

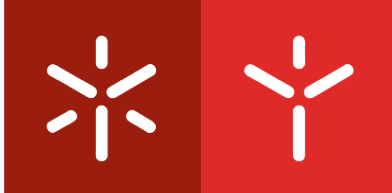


**Universidade do Minho**  
Escola de Direito

Devilson Da Rocha Sousa

**O mandado de injunção e o reenvio prejudicial:  
mecanismos de fiscalização da  
constitucionalidade a serviço da democracia?**





**Universidade do Minho**

Escola de Direito

Devilson Da Rocha Sousa

**O mandado de injunção e o reenvio prejudicial:  
mecanismos de fiscalização da  
constitucionalidade a serviço da democracia?**

Dissertação de Mestrado  
em Direito da União Europeia

Trabalho efetuado sob a orientação da  
**Professora Doutora Joana Covelo de Abreu**  
e Coorientação do  
**Professor Doutor Clóvis Gorczewski**

## **DIREITOS DE AUTOR E CONDIÇÕES DE UTILIZAÇÃO DO TRABALHO POR TERCEIROS**

Este é um trabalho académico que pode ser utilizado por terceiros desde que respeitadas as regras e boas práticas internacionalmente aceites, no que concerne aos direitos de autor e direitos conexos. Assim, o presente trabalho pode ser utilizado nos termos previstos na licença abaixo indicada. Caso o utilizador necessite de permissão para poder fazer um uso do trabalho em condições não previstas no licenciamento indicado, deverá contactar o autor, através do RepositóriUM da Universidade do Minho.

### **Licença concedida aos utilizadores deste trabalho**



### **Atribuição CC BY**

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>

## **AGRADECIMENTOS**

São inúmeras as pessoas a quem eu tenho a agradecer neste momento, foi um turbilhão de emoções esta caminhada do Mestrado e com certeza eu não passei por isso sozinho. Logo eu, nascido numa terra quente de sol ardente, que nunca tinha sonhado em viver em uma terra onde o frio parece que vem do chão, fui cair logo na incrivelmente e apaixonante Santa Cruz do Sul, no meu querido e amado Rio Grande do Sul.

Obrigado a Deus por te me proporcionado isso, obrigado por me acompanhar em todos os momentos, mesmo quando eu não o merecia ou quando me encontrava perdido, a ele sejam dedicadas todas as glórias. Agradeço aos meus pais, que por mesmo sem entender o motivo de eu continuar estudando, e dentro de suas limitações, ainda assim me apoiaram incondicionalmente, lhes amo. Igualmente importante foi o apoio paternal de alguém que eu tenho uma ligação maior que qualquer código genético poderia nos dar, lhe amo Seu Leno, o senhor é minha inspiração e se eu sou o homem que sou hoje é graças a todas as suas orientações, carinho, apoio e ajuda, não existem palavra suficientes para agradecer.

Obrigado a minha amiga Juliana Fraga, que me apresentou a UNISC e Santa Cruz do Sul, sendo a primeira incentivadora desta caminhada do Mestrado. Obrigado aos amigos Vagner e Jonatas, em primeiro lugar, pela amizade, o mestrado já valeu a pena só por ter conhecido a vocês e as suas famílias. Nos manteremos conectados pelos restos de nossas vidas. O apoio dos amigos do trabalho também foi fundamental, em especial o da lohanny (Lohanna), obrigado por todo o suporte, por me ajudar nos momentos de dificuldade e me cobrir nas ausências.

And the last, but not the least. Obrigado a noiva mais linda, especial, maravilhosa e perfeita deste mundo, Danubia Paola. Obrigado por ter me apoiado em toda esta jornada, você está presente em cada uma destas páginas e em cada momento de dor, sacrifício e alegria nestes dois anos. Obrigado por ter me buscado e me levado no aeroporto e na rodoviário por várias vezes, por sempre estar me esperando com um sorriso no rosto e um beijo acolhedor, por ter entendido todas as minhas ausências, ter me suportado quando nem eu mesmo estava me suportando. Sem você isso não teria sido possível. Somos mestres juntos! Te amo hoje, amanhã e sempre.

## **DECLARAÇÃO DE INTEGRIDADE**

Declaro ter atuado com integridade na elaboração do presente trabalho académico e confirmo que não recorri à prática de plágio nem a qualquer forma de utilização indevida ou falsificação de informações ou resultados em nenhuma das etapas conducente à sua elaboração.

Mais declaro que conheço e que respeitei o Código de Conduta Ética da Universidade do Minho.

"Be a good person, but don't waste your time trying to prove it."

Paulo Coelho

“A Constituição certamente não é perfeita. Ela própria o confessa, ao admitir a reforma. Quanto a ela, discordar, sim. Divergir, sim. Descumprir, jamais. Afrontá-la, nunca. Traidor da Constituição é traidor da Pátria. Conhecemos o caminho maldito: rasgar a Constituição, trancar as portas do Parlamento, garrotear a liberdade, mandar os patriotas para a cadeia, o exílio, o cemitério”. (GUIMARÃES, Ulysses, 1988).

## RESUMO

O presente trabalho buscará efetuar uma investigação relativa ao mandado de injunção e ao reenvio prejudicial enquanto mecanismos que (podem atuar) como operativos de um controle de constitucionalidade e que poderão ter a virtualidade de possibilitar uma maior participação democrática no contexto jurisdicional brasileiro e da União Europeia. A pesquisa se insere na área de concentração do PPGD da UNISC, na linha de pesquisa do Constitucionalismo Contemporâneo, assim como das pesquisas realizadas na Uminho no mestrado em Direito da União Europeia, mais especificamente na linha de Investigação “Estudos em Direito da União Europeia”. Esta se estenderá até a análise da forma como ambos os mecanismos contribuem, ou podem contribuir, para o alargamento e defesa da democracia, na sua dimensão material, relacionada com a efetivação dos direitos fundamentais em cada contexto. Assim, o problema da pesquisa se concentrará nos seguintes questionamentos: 1) O mandado de injunção e o reenvio prejudicial funcionam eficientemente como mecanismos de fiscalização da constitucionalidade? Do mesmo modo, podem eles laborar materialmente como garantidores de direitos fundamentais proclamados em cada uma das ordens jurídicas chamadas à colação? 2) tais mecanismos servem como instrumentos tendentes ao aprofundamento do exercício democrático? A hipótese a ser trabalhada nesta pesquisa está assente na ideia de que, enquanto o reenvio prejudicial funciona como um mecanismo essencial para o exercício de algum controle de constitucionalidade a nível da União, nomeadamente em termos de fiscalização concreta, incidental e difusa, através do controle de validade que possibilita, contribuindo ainda para o estabelecimento de um judicial review sui generis, o mandado de injunção, em especial pela forma como foi tratado pelo legislativo e pelos posicionamentos adotados pelos tribunais, vai em sentido contrário, ou ao menos, não tem alcançado os mesmos êxitos que o reenvio prejudicial. No mesmo sentido, se buscará delinear os contornos que ambos os institutos possuem em seus ordenamentos jurídicos, de forma a demonstrar a capacidade que têm, ou poderiam ter, enquanto viabilizadores de uma participação democrática por meio da busca pela efetivação de direitos e garantias fundamentais trazidas pelos respetivos textos constitucionais que se encontram nas duas latitudes em apreço. Para responder aos questionamentos delineados na presente pesquisa, será utilizado o método hipotético-dedutivo, bem como utiliza-se o método de procedimento monográfico, pois disserta-se minuciosamente a respeito do tema eleito. Finalmente, emprega-se a técnica de pesquisa bibliográfica pela documentação indireta, pela qual se buscam elementos para a investigação do tema em livros especializados, em artigos científicos constantes de revistas jurídicas e no normativo pátrio e europeu. Os resultados apontam que o mandado de injunção não tem servido aos fins originalmente traçados, bem como pouco tem auxiliado os brasileiros na busca e efetivação de direitos fundamentais e no alargamento da participação democrática, já o reenvio prejudicial, mesmo com algumas amarras e dentro de algumas limitações, tem servido bem como mecanismo de controle abstrato de constitucionalidade, e possibilitado, ainda que indiretamente, que os cidadãos europeus participem do jogo democrático a nível da União.

