

# FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS FRENTE À AUTONOMIA MUNICIPAL PARA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: PARADIGMAS DA REALIDADE BRASILEIRA.

WOLLMANN, Andréa M<sup>1</sup>.

**Resumo:** OBJETIVO: Este trabalho pretende discutir a determinação constitucional de elaboração de políticas públicas que promovam o desenvolvimento no Brasil e a necessidade de implementação de mecanismos de erradicação da miséria e redução das desigualdades sociais frente à estrutura orgânica do Estado brasileiro e a autonomia municipal. A autonomia municipal pode ser considerada problema para a implementação de políticas federais de desenvolvimento econômico e social? As medidas judiciais previstas na CF de 1988 foram eficazes para garantir ao cidadão o gozo de seus direitos frente à omissão administrativa e legislativa nos âmbitos federais, estaduais e municipais? METODOLOGIA: Análise qualitativa dos dados através de pesquisa bibliográfica (fichamento de textos, livros, legislação, jurisprudência e demais fontes sobre o tema). RESULTADOS: As contradições pragmáticas de viabilização efetiva dos fundamentos constitucionais e implementação dos direitos e garantias ante a ausência de iniciativas do executivo e legislativo de regulamentação destes através de políticas públicas não lograram êxito através das medidas judiciais previstas na CF de 1998: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção. A racionalidade lógico-formalista e a estrutura do Estado brasileiro defrontam-se com um país contrastante com desequilíbrios regionais não sanáveis através de propostas de políticas federais globais que precisam da adesão voluntária das administrações municipais e de orçamentos locais para efetiva implementação. A importância do tema avulta se considerarmos que após vinte anos de uma Constituição democrática repleta de direitos ainda não são alcançados a uma maioria da população brasileira, a própria legitimidade do sistema racional-legal acaba abalada pelas contradições locais e regionais do país continental e pela estruturação político-jurídico-administrativa estipulada neste mesmo instrumento normativo. CONCLUSÃO: A visão racional-legal não pode, sob pena de arcar com uma crise de legitimidade, desconsiderar os atores da burocracia estatal e a capacidade das instituições do Estado aptas à implementação das políticas públicas. A autonomia municipal pode, em certos aspectos, tornar-se um obstáculo à implementação das políticas federais ante a ausência de coercitividade efetiva destas diretivas.

## 1. Introdução:

Buscar garantir valores como únicos e acima do legislador comum é uma busca heróica, porém constante da história humana. O primeiro marco dessa evolução foram as Constituições modernas que se constituíram como normas prevalentes de “valor”, sendo tidas como *Lex superior*, vinculatória para o legislador. O marco da modernidade está no caráter diretivo atribuído a estas Cartas, no sentido de determinação do conteúdo político das ações do Estado.

A primeira tentativa de limitação ao poder do soberano em uma carta constitucional escrita dotada de caráter nacional foi, segundo *Esmein*, o ‘*Instrument of Government*’, promulgado por Cromwell a 16 de dezembro de 1633, na Inglaterra. *Continha esse instrumento de governo 42 artigos*”<sup>2</sup>. Esta serviu de parâmetro ao constitucionalismo americano que teve sua constituição promulgada em 1787, inspirada nos moldes ingleses. Porém, embora estas Constituições tenham origem histórica ascendente, foi a França,

---

<sup>1</sup> Advogada, Mestranda em Políticas Sociais pela UFF - Universidade Federal Fluminense; professora de Direito da UVA – Universidade Veiga de Almeida – Campus Tijuca.

<sup>2</sup> ESMEIN *apud* Bonavides (1995: 68).

após a Revolução Francesa, quem primeiro observou os direitos absolutos de igualdade e liberdade, inspirados nos ideais de Rosseau e Montesquieu, buscando positivizar na Constituição direitos e garantias individuais para fazer frente às ações do legiferante.

Dáí decorre também a origem da expressão “Direito Constitucional” que tem sua essência na idéia fundamental de limitação da autoridade governamentativa, mediante a separação dos poderes (as funções legislativas executivas e judiciárias atribuídas à órgãos distintos), conjuntamente com a declaração dos direitos, advinda com a Revolução Francesa através de sua Carta Constitucional escrita<sup>3</sup> e, servindo de inspiração as formas políticas consagradas pelos modelos de Estado Liberal, Estado de Direito e, ou, Estado Constitucional. Segundo o constitucionalismo liberal, o poder deveria mover-se em órbita específica, que seria traçada pela Constituição. O termo “Constituição” ingressou na linguagem jurídica, então, para exprimir uma técnica de organização do poder de forma neutra (aparentemente); escondendo, por outro lado, seu verdadeiro conteúdo, baseado nos valores ideológicos, políticos, doutrinários ou filosóficos do pensamento liberal. Conforme Bonavides (1995: 23):

*“A noção jurídica e formal de uma Constituição tutelar de direitos humanos parece [...], constituir a herança mais importante e considerável da tese liberal [...], o princípio das constituições sobreviveu no momento em que foi possível discernir e separar na constituição o elemento material de conteúdo (o núcleo da ideologia liberal) do elemento formal das garantias (o núcleo de um Estado de direito)”.*

Essa visão sobre a Constituição perdurou, até que se desenvolvessem as novas Declarações de Direitos, pela crise social do século XX. A idéia de Constituição como Lei Fundamental, hoje, torna-a mais que uma simples carta política, para Clève (1996: 22) ela “um complexo normativo ao qual deve ser assinalada a função verdadeira de lei superior do Estado, que todos os órgãos vincula.” Ela condiciona, portanto, à todos os atores sociais e, no caso em questão, também os municípios.

O presente trabalho procurou observar se a determinação constitucional de elaboração de políticas públicas que promovam o desenvolvimento no Brasil e a necessidade de implementação de mecanismos de erradicação da miséria e redução das desigualdades sociais frente à estrutura orgânica do Estado brasileiro e a autonomia municipal. Nesse sentido, a autonomia municipal pode ser considerada problema para a implementação de políticas federais de desenvolvimento econômico e social? As medidas judiciais previstas na CF de 1988 foram eficazes para garantir ao cidadão o gozo de seus direitos frente à omissão administrativa e legislativa nos âmbitos federais, estaduais e municipais? A pesquisa realizada tenta encontrar respostas satisfatórias a estas questões. No entanto, não se poderia em tão breve argumentação, esgotar o tema em sua totalidade. Porém, nos é possível suscitar o debate permitindo uma ampliação da visão sobre os aspectos que cercam o tema. Convido ao leitor para que nos acompanhe nesta empreitada.

