativo à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Uma primeira característica semelhante entre jurisprudência e a letra da nova lei diz respeito às omissões parciais. Em seu art. 2º a Lei 13.300/2016, basicamente reiterando o disposto no art. 5º, LXXI, da CF/1988, estabelece que o mandado de injunção será concedido sempre que a “falta total ou parcial” de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Ao citar expressamente a “falta total ou parcial” da norma permite interpretar com segurança que é cabível o mandado de injunção diante de omissão parcial. A omissão

---

<sup>104</sup> MORAIS, Carlos Blanco. *Op. Cit.* 350.

inconstitucional parcial envolve a emissão de uma legislação defeituosa ou incompleta que inviabilize o exercício de direitos e liberdades.<sup>105</sup> Explicitando o cabimento de mandado de injunção contra omissão parcial, o parágrafo único do art. 2º da Lei 13.300/2016 dispõe que há omissão parcial “quando forem insuficientes as normas editadas pelo órgão legislador competente”.

De acordo com os ensinamentos do eminente Ministro Gilmar Mendes:

Tal como já se vinha frequentemente apontado, essa omissão tanto pode ter caráter absoluto ou total como pode materializar-se de forma parcial.

Na primeira hipótese, que se revela cada vez mais rara, tendo em vista o implemento gradual da ordem constitucional, tem-se a inércia do legislador, que pode impedir totalmente a implementação da norma constitucional.

A omissão parcial, por sua vez, envolve a execução parcial ou incompleta de um dever constitucional de legislar, que se manifesta tanto em razão do atendimento incompleto do estabelecido na norma constitucional como do processo de mudança nas circunstâncias fático-jurídicas que venha a afetar a legitimidade da norma (inconstitucionalidade superveniente) ou, ainda, em razão de concessão de benefício de forma incompatível com o princípio da igualdade (exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade).<sup>106</sup>

Necessário pontuar, sem, contudo, aprofundar-se no assunto evitando maiores digressões, que há doutrina portuguesa importante que separa as omissões absolutas das omissões relativas, de acordo com o qualitativo e o quantitativo. Dessa forma, existiriam as omissões absolutas totais e parciais (quantitativo) e as relativas (qualitativo), sendo esta última referente ao que Gilmar Mendes entende como “benefício de forma incompatível com o princípio da igualdade”.<sup>107</sup>

O STF, no julgamento dos Mandado de Injunção 542, de relatoria do ministro Celso de Mello, já mencionava que a inércia do legislador pode resultar numa inconstitucionalidade por omissão, “que pode ser total (quando é nenhuma a providência adotada) ou parcial (quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público)”<sup>108</sup>

<sup>105</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. Cit.* p. 17.

<sup>106</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. Cit.* p. 17.

<sup>107</sup> Mais sobre o tema em: MORAIS, Carlos Blanco de. *Op. Cit.* p. 334.

<sup>108</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de Injunção n. 542/SP, Relator: Min. Celso de Mello, 29 de agosto de 2001. Disponível em: Supremo Tribunal Federal (stf.jus.br). Acesso em: 19 de maio de 2021.

Em relação as legitimidades ativa e passiva a Lei nº 13.300 também não inovou. Em seu artigo 3º a lei dita que o legitimado passivo, denominado impetrado, será o Poder, órgão ou autoridade com atribuição para editar a norma regulamentadora. Essa legitimidade passiva do Poder omissor no dever de regulamentação sempre foi reconhecida pelo STF, conforme se verifica no julgamento do MI 352<sup>109</sup>.

O legitimado ativo será a pessoa natural ou jurídica que afirme ser titular do direito ou liberdade constitucional, cujo exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora. Trata-se, pois, de uma garantia constitucional por meio da qual qualquer lesado pode assegurar o exercício do direito fundamental carente de regulamentação. Essa ampla legitimidade ativa sempre foi reconhecida pelo STF. O Min. Moreira Alves, por exemplo, ao julgar o MI 183 conferiu legitimidade ativa aos impetrantes “reconhecida porque o citado dispositivo constitucional lhes conferiu direito para cujo exercício é mister sua regulamentação”.<sup>110</sup>

Registre-se que o mandado de injunção difere da ADO porque essa ação, além de visar apenas a declaração da mora do legislador, somente pode ser ajuizada pelos legitimados do art. 103 da Constituição Federal.<sup>111</sup> Mais a frente serão colocadas as principais diferenças entre os dois institutos.

Feitas essas primeiras colocações acerca da Lei 13.300, necessário aprofundar-se no tema mais importante para o presente estudo, qual seja os efeitos que a lei embutiu o mandado de injunção em comparação à jurisprudência que vinha sendo adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

Como dito anteriormente o entendimento do Supremo sofreu intensa reviravolta com a mudança da interpretação da Corte acerca da eficácia da decisão proferida em mandado de

---

<sup>109</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de Injunção n. 352/RS, Relator: Min. Néri da Silveira, 04 de setembro de 1991. Disponível em: Supremo Tribunal Federal (stf.jus.br). Acesso em: 21 de abril de 2021.

<sup>110</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de Injunção n. 183/SP, Relator: Min. Moreira Alves, 30 de outubro de 1991. Disponível em: Supremo Tribunal Federal (stf.jus.br). Acesso em: 21 de abril de 2021

<sup>111</sup>BRASIL, Constituição da República Federativa. 1988. Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

injunção. Em primeiro, adotou-se posição denominada “não concretista” com efeitos meramente declaratórios de inconstitucionalidade por omissão (muito parecidos com os efeitos da ADO). Mais adiante, principalmente a partir do *leading case* do MI 670 passou-se a adotar a teoria concretista (ora individual, ora geral.)

Em seu art. 8º, a lei 13.300/16 versa que a decisão que defere a injunção, além de reconhecer o estado de mora legislativa, determinará prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora e estabelecerá as condições em que se dará o exercício dos direitos, liberdades ou prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.

Isso significa que, em regra, deve ser utilizada a teoria concretista individual, mas apenas se, passado o prazo estabelecido para o Poder inerte suprir a omissão, este não o fizer. Ou seja, a decisão concedendo o mandado de injunção fixará um prazo para que seja suprida a mora, se após esse prazo não houver a edição da norma regulamentadora, terá o particular assegurado o direito pleiteado.

Interessante a regra prevista no parágrafo único do artigo 8º, que dispõe que não será fixado prazo para suprir a omissão se ficar comprovado que o impetrado deixou de atender ao prazo fixado em anterior mandado de injunção com o mesmo objeto.<sup>112</sup>

Tratando-se de controle concreto da omissão inconstitucional, o caput do art. 9º da Lei 13.300/2016 prevê que, em regra, a decisão em mandado de injunção terá eficácia subjetiva limitada às partes (eficácia inter partes). Entretanto essa regra possui exceções previstas nos parágrafos primeiro e segundo do próprio artigo 9º, pois indicam hipóteses de ampliação da eficácia da decisão que concede a injunção. Veja-se.