**Palavras-chaves:** Constituição, Democracia, Direitos Fundamentais, Mandado de Injunção, Reenvio Prejudicial.



## **ABSTRACT**

The present work will seek to investigate the injunction and the reference for a preliminary ruling as mechanisms that (may act) as operatives of a constitutional control and which may have the potential to allow greater democratic participation in the Brazilian and European Union jurisdictional context. The research is related to the concentration area of the PPGD of UNISC, in the research line of Contemporary Constitutionalism of the program, as well as the research carried out at Uminho in the European Union Law Master, more specifically in the Research in Studies in European Union law. The research extends to an analysis of how the two factors contribute, or contribute, to the increase and defense of democracy, in its material dimension, with the realization of fundamental rights in each context. Thus, the research problem focuses on the following questions: 1) Do the injunction and the reference for a preliminary ruling function effectively as mechanisms for reviewing constitutionality? Likewise, they may laboring materially as guarantors of fundamental rights proclaimed in each of the jurisdictions called into play? 2) Do these mechanisms serve as instruments to deepen the democratic exercise? The hypothesis to be worked on in this research is based on the idea that, while preliminary ruling acts as an essential mechanism for the exercise of some constitutionality control at Union level, namely in terms of concrete, incidental and diffuse supervision through of validity that makes it possible, contributing to the establishment of a judicial review *sui generis*, the injunction, especially for the way it was treated by the legislature and the positions adopted by the Courts, goes in the opposite direction, or at least it achieved the same success as the preliminary reference. Similarly, it will seek to outline the contours that both institutions have in their legal systems, in order to demonstrate the ability they have, or could have, as enablers of democratic participation by seeking the enforcement of rights and guarantees brought by the respective constitutional texts that are in the two latitudes under consideration. To answer the questions outlined in this research, the hypothetical-deductive method will be used, as well as the method of monographic procedure, because it is thoroughly discussed about the chosen theme. Finally, we use the technique of bibliographical research through indirect documentation, which seeks elements for the investigation of the theme in specialized books, scientific articles in legal journals and in the national and European regulations. The results indicate that the injunction has not served the originally intended purposes, as well as has not helped the Brazilians in the search and implementation of fundamental rights and in the broadening of democratic participation, while the preliminary references, even with some strings attached and within. Some limitations have served well as a mechanism for abstract control of constitutionality and have enabled, albeit indirectly, European citizens to participate in the democratic game at Union level.

**Keywords:** Constitution; Democracy; Fundamental Rights; Writs of Injunction; Preliminary References

# SUMÁRIO

<b>AGRADECIMENTOS</b> .....	<b>III</b>
<b>RESUMO</b> .....	<b>VI</b>
<b>ABSTRACT</b> .....	<b>VII</b>
<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	<b>13</b>
<b>2. O MANDADO DE INJUNÇÃO E O REENVIO PREJUDICIAL: NUANCES E CONJETURAS</b> .....	<b>17</b>
2.1 O mandado de injunção e sua perspectiva na ordem jurídica brasileira: A síndrome do que era para ser e não foi .....	20
2.1.1 A natureza, os fins e os limites do mandado de injunção .....	25
2.2 O reenvio prejudicial e sua função perante a União Europeia: A cooperação e integração como fins primordiais .....	32
2.2.1 O reenvio prejudicial enquanto mecanismo <i>suis generis</i> de controle da conformidade com a Carta constitucional de base da União Europeia .....	38
2.3. A relação do mandado de injunção e do reenvio prejudicial com o controle de inconstitucionalidade e a supressão de omissões legislativas .....	42
<b>3. O MANDADO DE INJUNÇÃO E O REENVIO PREJUDICIAL COMO MECANISMOS DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS?</b> .....	<b>51</b>
3.1. O controle de constitucionalidade e sua perspectiva na União Europeia .....	56
3.2. A evolução e dinâmica do controle de constitucionalidade no Brasil .....	63
3.3. O papel do controle de constitucionalidade na consecução de direitos fundamentais .....	70
3.3.1 As principais ferramentas do controle de constitucionalidade no Brasil essenciais à garantia dos direitos fundamentais.....	72
3.3.2 A dinâmica do controle de constitucionalidade no cenário da União Europeia e a garantia dos direitos (fundamentais) da União .....	77
3.2.2.1 A ação por incumprimento enquanto potencial mecanismo de controle de constitucionalidade.....	82

<b>4. A DEMOCRACIA DO SÉCULO XXI E A NECESSIDADE DE NOVAS FERRAMENTAS POSSIBILITADORAS DE MAIOR PARTICIPAÇÃO POLÍTICO-CIDADÃ.....</b>	<b>89</b>
4.1 A relação dos direitos fundamentais com a democracia: interdependência? Completude? .....	99
4.2 O mandado de injunção e o reenvio prejudicial como produtos de um constitucionalismo dirigente? .....	108
4.3 O problema da maior intervenção do judiciário na proteção e fomento dos direitos fundamentais, da democracia e de políticas públicas .....	116
<b>5. CONCLUSÃO .....</b>	<b>126</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>131</b>

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

ART. – Artigo

ARTS. – Artigos

ADIN – Ação Direta de Inconstitucionalidade

CDFUE – Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia

CECA – Comunidade Europeia do Carvão e do Aço

CEE – Comunidade Econômica Europeia

Ed. – Edição

EURATOM – Comunidade Europeia da Energia Atômica

P. – Página

Pp. – Páginas

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

TFUE – Tratado de Funcionamento da União Europeia

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

## 1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa busca abordar o mandado de injunção e o reenvio prejudicial enquanto mecanismos de controle de constitucionalidade e viabilizadores de maior participação democrática, a partir de uma posição material, no contexto jurisdicional brasileiro e da União Europeia. A relevância do tema eleito reside no fato de que ambos os mecanismos desempenham funções singulares e imprescindíveis em seus respectivos ordenamentos jurídicos.