---

<sup>3</sup> Segundo CARRION (1997: 16): *Exige-se a elaboração de textos constitucionais escritos para melhor conter o poder. O conhecimento do artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição”, reflète este espírito.*

## **2. A Constituição Federal de 1988: Características dirigentes – determinação constitucional para o desenvolvimento e elaboração de políticas públicas.**

A doutrina refere nossa Carta magna como sendo de natureza rígida, prolixa<sup>4</sup> e dirigente, dotada de um grande número de normas programáticas<sup>5</sup>. Segundo este pensamento a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu arcabouço matérias que, por sua natureza, são alheias ao direito constitucional propriamente dito. Alguns de seus enunciados poderiam estar regulamentados em lei ordinária, porém quis o constituinte originário<sup>6</sup> que fossem garantidos para que, desta forma, fossem atribuídos ao Estado os encargos indispensáveis à manutenção da paz social, através de um instrumento do mais alto patamar jurídico: a Constituição<sup>7</sup>. Nesse sentido, conforme leciona Bonavides (1995: 14), observamos que:

*“O primeiro Estado de Direito pertenceu à separação de poderes; o novo Estado de Direito pertence aos direitos fundamentais e principalmente às garantias e salvaguardas que a Constituição ministra pelas vias processuais; é mais o Estado da legitimidade do que propriamente o da legalidade em sua versão clássica. Um Estado que busca meios com que aparelhar fins”.*

Segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, nosso Estado é uma República Federativa que tem característica democrática baseada no Direito como elemento determinante de sua racionalidade e tem como fundamentos: a soberania, a *cidadania*, a *dignidade da pessoa humana*, os *valores sociais da livre iniciativa* e o pluralismo político. Este artigo também eleva o município a ente federado, em pé de igualdade com os Estados e o Distrito Federal, estabelecendo que a união destes é indissolúvel, porém, dotando-os conforme o artigo 18, de autonomia político-administrativa. Para implementar os fundamentos instituídos pelo Constituinte originário, contudo, os entes federados devem buscar concretizar os objetivos consagrados no artigo 3º, bem como esparsos em todo o teor constitucional. Nesse sentido, destaca-se a imposição de políticas públicas capazes de erradicar a pobreza e a marginalização, bem como de reduzir as desigualdades sociais, conforme o item III deste mesmo artigo.

A Constituição em sua natureza jurídica, segundo Ruschel (1997: 131), trata-se *“de uma lei - a LEI DAS LEIS. Não se esgota num mero documento político; define-se mais como um conjunto de*

---

<sup>4</sup> As Constituições Prolixas também são denominadas como longas, extensas, amplas, desenvolvidas, largas, etc., conforme Bonavides (1995: 73).

<sup>5</sup> Podemos definir normas programáticas com sendo *“as normas constitucionais, mediante as quais um programa de ação é adotado pelo Estado e cometido aos seus órgãos legislativos, de direção política e administrativa, precisamente como programa que obrigatoriamente lhes incumbe realizar nos modos e formas da respectiva atividade (...) providos de eficácia prevalente com respeito àquelas normas legislativas ordinárias...”* Bonavides (1995: 221 – 222).

<sup>6</sup> Poder constituinte originário, diz-se do *“poder que estabelece a Constituição [...] não se prende a quaisquer limites: é essencialmente político, ou seja, é poder de fato [...]”*, Conforme Dirley da Costa. JÚNIOR (2008: 236-241). Segundo ele, o poder constituinte originário é: a) inicial; b) autônomo; c) ilimitado; d) incondicionado; e) permanente. Institui o poder constituinte derivado, que logra existência a partir deste, conhece limitação expressa e tácita, sendo, portanto: a) derivado; b) limitado e c) condicionado.

<sup>7</sup> Que é por assim dizer, o sustentáculo de todo o sistema jurídico-estatal vigente.

*NORMAS DE DIREITO*”. Já Kelsen (1997: 247-248) refere que, em sentido **formal**, ela é um **documento escrito** que, além de conter normas que regulam a produção de normas gerais (legislação) fixando a competência para tanto, também contenha normas que referentes a outros assuntos politicamente importantes e, além disso,

*“preceitos por força dos quais as normas contidas neste documento, a lei constitucional, não podem ser revogadas ou alteradas pela mesma forma que as leis simples, mas somente através de processo especial submetido a requisitos severos. Estas determinações representam a forma da Constituição que, como forma, pode assumir qualquer conteúdo e que, em primeira linha, serve para estabilização material e que são o fundamento de Direito positivo de qualquer ordem jurídica estadual”.*

Ele aponta que a Constituição pode, além de regular a forma da produção de normas, também determinar o conteúdo das futuras leis, “assim procedem ao prescrever ou ao excluir determinados conteúdos”. Nesse sentido,

*“No primeiro caso, geralmente apenas existe uma promessa de leis a fixar e não qualquer obrigação de estabelecer tais leis, pois, já mesmo por razões de técnica jurídica, não pode facilmente ligar-se uma sanção ao não-estabelecimento de leis com o conteúdo prescrito. Com mais eficácia, porém, podem ser excluídas pela Constituição leis de determinado conteúdo. O catálogo de direitos e liberdades fundamentais, que forma parte substancial das modernas constituições, não é, na sua essência, outra coisa senão uma tentativa de impedir que tais leis venham a existir. É eficaz quando pelo estabelecimento de tais lei — v. g., leis que violem a chamada liberdade da pessoa ou de consciência, ou de igualdade — se responsabiliza pessoalmente determinado órgão que participa da criação dessas leis — chefe do Estado, ministros — ou existe possibilidade de as atacar ou anular. Tudo isto sob o pressuposto de que a simples lei não tem força para derrogar a lei constitucional que determina a sua produção e o seu conteúdo, de que esta lei somente possa ser modificada ou revogada sob condições mais rigorosas, como sejam uma maioria qualificada ou um quorum mais amplo. Quer isto dizer que a Constituição prescreve para a sua modificação ou supressão um processo mais exigente, diferente do processo legislativo usual; que, além da forma legislativa, existe uma específica forma constitucional.”* (grifos nossos)<sup>8</sup>.

A partir do momento em que se defende a supremacia constitucional dentro do ordenamento jurídico nos deparamos com a realidade que compromete tal posicionamento. Se existe uma hierarquia jurídica, como explicar que certas normas constitucionais tornam-se inaplicáveis ao mundo prático por dependerem de uma posterior regulamentação feita através de leis ordinárias ou regulamentares? Se a Constituição é a Carta Suprema sua implementação não pode ser condicionada a fatores externos. A teoria de que essas normas teriam eficácia bastante reduzida, no aguardo de serem complementadas em nível infraconstitucional põem em risco a própria Soberania da Constituição. Como pode uma Constituição ser soberana se seus preceitos não possuem caráter vinculativo?

Ainda hoje, vários são os direitos reconhecidos pela Constituição como fundamentais, porém, na prática, são simplesmente “prometidos” e acenados de longe, sem que seus titulares possam gozar dos mesmos, na falta de leis ordinárias (ou complementares) que os regulamentem. A inércia do legiferante

---

<sup>8</sup> Kelsen (1997: 249).

juntamente com a postura omissa dos aplicadores do direito e dos próprios destinatários das normas carentes de regulamentação, continua perpetuando essa realidade. Tratar-se-ia nossa Magna Carta de uma constituição meramente simbólica?