§ 1º Poderá ser conferida eficácia ultra partes ou erga omnes à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração.

---

<sup>112</sup> BRASIL, Lei 13.300, de 23 de junho de 2016. Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: L13300 (planalto.gov.br). Acesso em: 21 de abril de 2021. art. 8º. Parágrafo único. Será dispensada a determinação a que se refere o inciso I do caput quando comprovado que o impetrado deixou de atender, em mandado de injunção anterior, ao prazo estabelecido para a edição da norma.

§ 2º Transitada em julgado a decisão, seus efeitos poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator.<sup>113</sup>

Nesse norte, observa-se que tanto a posição concretista individual quanto a geral, adotadas pelo Supremo, estão previstas em lei, mesmo que de forma excepcional e intermediária. Assim, tem-se que, após o não cumprimento do prazo estabelecido para edição da norma, em regra, utiliza-se a teoria concretista individual, com efeitos inter partes. Excepcionalmente, efeitos ultra partes, por decisão monocrática do relator ou quando indispensável ao exercício do direito objeto da impetração.

Marcelo Casseb Continentino entende que deveria ser suprimido o referido § 1º, do artigo 9º, por ser incompatível com a natureza do mandado de injunção, pois todos os casos podem ser enquadrados nele para permitir a atribuição de eficácia geral e porque o tratamento isonômico pode ser alcançado pela aplicação do § 2º do mesmo artigo ou pela edição de súmula vinculante.<sup>114</sup>

Em sentido diverso, Flávia Piovesan e Maria Cecília Chaddad entendem que é relevante essa possibilidade de ampliação da eficácia (ultra partes ou erga omnes) da decisão.<sup>115</sup> Também em sentido diverso, André Rufino do Vale em comentários sobre o §2º, do art. 9º, defende que:

A norma torna possível uma melhor gestão de processos múltiplos idênticos (processos repetitivos), realidade que ocorre em todos os tribunais. Assim tomada a decisão numa ação específica, essa decisão poderá ser estendida monocraticamente a todos os demais casos idênticos, resultando em maior celeridade e eficiência na prestação jurisdicional.<sup>116</sup>

Vale lembrar que a decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Reclamação 6.568 consubstancia o entendimento de uma dimensão objetiva com eficácia erga omnes para o instituto da injunção. O relator da decisão, Min. Eros Grau, acolheu o pedido do

<sup>113</sup>BRASIL, Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016. Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: L13300 (planalto.gov.br). Acesso em: 21 de abril de 2021.

<sup>114</sup> CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *Revisitando os fundamentos do controle de constitucionalidade: uma crítica à prática judicial brasileira*. 2011, p. 96-97.

<sup>115</sup> PIOVESAN, Flávia; CHADDAD, Maria Cecília Cury. *Efeitos da Decisão em Mandado de Injunção*. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. *Mandado de Injunção: Estudos sobre sua regulamentação*. 2013. p. 459.

<sup>116</sup> VALE, André Rufino do. Mandado de Injunção: comentário ao projeto de regulamentação. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. *Mandado de Injunção: Estudos sobre sua regulamentação*. 2013. P. 225.

reclamante para ampliar a decisão proferida no MI 712 para além das partes envolvidas naquele processo.<sup>117</sup>

A técnica contida no § 2º do art. 9º da Lei 13.300/2016 também já foi adotada pelo STF no julgamento do MI 795-1/DF, em que a Corte, resolvendo questão de ordem suscitada pelo ministro Joaquim Barbosa, “autorizou que os Ministros decidam monocrática e definitivamente os casos idênticos”<sup>118</sup>. A técnica prevista no § 1º do art. 9º da Lei 13.300/2016 foi aplicada no julgamento dos MIs 670, 708 e 712, como já exposto anteriormente, em que o STF, adotando a tese concretista geral, atribuiu eficácia erga omnes a tais julgados.

Resta claro, portanto, que apesar da lei não adotar de pronto as providências escolhidas pela jurisprudência, pois em um primeiro momento dispõe que o poder omissivo apenas será notificado da omissão com prazo fixado para o saneamento, possibilita a adoção da teoria concretista (geral e individual) caso o estabelecimento de prazo não resolva a lacuna legislativa.

Importante sublinhar que no caso da primeira parte do caput do artigo 8º da Lei 13300/16 o legislador optou por simplesmente igualar os efeitos do instituto do mandado de injunção com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o que para a maioria da doutrina seria inutilizar importante instrumento constitucional constante do inciso LXXI, do art. 5º, da CF, que por ter como objeto direitos e liberdades constitucionais deveria estar amparado por decisões com eficácia mais severa e não simplesmente declaratórias de omissão inconstitucional.

Entretanto, da análise dos mandados de injunção impetrados e julgados pelo Supremo Tribunal Federal após a promulgação da Lei 13.300/16, pode-se perceber com clareza que a Corte opta na grande maioria por aplicar as exceções previstas nos parágrafos dos artigos 8º e 9º. Ou seja, apesar da Lei, o Supremo Tribunal Federal mantém sua jurisprudência já aplicada desde o paradigmático caso da greve dos servidores públicos.<sup>119</sup>

---

<sup>117</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Reclamação n. 6568/ SP, Relator: Min. Eros Grau, 21 de maio de 2009. Disponível em: Supremo Tribunal Federal (stf.jus.br). Acesso em: 21 de abril de 2021.

<sup>118</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de Injunção n. 795-1/ DF, Relator: Min. Carmen Lucia, 15 de abril de 2009. Disponível em: MI 795 (stf.jus.br). Acesso em: 21 de abril de 2021.

<sup>119</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de Injunção n. 7300/ DF, Relator: Min. Marco Aurélio, 22 de abril de 2020. Disponível em: MI 7300 (stf.jus.br). Acesso em: 21 de abril de 2021.

Antes de debruçar-se sobre as diferenças entre o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade cabe um comentário. Ao analisar o instituto do mandado de injunção procurou-se focar nos efeitos de sua decisão mais do que em outras características do instituto como legitimidade e competências (apesar de serem de grande importância), simplesmente porque o que se estuda no presente é a eficácia das normas constitucionais limitadas, que como visto são o principal objeto da injunção. Crucial, portanto, compreender como tais normas podem se imbuir de eficácia jurídica através das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, principalmente aquelas decisões que de fato concretizam os direitos presentes nas normas.

#### **2.4 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção: Diferenças**

Neste tópico serão analisadas as principais diferenças entre os institutos constitucionais do mandado de injunção (MI) e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO), através da análise de sua natureza jurídica, objeto, eficácia da decisão, legitimidade e por fim sua finalidade.

A importância de distinguir esses dois institutos está, em primeiro lugar, em comprovar sua necessidade, tendo em vista que se possuíssem o mesmo objeto e finalidade, por exemplo, não existiria razão de ser para sua coexistência no ordenamento jurídico, bastando um deles. Em segundo, crucial distinguir as duas ações constitucionais com objetivo de alargar os efeitos das decisões proferidas em sede de mandado de injunção. Explica-se.