No que concerne ao mandado de injunção, serão trazidos à colação as nuances deste mecanismo e o seu papel na efetivação dos direitos fundamentais plasmados no texto constitucional de 1988, desde sua origem até os dias atuais. Já no tocante ao reenvio prejudicial, a presente pesquisa se aterá ao uso deste mecanismo por parte dos Tribunais dos Estados-Membros e a relação que este mantém com os direitos fundamentais plasmados na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), bem como com os princípios estabelecidos a nível da União. Ainda, a pesquisa se estenderá até a análise da forma como ambos os mecanismos contribuem, ou poderiam contribuir, para o alargamento e defesa da democracia, na sua dimensão material, relacionada com a efetivação dos direitos fundamentais em cada contexto.

Estes dois mecanismos, que numa primeira análise têm funcionalidades distintas e cumprem funções diferentes em seus ordenamentos jurídicos, acabam por se aproximar quando identificado que estes são os instrumentos, tanto no contexto brasileiro quanto no europeu, que possibilitam, ou deveriam possibilitar, ainda que indiretamente, aos cidadãos se dirigirem até ao judiciário de forma mais direta e facilitada, para obter, em um contexto federativo, o cumprimento e o respeito de determinados direitos fundamentais a eles reconhecidos no texto constitucional e que por algum motivo estão lhes sendo tolhidos ou limitados.

As justificativas são muitas; do ponto teórico, a temática justifica-se pela necessidade da identificação dos impedimentos que limitam a utilização destes mecanismos pela população brasileira e europeia, respectivamente, quando da busca por obter dos seus Estados a implantação e efetivação de direitos e garantias constitucionalmente asseguradas. Além disso, é relevante verificar em que medida estes mecanismos podem auxiliar o fomento e a participação democrática.

No que concerne ao Programa de Pós-graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) e do Mestrado em Direito da União Europeia da Universidade do Minho (UMINHO), aduz-se que o tema delimitado compõe: (a) a grande linha de

pesquisa dos professores orientadores; e (b) se alinha com o objeto de pesquisa dos dois orientadores (Direitos Fundamentais, Direitos Humanos / Fundamentais e Tutela Jurisdicional efetiva). Outrossim, ambos os segmentos estão inseridos na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo dos Programas *strictu sensu* da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC e da Linha de Investigação “Estudos em Direito da União Europeia” do Jus-Gov (Centro de Investigação em Justiça e Governança) da Universidade do Minho.

Assim, surgem os problemas de pesquisa 1) O mandado de injunção e o reenvio prejudicial funcionam eficientemente como mecanismos de fiscalização da constitucionalidade? Do mesmo modo, podem eles laborar materialmente como garantidores de direitos fundamentais proclamados em cada uma das ordens jurídicas chamadas à colação? 2) tais mecanismos servem como instrumentos tendentes ao aprofundamento do exercício democrático? A hipótese a ser trabalhada neste trabalho está assente na ideia de que, enquanto o reenvio prejudicial funciona como um mecanismo essencial para o exercício de algum controle de constitucionalidade a nível da União, contribuindo para o estabelecimento de um judicial *review sui generis*, o mandado de injunção, pela forma como foi tratado pelo legislativo e pelos posicionamentos adotados pelo STF, como já mencionado, vai em sentido contrário, ou ao menos, não tem alcançado os mesmos êxitos que o reenvio prejudicial.

O mandado de injunção vem delineado no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB, bem como pela lei 13.300/2016 e pelos entendimentos já emitidos pelo STF. Ele é o remédio constitucional (que seria) destinado a sanar a ausência, total ou parcial, de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos, liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

A lei 13.300 de 2016 veio disciplinar o processo e o julgamento do mandado de injunção na sua modalidade particular e coletiva. Tal lei já era esperada desde a promulgação da constituição, uma vez que ainda era nebulosa, apesar dos entendimentos consolidados apresentados pelo STF, o uso e os limites deste mecanismo.

Entretanto, apesar de possuir funções tão caras ao Estado Democrático de Direito, até bem pouco tempo o mandado de injunção ainda não havia sido regulamentado pela legislação infraconstitucional, sendo importante destacar que há quem defenda que tal mecanismo jamais atendeu as expectativas e pretensões surgidas quando de sua instituição (Barroso, 2016). Vale ressaltar que por muito tempo o mandado de injunção figurou no cenário jurídico brasileiro apenas como mero enfeito constitucional.

Já o instituto do reenvio prejudicial está previsto no artigo 267 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), tem como função primordial possibilitar o diálogo entre os órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros - países que compõe a União Europeia, e o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE).

Ele visa possibilitar, em todo o espaço da União Europeia, a interpretação e a aplicação uniformes do direito que dela dimana, uma vez que esta é a única forma de garantir a igualdade jurídica de todos os cidadãos europeus, bem como de tutelar os direitos que lhes são garantidos, podendo, ainda, ser utilizado para sanar dúvidas acerca de todos os domínios materiais abrangidos nas atribuições da União Europeia, estando de fora apenas questões referente a política externa, de segurança comum e das limitações em matéria de espaço de liberdade, segurança e justiça, nos termos dos artigos 275.º e 276.º do TFUE.

Ao enviar uma questão prejudicial para análise do TJUE o processo que dá origem a esta fica suspenso até que o tribunal se pronuncie por meio de um acórdão que acaba vinculando o tribunal que suscitou a questão e todos os outros tribunais que estão no território e sob a égide do direito da União. Tal vinculação se dá tanto em relação aos efeitos materiais quanto aos temporais, podendo, entretanto, estes tribunais colocarem novas questões prejudiciais acerca da mesma matéria, desde que estas não tenham sido esclarecidas.

Para além disso, o presente trabalho buscará delinear os contornos que ambos os institutos possuem em seus ordenamentos jurídicos, de forma a demonstrar a capacidade que estes têm, ou poderiam ter, enquanto possibilitadores de uma participação democrática por meio da busca pela efetivação de direitos e garantias fundamentais trazidas por suas constituições. No caso do reenvio prejudicial, se buscará demonstrar como ele tem servido aos cidadãos europeus como mais uma ferramenta/opção que lhes pode conferir a efetiva participação na dinâmica jusfundamental e, atento a este caminho a ser calcorreado, acaba por alavancar uma forma de participação democrática no âmbito da União Europeia. Já em relação ao mandado de injunção, se buscará apontar todas as amarras e limitações impostas que o impossibilitam de servir as mesmas funcionalidades que o reenvio prejudicial. Para responder aos questionamentos elegidos na presente pesquisa, será utilizado o método hipotético-dedutivo, bem como utiliza-se o método de procedimento monográfico, pois disserta-se minuciosamente a respeito do tema eleito.