### **3. Autonomia política municipal, constituição dirigente e centralização de políticas: incongruências do sistema.**

Segundo Lobato (2004) é fundamental na avaliação das políticas públicas, o papel dos “participantes e interessados na política” bem como, “a estrutura e dinâmica de decisão dos agentes, as especificidades de cada um e as relações entre os níveis de governo”. Tais elementos são de difícil aplicação exigindo uma abordagem mais complexa. O Brasil encerra uma forma federativa *pragmática* ou *reativa*, na concepção de Santos (2008: p. 11), onde a “descentralização do governo é utilizada como estratégia de democratização”. Nessa linha argumentativa:

*“[...] as experiências de descentralização hodiernas parecem ser mesmo movidas por pressões políticas associadas às limitações do papel do estado em face da globalização. Como os governos centrais comprometem-se com as políticas de ajuste fiscal, transferem as pressões populares para as esferas locais de governo, em uma estratégia de lograr governabilidade. O atendimento das demandas populares depende, por sua vez, da expectativa de cidadania da população”.*

Cidadania pressupõe um modelo de integração e de sociabilidade onde indivíduos e Estado sejam capazes de dialogar. Assim, destaca Fleury (2006) que “a mediação entre os indivíduos e o Estado, através da equalização realizada na cidadania só é efetiva, na medida em que a sociedade civil seja capaz de realizar as funções de agregação dos interesses, reconhecimento dos sujeitos e sua inserção na esfera pública. Só assim a cidadania deixa de ser um invólucro legal e passa a ser um exercício na vida social”. Na América Latina, e, conseqüentemente no Brasil, esta dimensão de cidadania é uma peça em construção onde alguns atores tentam introduzir suas demandas na esfera pública e outros ainda permanecem sem voz.. Os direitos à vida e à igualdade, formalizados na CF/88 (art. 5º, caput) bem como às diretrizes fundamentais do Estado democrático de direito carecem ainda hoje de vontade política e de capital social<sup>9</sup> para que seus efeitos sejam sentidos pela população. Temos uma cidadania de papel, uma exclusão de fato.

A inaplicabilidade dos direitos constitucionais fez emergir neste cenário vários novos movimentos sociais, na luta pela consagração de seu espaço dentro da sociedade, caracterizando assim um processo lento, mas real da busca pela *cidadania ativa*, como refere Fleury (2002), destacando que a mesma deve ser considerada “*em sua perspectiva bi-fronte, de mediação entre Estado e sociedade. Se a cidadania, na sua dimensão jurídica, pode ser vista como contra-face do Estado-nação, traduzindo-se em um conjunto de direitos e deveres, a dimensão cívica é enfatizada pela tradição comunitarista, que*

---

<sup>9</sup> Para Putnam, capital social são os “aspectos de las organizaciones sociales, tales como las redes, las normas y la confianza, que facilitan la acción y la cooperación para beneficio mutuo”, conforme nos esclarece DURSTON (2000: 08-09).

*identifica o processo civilizatório com a arte da associação, em especial no nível local*". Para Santos (2008: p. 20):

*“a democratização do poder e a conquista de maior autonomia pelas instâncias infraconstitucionais de poder, em particular as prefeituras, provêm que estas se transformem em eficientes veículos de demandas populares, resultando em um exercício mais pleno de cidadania e aproximando, portanto, ainda que longe de sua totalidade, os direitos cidadãos inscritos na Constituição Federal daqueles vivenciados pelos cidadãos brasileiros”.*

No entanto este diagnóstico positivo, ainda não alcança a maioria dos municípios brasileiros, onde ainda vislumbra-se uma espécie de oligarquia institucionalizada, apesar dos prognósticos democráticos estabelecidos na Constituição. Falta ainda, enquanto sociedade, para uma real expansão destes movimentos de inclusão social, a difusão de uma cultura cívica, a distribuição social do conhecimento, o acesso às informações necessárias para o exercício dos direitos e deveres. A educação popular, nos alerta Carvalho (2002: 11), é o que permite às pessoas tomarem conhecimento de seus direitos, se organizarem e lutarem por sua concretização, assim, “a ausência de uma população educada tem sido sempre um dos principais obstáculos à construção da cidadania civil e política”. As normas só informam ao intérprete no âmbito de seu alcance de compreensão, assim o Estado racional-legal acaba criando a exclusão através da ausência do acesso ao conhecimento.

Aqui, conforme Santos (2008: 14), as responsabilidades são divididas segundo o alcance federal, regional ou local das políticas, sendo que os dois últimos ficam submetidos ao “critério que Tiebout chamou de ‘votação com os pés’ querendo referir-se à participação dos cidadãos como mecanismo adequado do conjunto ótimo de bens e políticas públicas de sua preferência”. Nesse sentido a ausência de cidadania ativa pode implicar ausência de políticas. Segundo a autora, “a autonomia municipal se desdobra em autonomia legislativa, política e financeira”. O princípio que norteou essa repartição de competência foi o da “predominância de interesse”. Assim, aos municípios, de acordo com os interesses locais, coube gerir: o transporte público urbano, o ensino pré-escolar e de primeiro grau, a saúde preventiva, o uso do solo urbano e a conservação do patrimônio histórico e cultural.

Porém, não basta autonomia política, descentralização administrativa ou mesmo cidadania participativa no empenho de levar a agenda pública local os interesses da comunidade sem que sejam fornecidas condições aos municípios e regiões para concretizar políticas públicas capazes de resolver os problemas. Logo a par da autonomia administrativa há que se consolidar a autonomia financeira. Conforme Santos (2008: p. 33) o caso brasileiro demonstra que,

*“uma parte significativa dos entes governamentais, os municípios com pequena população, depende de receitas de transferências das instâncias superiores de governo, não podendo usufruir dos benefícios teóricos propiciados pela maior autonomia dos governos locais. Assim é imperioso que os governos centrais mantenham compromissos de financiamento e de formulação de políticas que sejam consideradas direitos do cidadão. É necessário, pois, que a descentralização não desobrigue o governo federal e os estados das suas responsabilidades na implementação de políticas que promovam o desenvolvimento humano”.*

O fato de que 90% dos municípios, segundo Santos (2008: 33) estejam muito dependentes das receitas de transferência do governo federal não implicam, contudo, na negação de sua autonomia. Estes entes têm na Constituição a garantia do repasse destas verbas. Muito embora, como leciona a autora, para alguns municípios estamos diante de uma descentralização tutelada ou compartilhada com as instâncias superiores de governo. A própria realidade local impõe muitas vezes essa necessidade tutelar que Manuel Catells denominou “Estado-rede”, conforme cita Santos:

*“Essa seria uma forma institucional mais eficaz para responder aos desafios da era da informação, em que as crises financeiras são sistêmicas e o crime organizado em redes mundiais, impondo novos e maiores obstáculos à governabilidade. Assim, diante da menor capacidade desses pequenos municípios de assumir maiores responsabilidades no gerenciamento e financiamento de gastos que correspondem a direitos constitucionais, como o são o acesso à saúde e o acesso à educação fundamental, a União estruturou fundos de financiamento e uma rede de distribuição desses serviços através dos municípios, viabilizando o atendimento de demandas da cidadania em respeito às suas obrigações constitucionais.*

Infelizmente não é bem isso que se observa no cenário nacional. Na verdade os estes atores parecem encenar uma peça onde a troca de papéis na busca da fuga da responsabilidade é constante. Exemplo disso é a questão da Saúde, embora a universalização do SUS, qualquer cidadão que busca este atendimento reconhece o impasse entre Estado, União e Municípios sobre de quem é a responsabilidade do quê. Diante disso, o cidadão é empurrado do Posto de Saúde para o Hospital e de lá de volta ao Posto, muitas vezes sem atendimento, dependendo do tipo de problema de saúde que apresente. Não são raros os processos judiciais na busca da viabilização concreta do direito constitucional, apelando ao Judiciário para que defenda a garantia da vida estabelecida como fundamental na Constituição de 1988.