É a partir da distinção da natureza e escopo de irradiação de cada instituto que se poderá também diferenciar os efeitos da decisão de cada um, permitindo assim que o mandado de injunção não seja, nas palavras de Blanco de Moraes, “uma inútil duplicação do ‘tiro de salva’ que constitui a ADO”, mas sim “um poderoso mecanismo de garantia de direitos subjectivos individualizáveis que obriga, não só o legislador a agir, mas que inclusivamente, permite a sua substituição pelo STF na edição (provisória) da norma em mora.”<sup>120</sup>

---

<sup>120</sup> MORAIS, Carlos Blanco de. *As Omissões Legislativas e os Efeitos Jurídicos do Mandado de Injunção: um ângulo de visão português*. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. *Mandado de Injunção: Estudos sobre sua regulamentação*. 2013. p.344.

Sendo assim, o mandado de injunção se diferencia da ADO primeiro por sua natureza jurídica. Esta é uma ação de controle de constitucionalidade, que visa declarar inconstitucional situações que contrariem a Constituição da República. Aquele é um remédio constitucional que protege da omissão do Poder o exercício dos direitos constitucionais mais caros aos indivíduos. Vale ressaltar que o mandado de injunção é uma cláusula pétrea.

Outra importante diferença tem relação com a legitimidade ativa para propositura das ações. Por ser possível a qualquer pessoa titular de direito e liberdade impetrar o mandado de injunção quando achar que teve seu exercício impossibilitado por omissão inconstitucional, o instituto do mandado é em muito alargado em relação ao da ADO, o que faz do MI verdadeiro guardião da efetivação das normas constitucionais limitadas.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão só pode ser proposta pelos legitimados do art. 103, I a IX da CRFB, sendo que alguns legitimados, denominados especiais, só podem propor a ação se comprovarem pertinência temática. Ou seja, o cidadão comum que tem o exercício de seu direito impedido por uma lacuna legislativa inconstitucional não pode fazer uso da ADO, o que limita, em certo grau, sua utilidade para a eficácia das normas constitucionais limitadas.

Além, importante diferença entre os dois institutos está em seu objeto. O fundamento da impugnação em sede de ADO é o comportamento omissivo por parte do Poder Público, pressupondo o não cumprimento, pelo competente para legislar, da determinação de editar certa e determinada norma. Há, portanto, o descumprimento de uma ordem constitucional específica. Além disso, necessário que a norma seja limitada.

O objeto do mandado de injunção é mais restrito, incidindo a proteção do remédio apenas sob os direitos e liberdades constitucionais e as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, conforme dita o art. 5º, LXXI, da Constituição Federal.<sup>121</sup>

Quanto a sua finalidade, é certo que na ação direta de inconstitucionalidade por omissão caberá ao Supremo dar ciência ao Legislativo da omissão inconstitucional para adoção de providências que julgar necessárias, em sentido diverso encontra-se a interpretação da letra do

---

<sup>121</sup> MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *O novo aproveitamento do mandado de injunção*.

dispositivo que prevê o mandado de injunção. Nesse caso, prevalece, como desenvolvido anteriormente, o entendimento de que o remédio constitucional tem finalidade ampliada em relação a ADO, podendo o judiciário fixar prazos ou preencher por si mesmo as lacunas legislativas.<sup>122</sup>

Em relação a eficácia de suas decisões, que se relaciona muito com o ponto anterior de sua finalidade, podem ser estabelecidas diferenças consequenciais em relação a finalidade de cada instituto. No caso da ADO, se a finalidade da ação é meramente a declaração e comunicação da omissão legislativa, por certo que essa decisão será simplesmente declaratória.

Já em sede de mandado de injunção, seguindo a posição concretista do Supremo Tribunal Federal, é possível encontrar sentenças mandamentais ou constitutivas dependendo se fixam prazos para o legislativo ou preenchem lacunas.<sup>123</sup>

Em atenção ao que foi exposto pode ser concluir que as diferença entre os dois institutos são exatamente o que dão força ao remédio do mandado de injunção para se firmar como importante instrumento que outorga direitos sociais ao eivar de eficácia jurídica as normas constitucionais, em especial quando apresentam sentenças constitutivas.

### **3. EFICÁCIA SOCIAL DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS: POR QUE FALTA EFETIVIDADE AOS DIREITOS SOCIAIS?**

Tendo estabelecido as principais classificações das normas constitucionais, restou claro o problema da eficácia das normas ditas limitadas. Algumas das normas limitadas, como já estudado, preveem a edição de norma ordinária posterior, outras, entretanto, apenas indicam objetivos sociais do Estado, a serem traçados pelo Poder Público discricionariamente. Estas

---

<sup>122</sup> MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *O novo aproveitamento do mandado de injunção*. P.xx

<sup>123</sup> MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *O novo aproveitamento do mandado de injunção*. P. xx

normas são de extrema importância pois outorgam direitos sociais e econômicos, como o direito à saúde e o direito à moradia.

Como exposto no capítulo anterior, a dificuldade na aplicabilidade das normas limitadas que preveem legislação ulterior, pode ser em primeiro lugar, solucionado através do instituto do mandado de injunção (individual e coletivo), poderoso instrumento para possibilitar a eficácia jurídica de uma norma limitada, quando o indivíduo encontra-se impossibilitado de exercer direito fundamental por conta de omissão inconstitucional do Poder competente para regular a norma constitucional.

Entretanto, apesar do remédio da injunção, um grande problema continua sem solução; qual seja a eficácia das normas constitucionais programáticas, que não preveem legislação ordinária para regula-las, mas traçam um caminho para o Poder Público e produzem efeitos jurídicos significativos. Explica-se.

O problema para a aplicabilidade das normas constitucionais programáticas, principalmente aquelas que preveem direitos sociais, está em sua eficácia social, ou efetividade<sup>124</sup>, ou seja, sua capacidade de produzir resultados no mundo real. Nesse ponto, que tratar-se-á no presente capítulo, crucial o estudo das políticas públicas que são a principal ferramenta para concretizar direitos previstos na constituição e atingir objetivos sociais.

Nesse diapasão, inútil a luta pela regulamentação de normas limitadas através do mandado de injunção, ou a evolução constitucional (que deu luz ao neoconstitucionalismo) para a interpretação normativa da Constituição que passa a ser mais que apenas “lítica”<sup>125</sup>, se todos os direitos subjetivos sociais que surgem com as normas constitucionais não forem implementados através de políticas públicas eficientes.