Será empregado no presente trabalho a técnica de pesquisa bibliográfica pela documentação indireta, pela qual se buscam elementos para a investigação do tema em livros especializados, em artigos científicos constantes de revistas jurídicas e no normativo pátrio e

européu. Os resultados apontam que o mandado de injunção não tem servido aos fins originalmente traçados, bem como pouco tem auxiliado os brasileiros na busca e efetivação de direitos fundamentais e no alargamento da participação democrática, já o reenvio prejudicial, mesmo com algumas amarras e dentro de algumas limitações, tem servido bem enquanto mecanismo de controle abstrato de constitucionalidade, e possibilitado, ainda que indiretamente, que os cidadãos europeus participem do jogo democrático a nível da União.



## **2. O MANDADO DE INJUNÇÃO E O REENVIO PREJUDICIAL: NUANCES E CONJETURAS**

O mandado de injunção e o reenvio prejudicial possuem respectivamente para o ordenamento jurídico brasileiro e europeu, em que pese as amarras impostas, funções relevantes tanto na realidade jurídica brasileira quanto na europeia. Como mecanismos possibilitadores de certo controle de constitucionalidade, eles fazem, dentro do possível, a conexão entre o cidadão e o Estado quando da inércia deste em dar efetividade e/ou implementar as normativas da Constituição<sup>1</sup>.

O mandado de injunção vem delineado no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), bem como pela lei 13.300/2016 e pelos entendimentos já estabelecidos pelo STF. Ele é o remédio constitucional (que seria) destinado a sanar a ausência, total ou parcial, de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos, liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Enquanto uma ação que visa combater a inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção possui caráter civil e um procedimento especial que busca assegurar ao cidadão o saneamento de uma omissão do Poder Público, de forma a viabilizar o exercício de um direito, uma liberdade ou uma prerrogativa prevista na Constituição Federal (MORAES, p. 129. 2003), ou seja, sua função primordial é obrigar, quando da falha ou mesmo da incompetência do Estado, a implementação de políticas e diretrizes constitucionais essenciais para o exercício de determinados direitos e cuja inércia legislativa inviabiliza ou os torna prejudicados.

Entretanto, apesar de possuir funções tão caras ao Estado Democrático de Direito, até pouco tempo o mandado de injunção ainda não havia sido regulamentado pela legislação infraconstitucional, sendo importante destacar que há quem defenda, a exemplo dos professores Daniel Hachem e Lênio Streck, que tal mecanismo jamais atendeu as expectativas e pretensões surgidas quando de sua instituição (BARROSO, 2016). Vale ressaltar que por muito tempo o mandado de injunção figurou no cenário jurídico brasileiro apenas como mero enfeite constitucional.

Tal perspectiva se deu sobretudo por ação do próprio STF que, por muito tempo, entendeu os efeitos de sua decisão como causadores de simples mora da autoridade legislativa, uma vez

---

<sup>1</sup> No âmbito da União Europeia entende-se como sua Constituição o conjunto de tratados que a formam. Será este o entendimento utilizado pelo autor no decorrer do presente trabalho toda vez que fizer referência a Constituição da União Europeia.

que o judiciário não poderia dar efetivação do direito inviabilizado, ainda que estando o jurisdicionado tolhido dos benefícios que foram pensados para este mecanismo. Durante este período o descumprimento da decisão pela autoridade competente autorizava unicamente o particular a buscar reparação financeira pelos eventuais prejuízos sofridos, mantendo assim esvaziado de efetividade o direito consagrado ante a ausência de norma reguladora.

Essa situação só foi ser modificada quando do julgamento dos mandados de injunção 670, 708 e 712<sup>2</sup> que veio trazer uma nova perspectiva em sede de entendimento jurisprudencial (STRECK, 2013). A partir do julgamento destes mandados de injunção o STF passou a adotar um posicionamento que trouxesse mais concretização as demandas buscadas por meio deste mecanismo. Assim, ao efetivar um direito por meio da aplicação analógica de uma outra lei<sup>3</sup> a Suprema Corte acabou possibilitando a tutela de um direito até então obstado pela falta de norma reguladora.

Neste mesmo sentido a Lei 13.300 de 2016 veio disciplinar o processo e o julgamento do mandado de injunção na sua modalidade particular e coletiva. Tal lei já era esperada desde a promulgação da Constituição, uma vez que ainda era nebulosa, apesar dos entendimentos consolidados apresentados pelo STF, o uso e os limites deste mecanismo.

Por sua vez, o reenvio prejudicial, que está plasmado no artigo 267 do TFUE serve, segundo o próprio entendimento do TJUE, como "mecanismo fundamental do direito da União que visa permitir aos órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros assegurar uma interpretação e aplicação uniformes desse direito na União Europeia" (Recomendações TJUE, 2008, pag. 1). E no mesmo sentido Abreu (2017) destaca que este mecanismo pode ser percebido como uma espécie de exercício de um controle constitucional concreto e difuso, sendo operado em litígios a serem decididos pelos Tribunais Nacionais dos Estados-Membros.

Trata-se de um mecanismo que se revela inovador, uma vez que mesmo, não pressupondo qualquer relação hierárquica entre os Tribunais Nacionais dos Estados-Membros e o Tribunal de Justiça, ainda assim serve como canal comunicativo para o aprimoramento, planificação e implantação do direito da União.

O reenvio prejudicial é um instrumento integrador a serviço de uma efetiva proteção judicial em um contexto onde radicam diferentes realidades jurídicas. A doutrina tem destacado a

---

<sup>2</sup> Mandado de Injunção 670, relator Ministro Maurício Corrêa; Mandado de Injunção 708, relator Ministro Gilmar Mendes; e Mandado de Injunção 712, relator Ministro Eros Grau. Todos os feitos foram julgados pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 25/10/2007.

<sup>3</sup> No julgamento em questão o Supremo Tribunal Federal acabou efetivando o direito de greve dos servidores públicos graças à aplicação analógica da Lei Geral de Greve (Lei 7.783/1989).

dimensão subjetiva do reenvio prejudicial, aquela que é importante para a defesa dos direitos dos indivíduos (SILVEIRA, 2011).

Do mesmo modo, se identifica que o reenvio prejudicial caracteriza-se como um “diálogo formal” entre os tribunais dos Estados-Membros e o TJUE, existindo um conjunto de regras próprias, resultantes do artigo 267º do TFUE e dos próprios julgados do Tribunal, que o descodifica de forma a transformá-lo em “um instrumento de cooperação direta entre o Tribunal de Justiça e os órgãos jurisdicionais nacionais” (ABREU, 2017, p. 181).