A constitucionalização de preceitos que condicionam a elaboração de políticas públicas capazes implementar condições necessárias à concretização do *dever ser* levam os valores constitucionalizados ao status de problema social de relevância pública sendo necessária a elaboração de políticas que definam um programa para uma melhor atuação dos poderes públicos e da sociedade civil na busca de sua implementação. Segundo Subirats (2006: 205) “los poderes publicos establecerán prioridades, otorgando status de ‘problema público’ a determinados temas y no a otros [...]”. No caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988, os objetivos fundamentais da República Federativa brasileira, conforme o artigo 3º e seus incisos, são: a) construir uma sociedade livre, justa e solidária; b) garantir o desenvolvimento nacional; c) erradicar a pobreza e marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; d) promover o bem de todos, sem preconceitos (quer de raça, origem, sexo, cor, idade) ou quaisquer formas de discriminação.

Uma vez que a República é composta pela união indissolúvel de seus entes federados, conforme o artigo 1º da mesma Carta, podemos observar que o constituinte originário ao atribuir autonomia político-administrativa a estes entes, também os condicionou a concretização dos preceitos constitucionais. Isso significa que, embora autônomos em seu *modus operandi*, estão condicionados nos

objetivos fundamentais à implementação de políticas públicas capazes de solucionar os problemas locais que impedem a concretização global do *dever ser*. Ressalte-se, contudo, que a autonomia política entre os entes não pressupõe o abandono de qualquer deles na consecução dos preceitos constitucionais, ao contrário, está implícito na Constituição a necessidade de cooperação entre os membros da Federação do contrário como diminuiríamos as desigualdades atendendo aos objetivos do Estado brasileiro?

Podemos ver os problemas como oportunidades de melhora, de desenvolvimento, de avanços sociais. Ao analisarmos os preceitos constitucionais que impõe a elaboração de políticas federais que acabam sendo implementadas a nível local nos deparamos com uma questão de caráter “transcientífico”, pois, conforme o conceito de Majone (2000: 37-38) estamos diante de “cuestiones de hecho que pueden enunciarse em em lenguaje de la ciencia pero que, em principio o en la práctica, és imposible que ésta los resuelva”. Isso se deve ao fato de que a questão não é puramente técnica ou política, perpassando os elementos bio-psico-sociais que abarcam o ser humano destinatário final da mesma.

Conforme Labra (2007: 15) o ciclo de produção de uma política pode ser vislumbrado levando-se em consideração: (a) o aparecimento de uma questão que inquieta a sociedade e/ou governo; (b) a inclusão da questão na agenda publica; (c) a formulação do problema (encontro de possíveis soluções, alternativas de ação, tomada de decisão final e aprovação mediante estatuto legal); (d) execução ou implementação da política; (e) monitoramento e avaliação. A constitucionalização de normas programáticas fez com que estes ganhassem, portanto, dentro da agenda pública, sua inclusão permanente e determinante para todos os entes federados. Tanto a incerteza quanto a complexidade são inerentes ao processo de produção da política que é influenciado por uma série de fatores condicionantes, dentre eles: o ambiente internacional e doméstico, a conjuntura política, a capacidade de mobilização dos atores, a influência da mídia. Destacam-se ainda no caso da implementação dos direitos fundamentais, o grau de dificuldade semântica dos termos legais, questões culturais e antropológicas e a abrangência que a mesma pretende ter, especialmente porque para seu sucesso requer mudanças comportamentais e culturais que estão arraigadas na sociedade.

O ordenamento jurídico estatal é caracterizado como um sistema de linguagem ordinária ou natural especializada, isto porque, embora tenha pretensão de *racionalidade*, os atos de produção e aplicação normativa sofrem influências fático-ideológicas que resultam nas imprecisões semânticas e sintáticas<sup>10</sup> da Lei e conseqüentemente da política que a mesma refere. “Talvez as políticas sejam deliberadamente tomadas complexas, obscuras, ambíguas ou mesmo sem sentido”, conforme Hill (2006:66-68). A Lei, segundo ele, “[...] normalmente é imperfeita e genérica, além de não explicitar as

---

<sup>10</sup> Conforme Neves (1988: 127-129) a “*semiótica enquanto teoria dos signos em geral, distingue-se em três partes fundamentais: a sintaxe, a semântica e a pragmática (...), esta tripartição teórica é o reflexo da tridimensionalidade de qualquer linguagem, enquanto sistema signico cujo funcionamento pressupõe: 1) a inter-relação dos signos (sintaxe); 2) a relação dos signos com sua significação ou com o objeto a que se refere (semântica); 3) a relação dos signos com seus utentes — emissores e destinatários das mensagens signicas (pragmática)*”.

fontes de financiamento nem os detalhes concernentes à implementação. Esta etapa, aliás, se configura como um divisor de águas. Ocorre uma espécie de divórcio entre os formuladores (políticos) e os implementadores (administradores) [...]”. Estes são os intérpretes que têm a função de concretiza-la, buscando dar sentido às normas legais que compõe a política.

O caráter programático da Constituição frente à autonomia político-administrativa dos entes federados sem a construção conjunta e cooperada entre estes atores de meios para a sua concretização acaba por torna-la simbólica dentro da perspectiva de Hill (2006: p. 67) sobre políticas simbólicas. Isso se deve ao fato de que embora a previsão política encontre-se na Lei Suprema que legitima toda a estrutura do estado de Direito, também estaria condicionada aos mandos e desmandos dos atores federados, autônomos e com discricionariedade para sua implementação, os quais, que muitas vezes têm interesses divergentes entre si. Para ele políticas simbólicas são aquelas “formuladas sem nenhuma intenção concreta de implementação”. Tal acontece porque os políticos “desejam ser vistos por apoiarem determinados ideais ou metas, sem, efetivamente fazerem nada por eles”. Talvez fosse essa a intenção do constituinte originário uma vez que segundo Hill,

*“[...] Qualquer sistema em que haja uma separação clara entre a formulação e a implementação de políticas, seja devido à divisão entre o legislativo e o executivo [...], seja pela divisão entre níveis de governo ou ministérios e os órgãos de implementação (presente na maioria dos sistemas, mas principalmente nos federados), oferece-se oportunidades para a promulgação de políticas simbólicas [...]”.*

Assim, o exemplo da Grã-Bretanha, citado por Hill pode nos servir de referencial teórico de análise do que ocorre no Brasil, pois tanto aqui quanto lá:

*“[...] muitas políticas regulatórias exigem legislação do Parlamento, mas a implementação está a cargo da autoridade local. O Parlamento pode aprovar, com relativa facilidade, leis para permitir o controle sobre certas atividades ou autorizar o fornecimento de determinados serviços, sem, no entanto, fornecer recursos que viabilizem as ações. Pequenas equipes de atores locais de saúde ambiental, por exemplo [no caso brasileiro, principalmente atores ligados as CAPS e as ONGs], precisam enfrentar uma quantidade enorme de legislação, desenhada para proteger o público da exposição de potenciais perigos à saúde[...]”.*