Virgílio Afonso da Silva, ao tratar do problema da efetividade dos direitos sociais defende que o grande problema no que concerne a eficácia social dos direitos sociais contidos

---

<sup>124</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.* p.34-60

<sup>125</sup> ALEXY, Robert. *Justice, Morality, and Society: A tribute to Aleksander Pecznik*, Lund: Jurisforlaget. 1997. p.29. *Apud* DA SILVA, Virgílio Afonso. *O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais*. In: SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Direito Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. 2008. p. 588.

em normas programáticas é o custo desses direitos, que implicam uma prestação positiva do Estado.

De acordo com o autor, as decisões que visem garantir um direito econômico ou social custam muito mais do que as que visam garantir um direito civil, exatamente porque estes últimos representam uma abstenção estatal. Para comprovar sua assertiva, Virgílio defende que basta comparar o custo de decisões que obriguem o Estado a pagar remédios para o tratamento de pacientes portadores de HIV com decisões que obriguem o Estado a não interferir na liberdade de expressão ou de associação de um indivíduo.<sup>126</sup>

Tendo em vista, portanto, que o maior obstáculo para realização social das normas programáticas são os custos vultosos envolvidos, e o fato de que a alocação de recursos públicos em um lugar significa a restrição de recursos em outro, crucial a análise da chamada Reserva do possível.

Tratar-se-á, então, primeiro da reserva do possível orçamentária imprescindível em um contexto de escassez de recursos. Em seguida, serão estudadas as políticas públicas, por um viés constitucional, tendo em vista que são a principal forma de dar efetividade a um direito social.

### **3.1 Reserva do Possível**

Como sublinhado, um grande limite para a efetivação dos direitos sociais são seus custos. Atualmente é comum afirmar que a sindicabilidade dos direitos sociais vigora sob a reserva do possível. Existe intensa discussão doutrinária no sentido de definir um sentido para essa expressão de modo que sirva de parâmetro para a adjudicação de direitos prestacionais.

A ideia de reserva do possível pode ser dividida em dois compartimentos, quais sejam a reserva do possível fática e a reserva do possível jurídica. O compartimento fático diz respeito a efetiva existência de recursos econômicos necessários à satisfação de um direito social. Por

---

<sup>126</sup> SILVA, Virgílio Afonso de. *O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais*. In: SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Direitos Sociais: Fundamentação, Judicialização e Direitos Sociais em espécie*. 2013. p. 594.

outro lado, o componente jurídico relaciona-se com a existência de autorização orçamentária para o Poder Público.

Na ADPF n° 45, onde se questionava o veto presidencial a dispositivo da Lei de Diretrizes Orçamentárias que visava assegurar recursos mínimos para a saúde o Min. Celso Mello consignou que a cláusula da reserva do possível não pode ser ventilada pelo Estado com “a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido essencial de fundamentalidade.”<sup>127</sup>

Para Daniel Sarmiento, a reserva do possível fática seria a “razoabilidade da universalização da prestação exigida, considerando os recursos efetivamente existentes.” Assim, não seria possível, exigir que o Estado, através do judiciário, forneça algo a um individuo se não puder fornecer o mesmo para todos os indivíduos na mesma situação, sob pena de ferir o princípio da isonomia.

Trata-se de olhar para a coletividade junto com a análise da singularidade de cada caso, ou seja, avaliar a legitimidade constitucional de uma omissão em matéria de política pública. Para Sarmiento, “isso demanda um olhar focado não só na árvore, mas em toda floresta.”<sup>128</sup>

Em relação à reserva do possível jurídica surge importantíssima discussão acerca da discricionariedade do legislador e as decisões judiciais que concedem prestações não contempladas no orçamento. De um lado, argumenta-se que é o legislador que deve escolher as prioridades sociais detendo de legitimidade para fazer as opções que julgar necessárias.

Por outro lado, deixar a promoção de direitos fundamentais ao sabor do legislador seria desconsiderar que tais direitos devem se impor mesmo contra a vontade das maiorias

---

<sup>127</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 45/DF, Relator: Min. Celso de Mello, 29 de abril de 2004. Disponível em: Supremo Tribunal Federal (stf.jus.br). Acesso em: 21 de abril de 2021.

<sup>128</sup> <sup>128</sup> SARMENTO, Daniel. *A proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos*. In: SARMENTO, Daniel; NETO, Claudio Pereira de Souza. *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie*. 2008. p. 572.

ocasionais. Ou seja, “condicionar a eficácia dos direitos sociais ao orçamento significa submeter a força normativa da Constituição à vontade do legislador.”<sup>129</sup>

Nesse ponto, interessante a análise dos já estudados efeitos das normas programáticas. Por mais que as mesmas não gerem uma obrigação absolutamente determinável e positiva do legislador, é possível através delas inferir prioridades da Constituição Federal. Em outras palavras, apesar do legislador possuir ampla margem de discricionariedade na matéria orçamentária, as suas escolhas não se fazem totalmente livres, uma vez que é possível inferir da Lei Maior certas prioridades que não podem ser ignoradas, estando sujeitas em alguma medida ao crivo do Poder Judiciário.<sup>130</sup>

O papel do judiciário no tema dos direitos sociais é, portanto, tema crucial. É certo que a insatisfação da sociedade com o setor legislativo e executivo geraram uma maior expectativa no Poder Judiciário e o crescimento do ativismo judicial no cenário nacional e internacional.

Não se nega aqui a importância das decisões judiciais para a eficácia das normas constitucionais, principalmente no que tange a eficácia judicial, tendo o STF julgado importantes demandas que foram capazes de concretizar direitos sociais caríssimos, como o direito a greve dos trabalhadores públicos.

Ocorre que, no que tange a efetividade desses direitos fundamentais o poder judiciário não é capaz de sozinho solucionar essas questões. Primeiro porque por mais numerosas que sejam as ações judiciais, “elas representam uma parcela pequena da realidade: maioria absoluta da população brasileira passará toda a sua vida e jamais será beneficiária de uma decisão judicial em matéria de saúde ou educação.”<sup>131</sup>

Discorre Ana Paula de Barcellos que, em segundo lugar, a efetiva execução do que tenha sido determinado por uma decisão judicial gera acalorados debates, porque, por si só, essas decisões não tem o poder de modificar o mundo dos fatos. “A conclusão preliminar a que já se

---

<sup>129</sup>SARMENTO, Daniel. *A proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos*. In: SARMENTO, Daniel; NETO, Claudio Pereira de Souza. *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie*. 2008. p. 573.

<sup>130</sup> SARMENTO, Daniel. *A proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos*. *Op cit*, p. 573-574.

<sup>131</sup> BARCELLOS, Ana Paula De. *Op. Cit.* p. 254.

chegou sobre o ponto, não apenas no Brasil, mas também em outros países, é a de que as decisões judiciais são executadas de forma razoável quando se trate de bens privados postulados em demandas individuais, como, e.g., a entrega de medicamentos para determinado indivíduo.”<sup>132</sup>

Quando se trata de demandas coletivas, como o MI Coletivo e a Ação Civil Pública, por exemplo, e que envolvem a implantação de políticas públicas, a execução das decisões judiciais pode demorar ou nunca acontecer.