Além disso, este mecanismo visa possibilitar em todo o espaço da União a interpretação e a aplicação uniforme do direito europeu, uma vez que só assim poderá ser dada a garantia de igualdade jurídica a todos os cidadãos europeus, bem como de efetivamente tutelar os direitos que lhes são garantidos. O reenvio prejudicial ainda pode ser utilizado para sanar dúvidas acerca de todos os domínios materiais abrangidos nas atribuições da União Europeia.

Ao enviar uma questão prejudicial para análise do TJUE o processo que dá origem a esta fica suspenso<sup>4</sup> até que o tribunal se pronuncie por meio de um acórdão que acaba vinculando o Tribunal que suscitou a questão e todos os outros tribunais que estão no território e sob a égide do direito da União. Tal vinculação se dá tanto em relação aos efeitos materiais quanto aos temporais, podendo, entretanto, estes tribunais colocarem novas questões prejudiciais acerca da mesma matéria, desde que estas não tenham sido esclarecidas.

Importa destacar que por ter entre suas funções a tarefa de decodificar o direito que constitui e forma a União, não é difícil constatar que o TJUE tem papel central no fomento da interdependência e integração europeia, tal centralidade se dá em especial por este caráter vinculativo e soberano que seus acórdãos possuem.

É por meio deste mecanismo que os Estados-membros, e indiretamente os cidadãos europeus<sup>5</sup>, podem dar maior efetividade ao Princípio da União de Direito, princípio este que está na base de sustentação de toda a União Europeia, ao mesmo tempo que não provocam a supressão da soberania que aqueles Estados possuem. Isso se dá uma vez que esta soberania foi parcialmente delegada para o atingimento de um bem maior - a integração europeia, situação esta

---

<sup>4</sup>Conforme dados divulgados pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, uma questão suscitada por meio de reenvio prejudicial leva em média 15,7 meses para ter seu mérito apreciado e ter a ela um parecer emitido com as respostas para os questionamentos feitos pelo juízo de origem, este tempo cai para 3,1 meses quando se trata de questões prejudiciais com tramitação urgente. Esse prazo é inferior ao tempo médio que algumas Cortes Constitucionais, ao exemplo da brasileira, levam para se pronunciar quando da análise de uma ação de inconstitucionalidade. Fonte: Tribunal de Justiça da União Europeia: [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_7000/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7000/) - Acesso em 09.01.2020

<sup>5</sup> O uso do reenvio prejudicial pelos cidadãos europeus se dá de forma indireta uma vez que estes não estão legitimados a fazerem o emprego deste mecanismo, prerrogativa esta outorgada apenas aos órgãos judiciais. Entretanto, conforme dispõe o artigo 43 do Tratado de Funcionamento da União Europeia, em havendo dúvida quanto à aplicação do direito da União, não poderá o juiz se furtar a submissão da questão para apreciação do Tribunal de Justiça.

muito semelhante ao que acontece com o indivíduo frente ao Estado. Ainda, considerando que já houve a transformação, nas palavras da própria professora Alessandra Silveira, das ordens jurídicas nacionais em ordens jurídicas parciais, não há em que se falar em conflito de interesses entre o Estado-membro e a União neste contexto (SILVEIRA, 2011).

Caso haja violação por parte dos Estados-membros quanto as obrigações que lhes incumbem por força do direito da União, expressadas no acórdão fruto do reenvio prejudicial, ou ainda, quando do não envio de uma questão que deveria ser tratada em sede de reenvio pelo TJUE, o Estado pode ter contra ele movido uma ação por incumprimento, nos termos dos artigos 258º a 260.º do TFUE. Tal ação poderá ensejar a aplicação de uma sanção pecuniária e compulsória ao Estado-membro, podendo ainda a violação gerar responsabilidade do Estado-juiz por incumprimento do Direito da União, direito este que está consagrado a luz do Princípio da Responsabilidade dos Estados-membros.

Como bem observa Abreu (2011), ao ser declarado o incumprimento o Estado infrator é obrigado a adotar as medidas concretas para executar esta decisão, podendo estas darem ensejo a aprovação, revisão ou mesmo revogação de eventual legislação nacional que entrave o cumprimento das normas de direito da União Europeia.

Desta forma, a ação por incumprimento, juntamente com o reenvio prejudicial, acaba funcionando como o mecanismo jurisdicional utilizado para salvaguardar o respeito pela ordem jurídica da União Europeia por parte dos Estados-membros. Estas questões, entretanto, serão melhor detalhadas no capítulo segundo do presente trabalho.

Percebe-se assim que o reenvio prejudicial desempenha funções-chave e primordiais no âmbito da ordem jurídica europeia, sua abrangência e as consequências que enseja não só aos Estados-membros parte na discussão e aos eventuais particulares nelas envolvidos, bem como a toda União com obrigações irrenunciáveis, demonstra a força, importância e necessidade de sua existência.

## **2.1 O mandado de injunção e sua perspectiva na ordem jurídica brasileira: A síndrome do que era para ser e não foi**

Em que pese seu fim universalista, dentro das fronteiras de seu Estado é claro, as Constituições nascem, em maior ou menor medida, com a necessidade de regulamentação de algumas de suas disposições de modo a torná-las efetivas e dar concretude as mesmas. Essa necessidade de regulamentação se dará, conforme apontam Sarlet e Streck (2013), quanto

maiores e mais abrangentes forem os fins estabelecidos por estaca Carta Maior, e ocorrerá por meio de normas infralegais que esmiuçarão e adaptarão, através de um processo legislativo que garanta participação popular, os desejos do constituinte de forma a atender as necessidades do povo que forma aquele Estado.

No caso brasileiro, o processo Constituinte que se deu de 1986 a 1988 produziu uma Constituição altamente compromissada, analítica e programática, o que indiretamente acaba por acarretar uma alta necessidade de regulamentação. Desta forma, a nova carta política brasileira acabou por colocar sobre os ombros do congresso nacional a função e a obrigação de regulamentar e dar efetividade a todas aquelas disposições que tivessem sua aplicabilidade limitada, ou mesmo, que só puderem produzir seus efeitos a partir da ação do poder legislativo.

Entretanto, preocupados com eventual inércia ou mesmo indisposição do poder legislativo, o que na prática ocorre corriqueiramente, os constituintes começaram a debater, ainda durante o anteprojeto elaborado pela Comissão Afonso Arinos<sup>6</sup>, formas de possibilitar aos cidadãos a cobrança pela falta de legislações que assegurassem a plena eficácia de normas constitucionais e o exercício dos direitos nelas inseridos. Foi a partir disso que surgiu a ideia de criação do instrumento do mandado de injunção, apresentada em 22 de abril de 1987 pelo constituinte Gastone Righi na terceira reunião da Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias.