Isso demonstra que o problema da implementação constitucional vai além da questão omissão legislativa ou administrativa, invadindo a esfera da política. A ausência de implementação das políticas extrapola a questão do jurídico, da elaboração legal. Estamos dentro da perspectiva do poder político frente às várias possibilidades da lei, a vagueza e ambigüidade de seu conteúdo frente aos interesses daqueles que “devem” (podem ou não, dentro das possibilidades decorrentes da ampliação da moldura normativa que lhes dá autonomia ou discricionariedade para decidir) aplica-la ao mundo do *ser*. Nesse sentido emerge a assertiva de Cappelletti (1992: 48):

*“Ou a Constituição é uma lei fundamental, superior e não mutável pelos meios ordinários, ou ela é colocada no mesmo nível dos atos legislativos ordinários e, como estes, pode ser alterada ao gosto do poder legislativo. Se é correta a primeira alternativa, então não é preciso concluir que um ato legislativo contrário a Constituição não é lei; se é correta, ao contrário, a segunda*

*alternativa, então quer dizer que as Constituições escritas outra coisa não são que absurdas tentativas de limitar o poder que é, por sua natureza, ilimitável”.*

Conclui-se que qualquer imposição constitucional ou ordem de legislar seja abstrata ou concreta, desde que definida em norma certa e determinada, pode fundamentar, havendo inércia de seus implementadores, omissão inconstitucional, mesmo as normas programáticas<sup>11</sup>. No entanto, passadas quase duas décadas da promulgação da Magna Carta, a realidade nos força a questionar: as medidas judiciais previstas na Constituição Federal de 1988 foram eficazes para garantir ao cidadão o gozo de seus direitos frente à omissão administrativa e legislativa nos âmbitos federais, estaduais e municipais? A discussão agrava-se se observarmos que do ponto de vista político, a autonomia municipal e estadual e a própria forma de planejamento de implementação das políticas federais dá a estes atores papel fundamental para a consolidação fática das mesmas. Segundo Konrad Hesse, precisamos ter presentes na consciência geral a *vontade de Constituição (Wille zur Verfassung)* e não apenas *vontade de poder (Wille zur Macht)*, principalmente na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional<sup>12</sup>. Nesse sentido, qual vontade podemos vislumbrar nestes atores?

#### **4. Omissão inconstitucional: *Writs* e *Adins* – o esvaziamento dos mecanismos judiciais de controle.**

Há cerca de vinte anos atrás Neves (1988: 102) nos alertava no sentido de que devemos reprovamos qualquer proposição que venha negar sujeição do Poder Legislativo às normas programáticas. Embora normas de eficácia limitada, na medida em que sua aplicação plena depende da emissão de uma normatividade futura, elas estabelecem um *dever* para o legislador ordinário, condicionando negativamente a legislação futura, pois, qualquer lei que não observe suas diretrizes, poderá ser argüida inconstitucional. Por outro ângulo, elas são garantia de direitos por hora deferidos, ao cidadão, que, sentindo-se lesado, poderá buscar a proteção jurisdicional através do mandado de injunção ou da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADIN por Omissão)<sup>13</sup>. Nesse sentido, pode-se afirmar que, por descumprimento de norma programática, sempre é possível o questionamento via judicial da inconstitucionalidade da lei, nos sistemas de Constituição rígida. Segundo Bonavides (1995: 221) sem tal reconhecimento seria impossível “[...] *proclamar a natureza jurídica da Constituição, ocorrendo em consequência a quebra de sua unidade normativa, como disse Rui Barbosa, proposições ociosas, sem*

---

<sup>11</sup> Schäffer (1998: 99 – 109).

<sup>12</sup> Konrad Hesse *apud* Clève (1996: 282).

<sup>13</sup> A Iugoslávia foi, segundo Clève (1996: 227), o primeiro país a admitir a ação de inconstitucionalidade por omissão. Já Paulo Bonavides (1995: 300), acredita que esse instrumento teve inspiração na doutrina constitucional portuguesa. Em nossa Constituição essa ação encontra-se disposta no art. 103, § 2.º com a seguinte redação: “*Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias*”. Ao que se pode ver, o legislador reconheceu ao Supremo a competência para julgar a referida ação e poder, para, no caso de omissão administrativa, exigir o adimplemento da obrigação constitucional no prazo de trinta dias. Esse instituto pretende garantir a soberania constitucional e a obtenção da verdadeira aplicabilidade ao mundo concreto de seus preceitos.

*força cogente. O Estado de direito do constitucionalismo social precisa absorver a programacidade das normas constitucionais.”*

Com efeito, nos esclarece o próprio Rui Barbosa a esse respeito já em 1933, quando menciona que :

*“não há, numa Constituição, cláusulas que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos. Muitas, porém, 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 seu critério, os habilite a se exercerem”<sup>14</sup>.*

A ausência de norma infraconstitucional que regule o exercício das normas programáticas enseja a omissão inconstitucional. Tal vale para a ausência de implementação de políticas públicas capazes de viabilizar a implementação dos fundamentos constitucionais no mundo do *ser*. Tal vale para as garantias e direitos fundamentais assegurados na Constituição. Seguindo o pensamento de Ruschel (1997: 134-135), é preciso concordar que “com o apoio na melhor interpretação — **data venia** — do texto constitucional vigente, sustentamos que qualquer magistrado é competente, em seu processo (ação ordinária, reclamationária, mandado de segurança, etc.), para aplicar diretamente a Constituição quando se tratar de direitos e garantias fundamentais, mesmo não havendo lei infraconstitucional integradora”. Porém não se tratam apenas de direitos individuais, mas de demandas difusas e coletivas que impõe um agir político no sentido de implementação de direitos e garantias constitucionais frente a omissão daqueles que deveriam implementá-la.

As modalidades de omissão inconstitucional podem ser: totais, parciais, formais, absolutas, materiais e relativas. As omissões totais e formais são também absolutas por serem o descumprimento de um dever de legislar autônomo. As omissões parciais e materiais podem decorrer da insuficiente satisfação de um dever autônomo de legislar, ou do descumprimento da cláusula geral da isonomia. Serão relativas, as omissões, na última hipótese e absolutas, na primeira. As omissões absolutas, não traduzem grande dificuldade, já as omissões relativas devem ser observadas com mais cuidado para que se analise se realmente ocorre uma omissão ou se o ato em si é inconstitucional e deve ser atacado por via de ação direta de inconstitucionalidade. Para Clève (1996: 219),

*A problemática que vem desafiando a doutrina constitucional refere-se à inconstitucionalidade por omissão de medida legislativa (no sentido formal e material de expressão). Problemática que fica mais significativa no contexto de uma Constituição dirigente, ou seja, de uma Constituição que impõe não poucas tarefas para o legislador. reserve-se, (...) a categoria operacional “inconstitucionalidade por omissão”, exclusivamente, para a inércia dos poderes públicos no que toca com a edição de atos normativos e implementação de medidas de cunho prevalentemente jurídico.*

---

<sup>14</sup> Rui Barbosa, **Comentários à Constituição Federal Brasileira**, II, São Paulo, 1933, p. 489 *apud* Bonavides (1995: 221).