Além disso, insta salientar que a parcela da população que procura o judiciário para satisfação de seus direitos tende a ser a classe média. Assim, o estrato social que mais precisaria se beneficiar de decisões concedendo direitos nem mesmo exerce seu direito de prestação jurisdicional. Daniel Sarmiento ensina brilhantemente sobre o tema:

Com efeito, apesar de todos os avanços alcançados nas últimas décadas no que tange ao acesso à Justiça, a principal clientela do Judiciário brasileiro, mesmo em demandas envolvendo direitos sociais, continua sendo a classe média. Os segmentos mais excluídos da sociedade brasileira dificilmente vão a Justiça reclamar seus direitos, até porque, pela hipossuficiência cultural, no mais das vezes nem conhecem estes direitos.<sup>133</sup>

Explica o autor, ainda, que por consequência desse fenômeno de acesso restrito à justiça e levando em consideração o contexto de escassez de recursos, as decisões que optam por alocar recurso público para algum lugar estarão, invariavelmente, desalocando de outro. Ou seja, “o foco centrado nas ações individuais pode acabar funcionando como uma espécie de “Robin Wood” às avessas, ao sugar recursos de políticas públicas que atingiriam os mais pobres para transferi-los para a classe média.”<sup>134</sup>

### 3.2 Políticas Públicas

Feitas essas observações sobre as fragilidades das decisões judiciais como único expoente para solução da eficácia das normas, debruça-se sobre a importância das políticas

<sup>132</sup> BARCELLOS, Ana Paula De. *Op. Cit.* p. 254.

<sup>133</sup> SARMENTO, Daniel. *A proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético- Jurídicos*. In: SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Op. Cit.* p. 584

<sup>134</sup> SARMENTO, Daniel. *A proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético- Jurídicos*. In: SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Op. Cit.* p. 584

públicas para a eficácia social das normas constitucionais e para promoção dos direitos fundamentais.

Ana Paula de Barcellos ensina que a edição de uma lei criando uma política pública com o objetivo de atender as demandas constitucionais de proteção dos direitos sociais será o ponto de partida para a transformação da realidade.<sup>135</sup>

Da mesma forma, afirma a autora que “o mesmo acontece com decisões judiciais mais complexas, que pretendem interferir com políticas públicas de forma coletiva.”<sup>136</sup> A mudança esperada no mundo real não acontecerá magicamente à expedição da norma, nem mesmo a execução da própria lei é automática.

É certo e natural que exista um descompasso entre a realidade e as normas, tendo em vista que o direito está no plano do dever ser e existe exatamente para transformar a realidade insatisfatória. Entretanto, “a transformação efetiva da realidade na linha do que consta das normas é em geral o objetivo da norma, mas, como regra, não se segue a ela de forma automática ou imediata.”<sup>137</sup>

Nesse norte, após a conquista da eficácia jurídica de uma norma constitucional, mesmo que ilusório pensar em uma concretização total da norma abstrata no mundo real, necessário, através da criação e fiscalização das políticas públicas, irradiar no máximo possível os efeitos sociais dessa norma constitucional que prevê direitos sociais.

Apresentar-se-á os dois principais problemas que surgem no percurso que pode levar uma norma a produzir efetivamente a proteção, a promoção ou o respeito de direitos fundamentais no mundo real.

O primeiro problema que se apresenta é da ordem da implementação de fato. Ou seja, a política pública prevista na norma – seu conteúdo, as medidas por ela delineadas – haverá de ser implementada. Esse primeiro momento relaciona-se em muito com a criação de uma

---

<sup>135</sup> BARCELLOS, Ana Paula De. *Políticas Públicas e o dever de monitoramento. “levando os direitos a sério”*. Rev. Bras. Polít. Públicas, v.8, nº 2. 2018. p. 255.

<sup>136</sup> BARCELLOS, Ana Paula De. *Op. Cit.* p. 255.

<sup>137</sup> BARCELLOS, Ana Paula De. *Op. Cit.* p. 255.

logística que torne possível o funcionamento da política pública. Como por exemplo, a criação de estruturas administrativas, alocação orçamentária, contratação de pessoal, pesquisas relacionadas ao público alvo, relatórios, compra de produtos etc.

Segundo Ana Paula de Barcellos, não é incomum que uma lei seja aprovada prevendo determinada política e não seja regulamentada. É possível, ainda, que a política pública seja implementada de forma desigual no território do país, Estado ou região, ou apenas em benefício de determinados públicos, ou ainda, que os recursos alocados não sejam suficientes para a plena execução.<sup>138</sup>

Supondo que a norma esteja sendo implementada, entra-se no segundo grande problema que diz respeito ao desfecho que se esperava da política pública implementada. É preciso verificar “se os resultados que dela se espera estão se produzindo realmente, tanto em caráter geral, quanto, desagregando essa informação, tendo em conta as diferentes regiões e os diferentes grupos humanos no país.”<sup>139</sup>

Segundo a autora, essa problemática é ainda mais complexa que a primeira pois nem sempre a política pública tem resultados ou metas claramente pré-estabelecidas. Além disso, muitas das vezes não há qualquer monitoramento dos resultados obtidos, e se a política pública está ou não efetivamente produzindo seus esperados efeitos.

O exemplo citado pela autora para ilustrar a questão é o do programa “Mais Educação” criado pelo Ministério da Educação em 2007, que consistia, basicamente, em ampliar em cerca de 3h diárias a jornada escolar dos estudantes do fundamental nas redes públicas. O resultado pretendido seria a ampliação da aprendizagem dos estudantes, entretanto, segundo apurado por estudo realizado pela Fundação Itaú Social e pelo Banco Mundial, não foram encontrados resultados de melhoria no desempenho médio dos alunos na Prova Brasil nas escolas que tiveram o programa implementado comparadas com outras escolas similares sem o programa.<sup>140</sup>

---

<sup>138</sup> A autora cita o exemplo da Lei nº 10.098 que prevê a obrigatoriedade de que vias e espaços públicos sejam adaptados para garantir a acessibilidade de pessoas com mobilidade reduzida que até hoje não foi integralmente executada.

<sup>139</sup> BARCELLOS, Ana Paula De. *Op. Cit.* p. 255.

<sup>140</sup> Disponível em: <relat\_Mais\_Educação\_COMPLETO\_20151118.pdf> Acesso em: 04 de maio de 2021. *Apud:* BARCELLOS, Ana Paula De. *Op. Cit.* p. 256.

Ou seja, apesar da implementação e execução de uma política pública voltada para a efetivação do direito social da educação, os resultados pretendidos não estavam se produzindo. Com isso, a autora defende “o monitoramento de políticas públicas em matéria de direitos fundamentais, e dos seus resultados em particular”<sup>141</sup> sendo esse monitoramento fundamental para a promoção real dos direitos sociais. “Assim na medida em que se trata de mecanismo essencial para realização dos comandos constitucionais sobre os direitos fundamentais, a existência de sistemas de monitoramento constitui um dever geral extraído da Constituição.”<sup>142</sup>

### 3.2.1 Monitoramento das Políticas Públicas: As setes etapas

Como dito acima o monitoramento e a avaliação das políticas públicas são essenciais para a concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal e pode ser levado a cabo através de sete etapas que serão estudadas a seguir.