O projeto apresentado por Righi tinha como objetivo principal criar um instituto que o cidadão pudesse fazer uso para reivindicar a criação de um direito social previsto pela nova Constituição quando da sua inexistência pela falta regulamentação. Na mesma esteira o constituinte Lysâneas Maciel propôs outros dois mecanismos que pudessem garantir igual resultado, o primeiro, muito semelhante ao proposto por Righi, foi inserido no art. 3º do seu anteprojeto e recebia o nome de mandado de garantia social por inexistência ou omissão de normas, atos jurisdicionais ou administrativos. O segundo, inserido no art. 40, dispunha que na falta de regulamentação para tornar eficaz a norma constitucional o Ministério Público (MP) ou qualquer outro interessado poderia propor ao poder judiciário

Já o constituinte Darci Pozza propôs que fosse inserido no novo texto constitucional um dispositivo que permitisse que as normativas constitucionais, quando da falta de sua

---

<sup>6</sup> A comissão Afonso Arinos foi a responsável por elaborar o anteprojeto do que seria a atual Constituição Brasileira. Recebeu este nome, embora tivesse o nome de Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, pois seu presidente foi o jurista, ex-deputado federal e ex-senador, Afonso Arinos de Melo Franco. Era composto, juntamente com Arinos, por 49 integrantes. Fonte: Senado Federal - <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2008/10/01/comissao-afonso-arinos-elaborou-anteprojeto-de-constituicao>. Acesso em: 23.06.2019

regulamentação por lei complementar ou ordinária, se tornassem autoaplicáveis, esse novo dispositivo recebeu o nome de mandado de injunção. Pozza teve inspiração na sugestão constituinte n. 367-1 de autoria de Ruy Bacelar e que tinha esta disposição: “Os direitos conferidos por esta Constituição e que dependem de lei ou de providência do Estado serão assegurados por mandado de injunção, no caso de omissão do poder público”.

Percebe-se assim, ressalvadas as devidas alterações sofridas pelos textos originários, que desde o início a figura do mandado de injunção, ainda que não compreendido com este nome, norteava e fazia parte das intenções dos constituintes brasileiros. Cumpre observar que não houve qualquer dispositivo nas Constituições brasileiras anteriores que se assemelhassem ao mandado de injunção, ou que tivessem funções parecidas, nem mesmo, nos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Talvez esta falta tenha sido, juntamente com as influências do direito anglo-americano, o motivo inspirador dos constituintes de 1986-1988.

E embora o nome “mandado de injunção” possa ser encontrado em outros textos constitucionais em outras versões como *order of injunction*, *writ of injunction*, *mandatory injunction* e etc., não há registro de um instrumento que seja realmente semelhante a este em nenhum dos modernos Estados de Direito. E mesmo o reenvio prejudicial, ainda que a União Europeia não seja considerada um Estado, não tem em seu gene e origem grandes similitudes com este instituto. O que talvez possa demonstrar como a ordem constitucional brasileira possui particularidades *sui generis* e que traz à baila necessita de remédios únicos e próprios.

Apesar disso, como bem observam Sarlet e Streck (2013), ainda é possível verificar certas semelhanças nas causas que deram origem ao mandado de injunção no Brasil e as que deram origem, muito tempo antes, ao aparecimento do *writ of injunction* na Inglaterra e nos Estados Unidos. Apesar, é claro, de que tanto no direito inglês quanto no estadunidense estes mecanismos sejam utilizados principalmente na esfera privada e não na pública, como ocorre no Brasil.

Enquanto na Inglaterra o *writ of injunction* esteve sempre vinculado a garantia de equidade entre particulares a qual possibilitava a outorga de um direito por meio da concessão da atuação discricionária, quando da ausência de regulamentação protetiva que um cidadão fazia jus, de um juízo. Nos Estados Unidos é possível utilizá-lo para impedir violações de liberdade de associações e de palavra, de liberdade religiosa e contra a denegação de igual oportunidade de educação por razões puramente raciais<sup>7</sup>. De toda forma, em ambas as jurisdições a *injunction* só será utilizada

---

<sup>7</sup> A figura do *writ of injunction* só passou a figurar na Constituição Americana a partir da XIV<sup>a</sup> Emenda que veio, ainda no ano de 1868, outorgar mais direitos e garantias individuais aos cidadãos estadunidenses. Não há, entretanto, na Constituição Americana a redação específica do *writ of injunction* assim como acontece na Constituição Brasileira, o que acontece é que este instrumento pé o meio pelo qual se dá efetividade aos direitos e garantia nela contidos.

quando não houver em lei, ou no próprio texto constitucional, outra ferramenta que possa ser utilizada para o atingimento do fim pretendido, o que lhe confere um caráter suplementar, estando longe assim do que se pretende(u) do mandado de injunção no cenário brasileiro.

Estas diferenças entre os institutos – inglês e estadunidense de um lado e brasileiro de outro, se dá notadamente pela origem dos sistemas jurídicos em que estes exercem sua operacionalidade. Enquanto o sistema jurídico inglês e estadunidense tem suas origens na *common law* anglo-saxã, o direito brasileiro tem suas raízes fincadas no sistema da *civil law* romano-germânica, tendo apenas muito recentemente sofrido maior influência do primeiro sistema.

E essa diferenciação de origem é fundamental para se compreender a forma de uso e aplicação destes instrumentos, uma vez que enquanto na *common law* as regras só surgem após um fato ocorrido e tem como fonte primordial o *case law*, o que acaba por conferir menor protagonismo para o legislador no que tange a criação ou regulamentação de determinado dispositivo legislativo que possibilite o exercício de um direito presente no texto constitucional, na medida em que este, via de regra, pode ser exercido autonomamente. O mesmo acontece em menor medida nos países que adotam a *civil law*, isso porque nestas realidades jurídicas as normas são previamente criadas e buscam regular e se preocupar com todas as situações possíveis, o que acaba exigindo maior ação por parte do ente legiferante na regulamentação e fiança do exercício dos direitos e garantias constitucionais, ainda que alguns destas tenha aplicação imediata e eficácia plena como bem observa o Silva (1998).

Já em relação ao cenário dos Estados-membros que compõe União Europeia, a França e a Alemanha, que assim como o Brasil tem seus sistemas jurídicos assentados em maior ou menor medida na *civil law*, talvez tenham os instrumentos que mais se assemelham a ordem de injunção brasileira naquele contexto jurídico. Aqui cumpre observar que não foi feito um estudo comparado aprofundado de todas as 26 ordens jurídicas que compõe a União Europeia, trabalho este que seria altamente demorado e que seria pouco produtivo aos fins que a presente pesquisa se destina, assim foi observado tão somente nos principais sistemas jurídicos europeus e os que mais exercem influência no Brasil, ou seja, o sistema Francês, Alemão e Português, aqueles instrumentos que mais se assemelham ao mandado de injunção brasileiro.