A omissão inconstitucional de cunho legislativo só ocorre quando o legislador deixa de fazer algo que lhe estava imposto, de forma explícita ou implícita, no teor constitucional. Ele não observa, não cumpre uma obrigação que a Constituição lhe impõe. A inconstitucionalidade por omissão, segundo Clève (1996: 220) “*não se refere em face do sistema constitucional em bloco. É aferida em face de uma norma cuja não exequibilidade frustra o cumprimento do Constituição. A violação especificasse olhando a uma disposição violada, e não ao conjunto de disposições e princípios.* Ela requer, portanto, o descumprimento de uma norma constitucional certa e determinada. Conclui-se que qualquer imposição constitucional ou ordem de legislar seja abstrata ou concreta, desde que definida em norma certa e determinada, pode fundamentar, havendo inércia, omissão inconstitucional, mesmo as normas programáticas. Para Clève (1996: 221-222),

*[...] a inconstitucionalidade por omissão conta com um elemento adicional para a sua caracterização: — o tempo. “A inconstitucionalidade por omissão pressupõe, para ser declarada, um juízo sobre o transcurso do tempo. [...] Com o passar dos anos, e mantida a inércia dos poderes públicos, as imperfeições técnicas (“situações jurídicas imperfeitas”) tendem a deslocar-se, em bloco, para o território da inconstitucionalidade por omissão. Salvo a hipótese de inserção, no texto constitucional, em virtude de emenda ou revisão, de novas normas de eficácia limitada, haverá um momento em que todas as “situações jurídicas imperfeitas” terão dado lugar a omissões constitucionais.*

A ADIN por Omissão Legislativa possui a mesma natureza da ADIN por ação e, por conseguinte, segue o mesmo procedimento, com exceção da necessidade de defesa da norma pelo Advogado-Geral da União (que é dispensável por não existir norma à ser defendida, com exceção, é claro, nos casos de omissão parcial). A finalidade desse instituto é a defesa da integridade da vontade constitucional. É o procedimento apropriado para se declarar a mora do legiferante e, o conseqüente desencadeamento do processo de suprimento da omissão por parte deste. Não existe prazo para a propositura da ação<sup>15</sup>.

Embora o Constituinte brasileiro tenha avançado no que tange a proteção da supremacia constitucional ao definir a ADIN por Omissão, ele não foi feliz, pois deixou esse instituto fragilizado perante a atuação do legiferante. Verificou-se que legalmente a ADIN por Omissão não consegue concretizar dita soberania atuando apenas como uma espécie de *censura* do Supremo à omissão legislativa

---

<sup>15</sup> A legitimidade ativa da ação está descrita no art. 103, I a IX da CF, ou seja, é a mesma prevista para a provocação da fiscalização abstrata da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Os requisitos de pertinência e de legitimidade previstos na ADIN por Ação devem de ser observados, aqui, da mesma forma. Os legitimados passivos, por sua vez, são as autoridades ou órgãos legislativos omissos, responsáveis pela prática do ato reclamado pela Constituição. Não cabe, até o momento, o pedido de cautelar nesse tipo de ação. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade por omissão, são *erga omnes* Assim, [...] *.Declarada a inconstitucionalidade por omissão “será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”. Não há prazo para o suprimento da omissão pelo Poder Legislativo. Como o Congresso Nacional dispõe de uma “liberdade de conformação legislativa”, não praticando mero ato de execução (no caso da Constituição), ainda que de caráter normativo, entendeu o Constituinte que não poderia, mesmo, fixar prazo para o suprimento do silêncio legislativo. O Legislativo pode, entretanto, através de seu Regimento Interno, fixar prazos e fórmulas viabilizadoras do suprimento da omissão declarada inconstitucional(...) já o agente público encarregado da prática do ato poderá ser responsabilizado se não o praticar no prazo de 30 dias.* (Clève, 1996: 235-236)

constatada, pois inexistia dispositivo que obrigasse o legislante a legislar. Por outro lado, politicamente ela tem servido como um instrumento de pressão democrática ao legislador pois, este, na medida em que sente a ameaça de um acórdão do STF declarando sua omissão acaba por regulamentar o exercício daquele direito constitucionalmente garantido<sup>16</sup>.

O Mandado de Injunção ou *writ*<sup>17</sup> — previsto no art. 5º, LXXI, da CF/88—, foi instituído como uma espécie de “remédio legal” frente a inércia do legislador, ao lado do controle abstrato da inconstitucionalidade por omissão. Segundo este artigo, o Mandado de Injunção presta-se para viabilizar o exercício “dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”, sempre que houver a falta de norma regulamentadora que viabilize esse exercício. Esta é, em síntese a sua finalidade. O mandado de injunção constitui, portanto, um mecanismo processual subsidiário. *Para Clève (1996: 248) se a pretensão não puder ser satisfeita por outro meio processual, então sim, caberá a Injunção. Não se incluem no campo de proteção do writ os direitos, liberdades e prerrogativas auto-aplicáveis.* Segundo Ferreira (1992: 206),

*O mandado de injunção só abrange as situações que são passíveis de provocar prejuízo de ordem moral, material ou funcional ao interessado, pela falta de norma regulamentadora.*

*A tendência prevalecente da doutrina se inclina a sustentar que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm auto-aplicabilidade, são self-executing, isto é, têm aplicação imediata, embora em determinadas circunstâncias reclamem instrumentos normativos que lhes permitam a exequibilidade.*

*Nos casos de iminência de violação dos direitos e garantias individuais, não implementados na legislação ordinária, o remédio é o mandado de injunção.*

A norma faltante pode ser de qualquer natureza (legislativa, regulamentar, ou de escalão hierárquico menor, material, processual, etc), o que importa é que sua falta inviabilize o exercício de um direito constitucional. A competência para processar e julgar mandado de injunção leva em conta exatamente, a natureza do órgão responsável pela edição da norma regulamentadora. A legitimidade para propor o *writ* é dos detentores do direito constitucional inviabilizado, por falta de regulamentação, de ser exercitado. Por conseguinte, a legitimidade passiva *ad causam*, de acordo com o Supremo (STF e STJ), é o órgão público ou autoridade que, responsável pela regulamentação do direito constitucional plasmado em norma inexecutável por si mesma, deixou de adimplir a obrigação.

O Supremo preferiu em um primeiro momento, praticamente esvaziar o Mandado de Injunção ao equipará-lo à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o que ocasionou severas críticas ao mesmo por essa posição de relativa omissão. Para Clève (1996: 256) a “*prisão dogmática da ‘judicialidade’ tem contribuído para mistificar o instrumento processual. Ao revés, uma concepção esquemática do princípio da divisão dos poderes que desemboca numa visão insuficiente (e não contemporânea) da função*

---

<sup>16</sup> É por esse motivo que uma grande maioria das ADINs por Omissão impetradas no Supremo foram declaradas como “*prejudicadas pelo suprimento da referida omissão, pelo legislador, no decorrer do processo*”. Dado retirado das decisões do STF nas ADINs julgadas por aquele Tribunal. Todas as ADINs foram analisadas.