As duas primeiras etapas se relacionam com a coleta de informações e afixação de metas e são prévias à execução das políticas públicas. Isso porque, os agentes públicos, antes de executarem uma política, devem munir-se de informações acerca de qual o problema que a política pretende enfrentar e qual sua real dimensão, estabelecendo, em seguida, metas que deverão ser atingidas com a política proposta.

Reunir informações sobre a dimensão do problema a ser enfrentado, além de lógico, é crucial para evitar a desigualdade na implantação das políticas públicas e para o enfrentamento das desigualdades sociais. A garantia de igualdade está prevista no art. 5º, caput, CF e a redução das desigualdades no art. 3º, III, CF.

Interessante neste ponto, voltarmos ao estudado no capítulo 2 acerca das omissões parciais das normas constitucionais. Algumas leis ordinárias, ao regulamentarem norma constitucional limitada, acabam infringindo a garantia constitucional da igualdade exatamente por não abarcarem em seu escopo todos os grupos sociais que a norma constitucional limitada objetivava proteger. Essa é a denominada inconstitucionalidade por omissão parcial, porque

---

<sup>141</sup> BARCELLOS, Ana Paula De. *Op. Cit.* p. 256.

<sup>142</sup> BARCELLOS, Ana Paula De. *Op. Cit.* p. 256.

mesmo existindo a legislação ulterior ela deixa de fora alguns grupos sociais que poderiam ser beneficiados pela regulamentação.

Da mesma forma, políticas públicas - que tem sua origem em normas constitucionais programáticas ou não - sem um prévio estudo das dimensões do problema que ela pretende enfrentar correm um sério risco de violação da igualdade na fase da execução, já que a política não será capaz de atingir todos aqueles que deveriam ser por ela alcançados.<sup>143</sup>

Necessário pontuar que muitas das vezes as informações coletadas sobre o problema são limitadas e podem se mostrar imprecisas. Isso é fruto da própria limitação humana e fragilidade dos mecanismos de investigação existentes. Discorrendo sobre o tema ensina Ana Paula de Barcellos: “às vezes sequer há informação acerca da dimensão dos problemas a serem enfrentados – e, eventualmente, uma primeira fase da política pública pode envolver justamente a coleta de dados acerca da realidade.”

Continua a autora, defendendo que independente do motivo a dificuldade na obtenção de informações não pode servir de desculpa ao Poder Público para se olvidar de sua responsabilidade. Diz a constitucionalista que “as consequências dessa ignorância para a promoção efetiva dos direitos fundamentais podem ser dramáticas, e em geral em prejuízo daqueles que já são mais excluídos do acesso aos bens públicos.”<sup>144</sup>

Ainda prévia a execução da política pública, entra em cena a etapa da fixação de metas a serem atingidas ao longo do tempo por essa política. Ana Paula nesse ponto, ensina que a alguns temas podem apresentar dificuldades no estabelecimento de metas quantificáveis porque não podem ser medidas de forma numérica facilmente, como é o caso da saúde, por exemplo.

Para ilustrar a questão imagine-se a meta pretendida pela norma constitucional programática que outorga o direito social da saúde (art. 196, CF). Naturalmente que o resultado final objetivado é promoção, proteção e recuperação da saúde, entretanto, complexo visualizar e mensurar esse resultado final, denominado de “*outcome*”, expressão da língua inglês que pode ser traduzida como “resultado”.<sup>145</sup>

---

<sup>143</sup> BARCELLOS, Ana Paula De. *Op. Cit.* p. 257.

<sup>144</sup> BARCELLOS, Ana Paula De. *Op. Cit.* p. 258.

<sup>145</sup> BARCELLOS, Ana Paula De. *Op. Cit.* p. 258.

Assim, segundo a autora, “em geral é mais fácil estabelecer metas acerca das prestações efetivamente realizadas em relação a cada política específica, isto é: quantos procedimentos foram realizados, ou quantos exames, ou quantas consultas etc. (*outputs*)”<sup>146</sup>. O mesmo problema pode ser observado no que tange ao direito a educação previsto no art. 205, da Constituição, ou seja, difícil medir se após alguma política pública uma pessoa estaria preparada para o exercício da cidadania e qualificada para o trabalho, como pretende a norma.

Em síntese, a fixação de metas para uma política pública pode ensejar variadas discussões acerca de técnicas de investigação que vão para além do direito, particularmente sob a perspectiva estatística. Isso não significa que o tema deva ser deixado de lado, ao contrário. “Se uma política pública não tem metas claras, observáveis e de alguma forma mensuráveis, simplesmente não será possível saber se o direito fundamental em questão está ou não sendo promovido, protegido ou respeitado.”<sup>147</sup>

A etapa seguinte, já na execução da política pública, é denominada de *inputs* e descreve os recursos financeiros, humanos ou de outra natureza qualquer que serão investidos na política em questão. Ou seja, será importante observar o quanto se está investindo na execução da política com o objetivo de controle orçamentário dos recursos públicos e para saber, por exemplo, se há desvios de finalidade e superfaturamento.

Importante, ainda, o exame dos *inputs* no que tange a igualdade regional, ou seja, controle de que áreas estão recebendo mais ou menos recursos referentes aquela política e exame dessas opções de alocação de investimentos por um ponto de vista constitucional. Assim, importante analisar se as escolhas de gestão orçamentária se justificam de acordo com o que prevê a Constituição Federal.

A quarta etapa de monitoramento diz respeito ao que se denomina de “*outputs*”. Segundo Ana Paula de Barcellos “trata-se daquilo que efetivamente foi feito por conta da política: os serviços prestados, as atividades desenvolvidas, os bens fornecidos. A aplicação concreta dos *inputs* dará origem aos *outputs*.”<sup>148</sup>

---

<sup>146</sup> BARCELLOS, Ana Paula De. *Op. Cit.* p. 258.

<sup>147</sup> BARCELLOS, Ana Paula De. *Op. Cit.* p. 259.

<sup>148</sup> BARCELLOS, Ana Paula De. *Op. Cit.* p. 260.

Os *outputs* são, portanto, o meio para se chegar ao fim. Com a utilização dos *inputs* (investimento) realiza-se as atividade-meio (*outputs*) que, espera-se, terão o resultado final desejado (*outcomes*). Assim, necessário o monitoramento de todas as fases para que se chegue ao resultado efetivo objetivado.