Na França o recurso do *injonction* é um mandado emitido por uma autoridade nacional jurisdicional contra as partes em uma demanda, ou mesmo, contra auxiliares ou servidores da justiça, sendo vedada sua emissão contra membros do Ministério Público, quando da dificuldade

de se vê solucionada determinado litígio por mora ou deficiência daqueles agentes. Assim, este instrumento tem a função de combater unicamente a morosidade dos agentes do judiciário.

Quando de seu descumprimento o Código Civil francês traz sanções que poderão ser aplicadas aos que o obstarem, não conferindo, entretanto, ao Estado qualquer poder de ação para a concretude do direito em questão além daqueles já estabelecidos em lei. Se verifica que este instrumento não tem a mesma profundidade do mandado de injunção brasileiro e está muito mais vinculado a esfera privada dos particulares, o que acaba por evidenciar ainda mais o mandado de injunção como um instrumento tipicamente brasileiro e sem um equivalente que se assemelhe.

Já no direito germânico, o *Verfassungsbeschwerde* previsto no artigo 93 da Constituição alemã é o instrumento que possibilita a qualquer cidadão alemão reivindicar junto ao Tribunal Constitucional a proteção de seus direitos fundamentais quando estes estiverem prejudicados por uma ação ou omissão do Poder Público, cabendo neste caso ao judiciário tutelar o direito em questão. Apesar disso, são diversas as diferenças entre *Verfassungsbeschwerde* e o mandado de injunção, enquanto o primeiro pode ser utilizado para questionar toda e qualquer violação, seja ela por omissão ou por ação, o mandado de injunção é utilizado apenas para o primeiro caso. Do mesmo modo, enquanto o instituto brasileiro é utilizado para atacar principalmente uma omissão do Poder Legislativo, na Alemanha é vedado o uso do *Verfassungsbeschwerde* quando a regulamentação do direito tiver de ser obrigatoriamente suprida por ação daquele poder (MENDES, 2008).

Apesar de todo este contexto e independentemente das semelhanças ou possíveis influências recebidas do direito estrangeiro, não há dúvidas de que o mandado de injunção possui características que o distingue de todos estes instrumentos. Isso não quer dizer, entretanto, que se possa desconsiderar por completo todas as evoluções, características, conceitos e fins que perpassam todos estes outros instrumentos, sendo necessária a pesquisa daqueles institutos, uma vez que se verifica útil para o alcance da finalidade social que o mandado de injunção pretend(i)a alcançar (SOUZA, 2004).

Talvez por toda esta singularidade e organização pensada especificamente para a realidade brasileira, a doutrina e os juízes brasileiros tenham passado anos discutindo acerca da profundidade, formas de aplicação e limites deste instrumento, e isso se deu sobretudo pela falta de uma lei que o regulamentasse. Ou seja, um instrumento que foi criado para evitar e suprir a inércia legislativa, ficou anos a fio sem sua real efetividade por conta justamente de uma omissão do congresso nacional, que só foi superada quando da edição da Lei 13.300 de 2016.



Neste interim coube a jurisprudência a tarefa de posicionar e estabelecer marcos acerca da aplicação do mandado de injunção, sendo que alguns destes vigem até os dias atuais. Uma das primeiras decisões a estabelecer as nuances da injunção foi o Acórdão 1990.046.00006 prolatado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e que veio estabelecer a admissão de mandado de injunção em caso de omissão do legislativo em regulamentar a sua constituição, e acabou concedendo no caso concreto o direito à licença sindical (STRECK; SARLET, 2013).

Já no mandado de injunção nº81/DF o STF estabeleceu que é pressuposto essencial para a admissão deste, além da ausência da norma, o nexo causal entre a situação e a impossibilidade de exercício de direitos constitucionais. Já na decisão de mesmo recurso – mandado de injunção nº 369/DF, o STF reconheceu a mora do congresso nacional em regulamentar o art. 7º, inciso XXI da CRFB, que dispõe sobre o aviso prévio por tempo de serviço. A decisão, entretanto, não teve qualquer caráter coercitivo em face do Congresso Nacional e se limitou a fazer o reconhecimento da já reconhecida mora do legislativo.

Já em uma virada de posicionamento o STF, no julgamento do mandado de segurança nº 721/DF, reconheceu que tal instrumento é ação de natureza mandamental – como se o nome já não revelasse isso, se tratando assim de processo subjetivo, o que acarreta que sua “decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nela revelada” (MI 721/DF). Assim, no contexto da demanda, em razão da falta de regulamentação do artigo 40, parágrafo 4º, da CRFB que estabelece a aposentadoria em condições especiais para servidores públicos, foi entendido como alternativa a mora do legislativo, a aplicação do artigo 57, parágrafo 1º da Lei 8.213/91.

Do mesmo modo, no mandado de injunção nº 670/ES a Suprema Corte reconheceu que para suprir a omissão causada pela não regulamentação do direito de greve dos servidores públicos, poderia ser adotada a legislação que rege tal direito na esfera da iniciativa privada. Percebe-se assim que foi graças a um papel mais ativista por parte do STF que o mandado de injunção pode, ainda que de modo muito tímido, começar a atingir os objetivos traçados em sua origem.

### **2.1.1 A natureza, os fins e os limites do mandado de injunção**

A redação final do texto do inciso LXXI do artigo 5º da CRFB, que trata do mandado de injunção, foi simples e direta ao estabelecer que caberia o uso desse instrumento “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” (BRASIL, 1988).

Desta forma, o mandado de injunção, assim como a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) por Omissão, teve sua origem, como já destaco acima, na preocupação dos constituintes com o risco de suas normas recém-criadas acabarem na prática carentes de efetividade (HACHEM, 2008). Por meio do seu uso seria então possível o suprimento de omissões inconstitucionais e a concretização de direitos que necessitam de regulamentação. Do mesmo modo, como observa MENDES (2008), a importância do mandado de injunção quando da necessidade de defesa dos direitos individuais ficou latente se observado que o constituinte ao introduzir no artigo 103 da Constituição um sistema de controle abstrato da inconstitucionalidade por omissão não possibilitou aos titulares o exercício deste controle autonomamente, reforçando assim ainda mais a importância deste instrumento para o cidadão comum deste recurso.

Essas características por detrás do mandado de injunção servem para comprovar que este instrumento, em que pese algumas semelhanças, não pode nem de longe ser comparado como o inverso da ADIN por omissão, não se resumindo a um recurso que de forma concreta exerce inversamente os efeitos de um recurso de natureza abstrato - a ADIN por omissão, e que completaria o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade por omissão. Como bem observar HACHEM (2012), este último mecanismo serve para possibilitar a fiscalização direta e abstrata da inconstitucionalidade por omissão, ao tempo que o mandado de injunção possui natureza de remédio constitucional, estando ainda a disposição dos particulares possuidores que se encontram impedidos do gozo e do exercício, por falta de norma reguladora, de determinados direitos constitucionais (HACHEM, 2012). Cumpre destacar que a *garantia da Constituição* que exerce a ADIN por omissão é diferente da *garantia constitucional* que o mandado de injunção busca representar<sup>8</sup>.