<sup>17</sup> Como referem-se ao instrumento alguns constitucionalistas.

*jurisdicional tem concorrido para amesquinhar o significado do instituto e inibir sua utilização*". Porém, lentamente o judiciário vem caminhando para a afirmação da dupla finalidade do mandado de injunção, ou seja, de um lado possibilitar o exercício do direito constitucional, quando isso seja juridicamente possível, e, de outro, viabilizando ou não o exercício deste direito, dar ciência ao órgão legislativo ou executivo omissos, para que adotem as providências necessárias. Isso porque, mesmo que se remova, no caso concreto, o obstáculo para a fruição destes direitos, ainda se faz necessário, que se supra declarada omissão pelo órgão competente – é neste ponto que emerge a necessidade de elaboração de políticas sociais não simbólicas.

Seguindo o raciocínio constitucional, nosso problema agrava-se quando vislumbramos estes direitos descritos em políticas federais, consubstanciadas em lei infraconstitucional, as quais, para sua efetiva implementação, precisam da adesão voluntária dos municípios e Estados que gozam de autonomia político-administrativa. Como pode o cidadão requerer que lhe seja assegurado o gozo destas políticas ainda não observadas a nível local? Eis o problema que transcende o discurso jurídico da constitucionalidade ou inconstitucionalidade dos atos dos atores políticos. Evidente que, se uma política federal regulamenta direito constitucional, os procedimentos judiciais que os asseguram estenderiam sua proteção ao cidadão local, mas não logram êxito em impor a adesão à política. Porém, o mesmo se daria em relação a uma política local frente a uma demanda de implementação nacional a nível federal, por exemplo? A realidade faz com que o direito seja obrigado a discutir com a Política e ampliar seus horizontes de percepção acerca do papel dos atores responsáveis pela implementação das políticas sociais.

Não basta, pois, a conquista da norma jurídica. É necessário que existam instituições capazes de implementar as políticas públicas. A visão legalista, extremamente positivista, entende que basta a consagração legal das conquistas sociais – a materialidade legal –, de fato, sem um aparato burocrático comprometido com a implementação da norma não se pode deduzir a efetividade das conquistas do *dever ser constitucional-legal* no mundo do *ser*. Importante destacar o papel de todos os interpretes implementadores da política (políticos, funcionários públicos, destinatários finais da política públicas, etc). São estes indivíduos que precisam ter a *vontade de constituição* acima da *vontade do poder*. Isso significa ter comprometimento social. Alguns autores, antes mesmo dos remédios constitucionais existirem, indignados com a situação referente às normas pragmáticas, propugnaram pela imediata aplicação de tais normas pela via jurisdicional, nos termos do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> Segundo Ruschel (1997: 131) dentre tais autores podemos destacar: “Eros Roberto Grau (“A Constituição Brasileira e as normas pragmáticas”, in *Rev. de Dir. Const. e Ciência Política, Forense*, n.º 4) e Celso Antônio Bandeira de Mello (“Eficiência das normas constitucionais”, in *Ver. Dir. Público, R.T.*, n.º 57). O artigo destacado da LICC tem a seguinte redação: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”. Norma similar encontra-se no Código de Processo Civil, artigo 126 *in verbis*: “O

## 6. Conclusão.

Hoje, além de se impor a Constituição como suprema lei, à qual serve de base para todo o ordenamento jurídico, impõe-se ao legislador que observe seus preceitos e cumpra com seus objetivos. Não se admite mais a inércia do legislador que deve se ater aos preceitos constitucionais — não legislando contra *legen* — e agir para tornar seus preceitos concretizados. Como toda a teoria, porém, esta pretensão também esbarrou na prática. O avanço teórico foi “brecado” pela forma de aplicação. Esta demora em dar efetividade aos mecanismos de controle de constitucionalidade de lei, como já foi demonstrado, é uma constante em nossa história, exemplo disso foi o receio do judiciário em aplicar a o controle difuso de constitucionalidade de lei, disposto na Constituição de 1891.

Isso não desprestigia a atual tentativa. Ao contrário, somente demonstra que ainda existe um longo caminho a ser percorrido pelos aplicadores do direito. Mesmo que exista certa resistência (ou receio, como quer que se denomine esta postura), os avanços da Teoria constitucional, vão, aos poucos, se solidificando<sup>19</sup>. Assim, apesar do fato de que os institutos atuais de controle de constitucionalidade, não consigam, ainda, atingir plenamente os seus objetivos, não se pode desconsiderar o avanço material da teoria constitucional. Nas palavras de Cappelletti (1992: 130-131): *“o engenho criativo do homem descobriu, precisamente na justiça constitucional, o instrumento mais refinado, mais aperfeiçoado, embora sujeito como todos os instrumentos humanos, a erros, variações, defeitos.(...) A justiça constitucional expressa, em síntese, a própria vida, a realidade dinâmica, o vir a ser das “Leis fundamentais”.*

Devido ao considerável aumento da quantidade de normas programáticas inseridas na Constituição, é realmente necessário para o seu implemento que se constituam meios para o controle da inércia do legislador, do contrário, não será possível consolidar seus fundamentos. Estaremos sempre a mercê dos interesses políticos das oligarquias locais, estaduais ou federais, as quais, nem sempre estão em sintonia. Os instrumentos previstos na Constituição de 1988 ainda não foram exercidos de forma a se conseguir realmente a implementação do conteúdo programático nela previsto. A posição do Supremo

---

juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais: não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”. Para Ruschel (1997: 134), por exemplo: “não havendo normas legais para complementar o dispositivo constitucional, o julgador preencherá este último com normas deduzidas de fontes subsidiárias (analogia, costumes, princípios gerais do direito).” Nesse sentido, “não é lícito ao juiz (artigo 5º, XXXV, e §§1º e 2º da C. F.) é negar-se a conceder à parte um direito fundamental sob o pretexto cômodo de não haver lei”. Levando-se em consideração o disposto no § 1º do art. 5º da CF/88, que, aliás, vincula a todos, podemos concluir como Ruschel que uma vez lesado o direito fundamental do cidadão este “pode primeiro proclamá-lo através de meios normais, seja o direito de petição às autoridades legislativas ou administrativas, seja o direito de ação ao Poder Judiciário. Se lhe negarem o acesso ao direito exigido, sob o pretexto de não haver norma regulamentadora, então é que impetrará Mandado de Injunção à elevada Corte competente.”

<sup>19</sup> O Supremo tem mantido uma postura de receio (e de omissão de certa forma), escondendo-se atrás do princípio da tripartição dos poderes, para justificar sua posição quanto a aplicabilidade do Mandado de Injunção e nos casos de ADIN por Omissão parcial.

Tribunal Federal tem caráter político, embora todos os argumentos astuciosos contrários a esta posição. Tornar concretos os direitos sociais positivados na Constituição é uma questão de cidadania e também de justiça social<sup>20</sup>. Do contrário, não teremos uma Soberania Constitucional, mas transformaremos a Constituição em um “catálogo recheado de ilusões”. Essa é a busca atual doutrina constitucional brasileira: contribuir para o surgimento de instrumentos eficazes para a viabilização efetiva da soberania constitucional.