E mais: necessário o monitoramento do próprio resultado final. Surge, então a quinta etapa de monitoramento. Segundo Barcellos, “fingir que o resultado não é importante e que a simples existência de atividade-meio seria suficiente não produzirá magicamente, por isso, a promoção, proteção e respeito aos direitos fundamentais.”<sup>149</sup> Por isso, imprescindível debruçar-se também sobre o impacto produzido pela política pública investigando se as metas propostas foram alcançadas.

A sexta e última etapas envolvem a avaliação dos dados produzidos nessas várias etapas de monitoramento e a eventual revisão em algum aspecto da política. Ressalta a autora que o objeto dessa etapa não é necessariamente punitivo, mas que podem vir a ser nos casos de desvio de finalidade, por exemplo. O importante, entretanto, é avaliar se os meios empregados estão atingindo os fins inicialmente pretendidos.

### **3.3 Um Dever Constitucional de Monitoramento: Três principais razões**

O tema da eficácia social das normas constitucionais e dos direitos sociais contidos nelas é sem dúvida constitucional. Entretanto, no momento em que a eficácia social é colocada em prática em forma de política pública, surgem dúvidas acerca da constitucionalização dos processos presentes na aplicação e monitoramento das políticas públicas.

Virgílio de Afonso, ao escrever sobre o tema ressalta que a atual constituição ampliou em muito o processo de constitucionalização de temas anteriormente vistos como reservados ao campo da política como a garantia do direito à saúde, à educação e à moradia.<sup>150</sup>

---

<sup>149</sup> BARCELLOS, Ana Paula De. *Op. Cit.* p. 260.

<sup>150</sup> SILVA, Virgílio Afonso de. *O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais*. 2008. In: SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. 2008. p. 588.

Segundo Ana Paula de Barcellos o tema do monitoramento das políticas públicas é profundamente constitucional e precisa ser objeto de reflexão. <sup>151</sup>Imprescindível a demonstração do dever constitucional de monitoramento – o que será feito a seguir – para que o estudo das políticas públicas sob uma ótica constitucional seja largamente difundido e assim soluções e meios mais eficazes de efetivar direitos sociais sejam propostos.

A primeira razão que comprova um dever constitucional de monitoramento das políticas é o fato de que as decisões judiciais não têm o poder de sozinhas alterarem a realidade fática. Como já mencionado em momento anterior, necessárias as políticas públicas para que as pessoas tenham efetivamente seus direitos garantidos, protegidos e promovidos no dia a dia.

Dessa forma, o percurso entre a norma e seu eventual impacto na realidade não pode ser indiferente ao Direito Constitucional. Como visto, o monitoramento das políticas públicas é essencial para a promoção dos direitos sociais previstos nas normas constitucionais, nada mais razoável, portanto, que o surgimento de um dever constitucional de monitoramento. “Para levar os direitos a sério, é preciso acompanhar, minimamente, o percurso da norma constitucional até a realização de seus propósitos na vida real.”<sup>152</sup>

A segunda razão proposta por Ana Paula, é uma consequência lógica dos gastos públicos exigidos para implantação de uma política pública. Ora, a ação estatal é custeada pela sociedade por meio de tributos, assim, as políticas não produzem apenas benefícios, mas também restringem de certa forma direitos, visto que consomem recursos que não fosse a políticas poderiam ser alocados para outras finalidades.<sup>153</sup>

Naturalmente, necessário o monitoramento das políticas assegurando que os meios utilizados (recursos públicos) alcancem seu fim (promoção dos direitos fundamentais). “O mínimo que se espera diante da centralidade dos direitos fundamentais e dos efeitos que as normas produzem sobre esses direitos é que toda seriedade possível seja atribuída às políticas públicas que visam justamente a promover tais direitos.”<sup>154</sup>

---

<sup>151</sup> BARCELLOS, Ana Paula De. *Op. Cit.* p. 261

<sup>152</sup> BARCELLOS, Ana Paula De. *Op. Cit.* p. 261

<sup>153</sup> BARCELLOS, Ana Paula De. *Op. Cit.* p. 261.

<sup>154</sup> BARCELLOS, Ana Paula De. *Op. Cit.* p. 262.

A última principal razão que justifique a atenção ao tema do monitoramento por parte do Direito Constitucional é o fato dele envolver diretamente o exercício do Poder Público sob uma dimensão contra majoritária. Segundo Ana Paula, coletar informações sobre políticas públicas é uma atividade complexa e de pouco retorno eleitoral, já que os resultados alcançados podem não ser vitoriosos.

“Por isso mesmo não seria contrafático assumir como premissa que o Poder Público preferiria, do ponto de vista político, gerar e divulgar apenas informações que revelem seus avanços e sucessos, ou ainda dados genéricos que não revelem quase nada.”<sup>155</sup>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se buscou demonstrar neste estudo, o exame da eficácia das normas constitucionais limitadas passa, em primeiro lugar, por um estudo da própria expressão “eficácia” que se divide em eficácia jurídica e eficácia social, sendo a primeira a possibilidade de a norma produzir seus efeitos e a segunda a produção efetiva desses efeitos no mundo dos fatos.

Procurou-se estudar, em seguida, as principais classificações das normas constitucionais quanto a sua eficácia, pontuando que a classificação tripartida proposta por José Afonso da

---

<sup>155</sup> BARCELLOS, Ana Paula De. *Op. Cit.* p. 262.

Silva (normas de eficácia plena, contida e limitada) é ainda hoje a mais difundida e o ponto de partida para a propositura de novas classificações e estudo sobre o tema. Apesar disso, restou claro que a classificação clássica de José Afonso não mais se coaduna com o desenvolvimento de um constitucionalismo contemporâneo principalmente o neoconstitucionalismo.

Nesse sentido, surgem novas classificações e apontamentos no sentido de mitigar a rigidez da classificação clássica com o objetivo de dar mais efetividades as normas constitucionais, principalmente as ditas limitadas que, por conta de sua classificação, padecem de eficácia jurídica e social. Com efeito, concluiu-se que a própria denominação de norma limitada já restringe a aplicabilidade de tais normas, pois dita classificação é muitas vezes usada como desculpa para não as aplicar.

No que diz respeito a eficácia jurídica de uma norma constitucional limitada que prevê regulação ulterior, imprescindível a solução do mandado de injunção, principal remédio constitucional para sanar uma omissão legislativa que impede o exercício de um direito fundamental. Referida ação constitucional exerce papel crucial na luta pela eficácia das normas limitadas principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a adoção da posição concretista pelo Supremo Tribunal Federal (mesmo após a promulgação da lei 13.300/16).

Em relação a eficácia social das normas constitucionais limitadas, principalmente as programáticas, que não preveem legislação posterior, mas contém fundamentais direitos sociais, necessária a análise de (i) o poder limitado do Judiciário diante dos enormes problemas sociais enfrentados; (ii) a problemática dos recursos públicos escassos e a reserva do possível e (iii) o monitoramento das políticas públicas adotadas pelo Estado.