Porém, as contradições pragmáticas de viabilização efetiva dos fundamentos constitucionais e implementação dos direitos e garantias ante a ausência de iniciativas do executivo e legislativo de regulamentação destes através de políticas públicas não lograram êxito através das medidas judiciais previstas na CF de 1998: ADIN por Omissão e Mandado de Injunção. A racionalidade lógico-formalista e a estrutura do Estado brasileiro defrontam-se com um país contrastante com desequilíbrios regionais não sanáveis através de propostas de políticas federais globais que precisam da adesão voluntária das administrações municipais e de orçamentos locais para efetiva implementação. A importância do tema avulta se considerarmos que após vinte anos de uma Constituição democrática repleta de direitos ainda não são alcançados à maioria da população brasileira ameaçando a legitimidade do sistema racional-legal que acaba abalada pelas contradições locais e regionais do país continental e pela estruturação político-jurídico-administrativa estipulada neste mesmo instrumento normativo.

A visão racional-legal não pode, sob pena de arcar com uma crise de legitimidade, desconsiderar os atores da burocracia estatal e a capacidade das instituições do Estado aptas à implementação das políticas públicas. A autonomia municipal pode, em certos aspectos, tornar-se um obstáculo à implementação das políticas federais ante a ausência de coercitividade efetiva destas diretivas. No entanto, é preciso ressaltar que, enquanto estivermos dentro da racionalidade legal, nenhum ente federado pode furtar-se à implementação da Constituição. Resta-nos, portanto, assumir a condição de cidadania ativa na defesa da consagração do dever ser no mundo que nos circunda, sob pena de sofrermos as consequências da deslegitimação do próprio sistema.

Compreender que as políticas são mutantes, necessitam adequar-se aos elementos condicionantes no momento de sua implementação (por exemplo, orçamento, pessoas capacitadas, realidade local) é necessário e urgente. Mas também o é, acreditar que estas políticas estão condicionadas as diretrizes constitucionais. A política passa então a ser um objetivo a ser atendido (*dever ser*) modificando efetivamente a realidade do *ser social*, através das contribuições entre os atores interessados na sua implementação. Um dever no sentido de uma postura concretizante. Isso traduz, direta ou indiretamente, a elaboração de mecanismos, de regras de trabalho nesse sentido.

---

<sup>20</sup> Uma vez que o Direito *supra-legal* foi positivado na Constituição sob forma de normas carentes de lei complementar, que necessitam a adesão dos entes federados para sua viabilização concreta.

Estando a política elaborada em uma norma, sua implementação pressupõe interpreta-la. De toda interpretação decorre uma tomada de decisão que, quando fere preceito legal ou interesse local, encontra resistência dos atores sociais, que através de mobilizações políticas, quer através de elementos jurídico-processuais, quer através da pressão política. Dependendo do caráter da norma, maior a discricionariedade do implementador. Assim, as etapas de formulação e implementação de uma política são importantes e interligadas. Quando seu esboço encontra-se na Constituição, estamos falando de um conjunto valorativo incidente na política. Cria-se um debate que extrapola a questão técnica que permeia a autonomia dos entes federados. O que se busca, que se pretende é a construção de uma realidade mais justa e solidária onde o desenvolvimento humano possibilite a expansão da cidadania.

### **7. Bibliografia:**

- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- CAPPELLETTI, Mauro. O Controle Judicial de Constitucionalidade Das Leis no Direito Comparado. Trad. Gonçalves, Aroldo Plínio. 2ª Ed., Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992.
- CARRION, Eduardo Kroeff Machado. Apontamentos de Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- CARVALHO, José Murilo de. Cidadania no Brasil: o longo caminho. 3 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002
- CLÈVE, Clèmerson Merlim, A Fiscalização abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.
- DURSTON, Jonh. ¿Qué es el capital social comunitario?, CEPAL, Serie Politcas Sociales. Santiago do Chile: Naciones Unidas, Jul, 2000. p. 08-09.
- FERREIRA, Pinto. Comentários à Constituição Brasileira . V v. v. IV. São Paulo: Saraiva, 1992.
- FLEURY, Sonia. "Políticas Sociales y Ciudadanía", Umbral - Revista Del Postgrado en Ciências Del Desarrollo, CIDES-UMSA, La Paz, Bolívia, (11) Septiembre, 2002.
- \_\_\_\_\_. "La Expansión de La Ciudadanía". In: Inclusión social e nuevas ciudadanías: condições para la convivencia y seguridad democráticas. Colombia: Ed Pontificia Universidad Javerian, 2003.
- \_\_\_\_\_. "A cidade dos cidadãos", Ser Social, (17) Julho-Dezembro, 2006. In [http://www.ebape.fgv.br/academico/asp/dsp\\_professor.asp?cd\\_pro=36](http://www.ebape.fgv.br/academico/asp/dsp_professor.asp?cd_pro=36) .
- HESSE, Konrad. Escritos de Derecho Constitucional trad. Villalon, Pedro Cruz. 2.ª Ed., Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- HILL, Michael. Implementação: Uma visão geral. In SARAIVA, E. & FERRAREZI, E. (orgs). Políticas Públicas. Coletânea. Brasília: ENAP, Vol 2, pp: 59-110. 2006.
- JUNIOR, Dirley da Cunha. Curso de Direito Constitucional. 2ª Ed. Bahia: Editora Juspodivm. 2008.
- JUNIOR, Tércio Sampaio Ferraz; DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, Ritinha A. Stevenson. Constituição de 1988: Legitimidade, Vigência e Eficácia, Supremacia. São Paulo: Atlas, 1989.
- KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1997, 427 p. p.215/308 e 387/397.
- LABRA, Maria Eliana. Existe uma política de participação e controle social no setor saúde? Contribuições para um debate urgente. Rio de Janeiro: Cebras. 2007.
- LOBATO, Lenaura. Avaliação de Políticas Sociais: notas sobre alguns limites e possíveis desafios. Trabalho, Educação e Saúde, 2 (1); 95-106, 2004.
- MAJONE, Giandomenico. Evidencia, argumentación y persuasión em la formulación de políticas. Trad. SUAREZ, Eduardo L. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.
- MOKATE, Karen Marie. Convertiendo el "monstruo en aliado: la evaluacion como herramienta de la gerencia social. Washington: INDES/BID, 2000.
- NEVES, Marcelo. Teoria da Inconstitucionalidade das Leis. São Paulo: Saraiva, 1988.

OLIVEIRA, Juarez de. Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2008.

RUSCHEL, Ruy Ruben, Direito Constitucional em tempos de crise, Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1997. 185 p. p. 131-148.

SANTOS, Ângela Moulin S. Penalva. Município, descentralização e território. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SCHAFFER, Andréa Madalena Wollmann. Mecanismos para a Concretização da "Vontade Constitucional" frente a Omissão legislativa no Direito brasileiro. Revista Direito em Debate. , v.12, Ijuí: Editora Unijuí. p. 99 - 109, 1998.

SUBIRATS, Joan. El papel de la burocracia en el proceso de determinación e implementación de las políticas publicas. In Saraiva, E. E Ferrarezi, E. (orgs). Políticas Públicas. Coletânea. Brasília: ENAP, vol 2. 2006, pp. 113-126.