Portanto, restou evidente a crucial importância do monitoramento constitucional das políticas públicas desde a coleta de dados referentes aos problemas enfrentados, passando pela logística de alocação de recursos públicos até o monitoramento dos resultados obtidos por determinada política, objetivando a efetiva eficácia dos direitos sociais contidos nas normas constitucionais limitadas, mais especificamente programáticas.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Justice, Morality, and Society*: A tribute do Aleksander Pecznik, Lund: Jurisforlaget. 1997.p.29. Apud DA SILVA, Virgílio Afonso. *O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais*. In: SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Direito Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Ed: Lumen Juris, 2008.

AMARAL ÚNIOR, Levi Mello do. *Processo Constitucional no Brasil: Nova composição do STF e mutação Constitucional*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. v. 57. 100-108. 2008

BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal brasileira*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1932.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2009

BARROSO, Luís Roberto. *A efetividade das normas constitucionais revisitada*. 1994

BARROSO, Luis Roberto. *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro*. Cajur, Teresina, a. 1, n. 6, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula De. *Políticas Públicas e o dever de monitoramento. "levando os direitos a sério"*. Rev. Bras. Polít. Públicas, v.8, nº 2. 2018.

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 414426/SC, Relator: Min. Helen Gracie Northfleet. 01 de agosto de 2011. Disponível em: Supremo Tribunal Federal (stf.jus.br) Acesso em 23 de abril de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Reclamação n. 6568/ SP, Relator: Min. Eros Grau, 21 de maio de 2009. Disponível em: Supremo Tribunal Federal (stf.jus.br). Acesso em: 21 de abril de 2021

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Plenário). Informativo n. 458. Reclamação e Efeito Vinculante de Decisão do STF, 5 a 9 de março de 2007. Disponível em: Informativo STF :: STF - Supremo Tribunal Federal. Acesso em: 21 de abril de 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de Injunção n. 670/ ES. Relator: Min. Maurício Correa, 25 de outubro de 2007. Disponível em: Supremo Tribunal Federal (stf.jus.br). Acesso em: 21/04/2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de Injunção n. 712/ PA. Relator: Min. Eros Grau, 25 de outubro de 2007. Disponível em: Supremo Tribunal Federal (stf.jus.br). Acesso em: 21/04/2021

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de Injunção n. 721/ DF. Relator: Min. Marco Aurelio, 30 de agosto de 2007. Disponível em: Supremo Tribunal Federal (stf.jus.br). Acesso em: 21/04/2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de Injunção n. 758/ DF. Relator: Min. Marco Aurélio, 26 de setembro de 2008. Disponível em: Supremo Tribunal Federal (stf.jus.br). Acesso em: 21/04/2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Transcrições). Informativo n. 700. Reclamação e direito de greve (Rcl 15511 MC/MG), 1 a 5 de abril de 2013. Disponível em: Informativo STF :: STF - Supremo Tribunal Federal. Acesso em: 21 de abril de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de Injunção n. 795-1/ DF, Relator: Min. Carmen Lucia, 15 de abril de 2009. Disponível em: MI 795 (stf.jus.br). Acesso em: 21 de abril de 2021.

BRASIL, Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016. Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: L13300 (planalto.gov.br). Acesso em: 21 de abril de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de Injunção n. 352/ RS, Relator: Min. Néri da Silveira, 04 de setembro de 1991. Disponível em: Supremo Tribunal Federal (stf.jus.br). Acesso em: 21 de abril de 2021

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de Injunção n. 107/ DF. Relator: Min. Moreira Alves, 21 de novembro de 1990. Disponível em: Supremo Tribunal Federal (stf.jus.br). Acesso em: 21/04/2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de Injunção n. 283/ DF. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 20 de março de 1991. Disponível em: Supremo Tribunal Federal (stf.jus.br). Acesso em: 21/04/2021;

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de Injunção n. 232/ RJ. Relator: Min. Moreira Alves, 2 de agosto de 1991. Disponível em: Supremo Tribunal Federal (stf.jus.br). Acesso em: 21/04/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de Injunção n. 183/ SP, Relator: Min. Moreira Alves, 30 de outubro de 1991. Disponível em: Supremo Tribunal Federal (stf.jus.br). Acesso em: 21 de abril de 2021

- BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de Injunção n. 107/ DF. Relator: Min. Moreira Alves, 21 de novembro de 1990. Disponível em: Supremo Tribunal Federal (stf.jus.br). Acesso em: 21/04/2021
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de tutela antecipada n. 175/ CE, Relator: Min. GILMAR MENDES, 16 de junho de 2009. Disponível em: STA AgR 175 (stf.jus.br). Acesso em: 21 de abril de 2021
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de tutela antecipada n. 175/ CE, Relator: Min. GILMAR MENDES, 16 de junho de 2009. Disponível em: STA AgR 175 (stf.jus.br). Acesso em: 21 de abril de 2021
- BRASIL. [Constituição (1988)] Constituição da República Federativa do Brasil, de 1998. Disponível em: Constituição(planalto.gov.br). Acesso em: 06 de maio de 2021.
- CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *Revisitando os fundamentos do controle de constitucionalidade: uma crítica à prática judicial brasileira*. 2011.
- CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni di diritto costituzionale*. Milão, Dott. A. Giuffrè Editore. 1952.
- CRISAFULLI, Vezio. *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milão, Dott. A. Giuffrè Editore. 1952
- DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito Constitucional*. 2009
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1988.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1987.
- MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. *Mandado de Injunção: Estudos sobre sua regulamentação*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *O Mandado de Injunção e a Necessidade de sua Regulação Legislativa*. 2013. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008.
- MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1967*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1987
- MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *O novo aproveitamento do mandado de injunção*.
- MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *A classificação (atualizada) das normas constitucionais e os critérios argumentativos procedimentais*.
- MORAIS, Carlos Blanco de. *As Omissões Legislativas e os Efeitos Jurídicos do Mandado de Injunção: um ângulo de visão português*. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. *Mandado de Injunção: Estudos sobre sua regulamentação*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data, Constituição e processo*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1989.
- PIOVESAN, Flávia. *Proteção constitucional contra omissões Legislativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2 ed., 2003. Disponível em: Catálogo Coletivo - Coleção (senado.gov.br). Acesso em: 10 de maio de 2021.
- PIOVESAN, Flávia; CHADDAD, Maria Cecilia Cury. *Efeitos da Decisão em Mandado de Injunção*. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. *Mandado de Injunção: Estudos sobre sua regulamentação*. 2013.
- SARMENTO, Daniel. *A proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético- Jurídicos*. In: SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008.
- SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: Teoria, História e métodos de trabalho*, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2016.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Ed. Malheiros, 1998.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Revista de Direito do Estado. São Paulo, 2006

SILVA, Virgílio Afonso de. *O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais*. 2008. In: SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2008.

VALE, André Rufino do. *Mandado de Injunção: comentário ao projeto de regulamentação*. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. *Mandado de Injunção: Estudos sobre sua regulamentação*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.