Neste sentido BARROSO (1993) esclarece que a melhor interpretação quanto ao disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição, inciso que estabelece o mandado de injunção, e o seu real alcance levará a conclusão que este é um instrumento de tutela efetiva de direitos, “direitos estes que por não terem sido suficiente ou adequadamente regulamentados, careçam de um tratamento excepcional, qual seja: que o Judiciário supra a falta de regulamentação, criando a norma para o caso concreto, com efeitos às partes do processo”. (BARROSO, 1993, p.4).

---

<sup>8</sup> Essa diferenciação é feita de forma bem esclarecedora por J.J. Gomes Canotilho, defende o autor português que a “A defesa da constituição pressupõe a existência de **garantias da constituição**, isto é, meio e institutos destinados a assegurar a observância, aplicação, estabilidade e conservação da lei fundamental. (...) As garantias da constituição não devem se confundir com as *garantias constitucionais*. Estas, como já foi assinalado (...), têm um alcance substancialmente subjectivo, pois reconduzem-se ao direito de os cidadãos exigirem dos poderes públicos a protecção dos seus direitos e o reconhecimento e consagração dos meios processuais adequados a essas finalidades (grifos no original) CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 887-888.

O mandado de injunção pode ainda ser classificado como mecanismo processual de tutela de direitos e garantias fundamentais perante Poder Público, uma vez que pode ser utilizado para suprir omissões em todas as esferas do Estado e não apenas perante o legislativo, desde que claro, haja uma omissão do ente estatal que impeça a fruição de um direito ou garantia constitucional. Sua natureza é, portanto, de garantia constitucional na medida em que o efeito jurídico que se pretende atingir quando de sua propositura é o acesso a direitos constitucionais (HACHEM, 2012).

Assim e tomando por base os ensinamentos trazidos por Bonavides (2004), a garantia constitucional se apresenta como a mais alta das garantias que podem existir em um ordenamento jurídico, estando inclusive inserida acima das garantias legais ordinárias. Tal importância e supremacia se encontra sua justificativa na superioridade hierárquica que obviamente as normas da Constituição tem perante as demais, obrigado assim tanto o legislador, como os titulares de qualquer dos poderes, o acatamento dos direitos que a norma suprema protege, ou seja, os recursos que buscarem resguardar estes direitos, casos do mandado de injunção, tem por sua natureza maior preponderância frente aos demais.

Todavia, para a aplicação deste instrumento é necessário que alguns pressupostos estejam presentes, pressupostos estes que apesar de não estarem todos eles estipulados na Lei 13.300/2016, devem ser observados segundo posicionamento jurisprudencial do STF, são eles: a) falta, ainda que parcial, de uma norma regulamentadora de uma previsão constitucional que configure omissão do Poder Público competente; b) que a omissão impeça o exercício de direitos e garantias constitucionais, havendo ainda nexo de causalidade entre a omissão normativa do Poder Público e a inviabilidade do exercício daqueles direitos; c) será cabível apenas quando as normas constitucionais possuírem eficácia limitada *stricto sensu* exigindo como condição de possibilidade formal provimentos normativos por parte do Poder Público que assegurem seus principais efeitos; e d) deve ser um direito e garantia constitucional que esteja presente dentro do rol de prerrogativas estabelecidas pelo inciso LXXI do artigo 5º da CF (STRECK, SARLET, 2013).

Já em relação a legitimidade para a sua proposição, o artigo 2º da Lei 13.300/2016, bem como a jurisprudência consolidada no STF, estabelecem que podem impetrar mandado de injunção individual qualquer cidadão que seja titular de direito constitucional cujo exercício esteja, no todo ou em parte, sendo impossibilitado pela falta de norma regulamentadora.

Já na modalidade coletiva do mandado de injunção, surgida a partir dos entendimentos da Corte Superior e que foi regulamentado pela lei por meio do artigo 12º, são legítimos para a

propositura o Ministério Público no casos em que “a tutela requerida for especialmente relevante para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático ou dos interesses sociais ou individuais indisponíveis” (BRASIL, 2016), os partidos políticos com representação no congresso nacional quando for necessário assegurar “o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas de seus integrantes ou relacionados com a finalidade partidária” (BRASIL, 2016), as organizações sindicais, entidades de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, quando da necessidade de assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas de seus integrantes/associados e a defensoria pública quando necessária a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados.

É sujeito passivo do recurso o ente estatal responsável pela edição da norma, não sendo essa titularidade transferida a qualquer ente ou pessoa privada uma vez que somente ao Poder Público pode ser imputado o dever jurídico de editar provimentos normativos que servem para dar efetividade à norma Constitucional (STRECK; SARLET, 2013).

No que se refere a competência para processar e julgar o mandado de injunção, a CFRB deixa o STF encarregado desta função nos casos previstos no artigo 102, inciso I, alínea “q”<sup>9</sup>, ao tempo que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) será o responsável por processar e julgar este recurso nos casos previstos no artigo 105, inciso I, alínea “h”<sup>10</sup>. No âmbito estadual, uma vez que já está pacificado o seu uso na nesta esfera, serão as Constituições estaduais que estabelecerão o órgão competente para analisar e julgar o mandado de injunção quando a omissão do Poder Público estadual impedir a fruição de normas constitucionais estaduais.

Por todo esse arcabouço entendeu-se que o recurso de injunção tem como função primordial a tutela de uma posição jurídica subjetiva que está delineada na Constituição, atuando assim como “meio de invocar a atividade jurisdicional para buscar a aplicação concreta da norma constitucional atribuidora de direitos à falta de regulamentação que lhe dê eficácia e aplicabilidade genérica” (SILVA, 1989, p. 59-60).

Cumpra observar que por conta da expectativa criada em torno deste novo instituto, logo nos primeiros anos de vigência da atual Constituição o STF recebeu uma enxurrada de proposições, o que acabou por obrigar a corte a se pronunciar cedo não só sobre a questão relativa

---

<sup>9</sup> Observa o citado dispositivo: Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: [...] q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;

<sup>10</sup> Observa o citado dispositivo: Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I - processar e julgar, originariamente: [...] h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal;

a sua imediata aplicação, mas também, no que se referia a real natureza deste instituto no ordenamento brasileiro. Conforme destaca Mendes (2008) logo no primeiro ano de vigência da Constituição o STF teve a oportunidade de apreciar questões suscitadas pelo mandado de injunção e pelo controle de constitucionalidade por omissão. Mesmo com este início arrebatador, os primeiros anos de existência do recurso de injunção foram marcados por grande instabilidade e falta de uma sólida jurisprudência.

Apesar disso e de desempenhar, como se percebe até aqui, uma função de grande relevância dentro Estado Brasileiro, a adoção do mandado de injunção e do processo de controle abstrato da omissão ensejou inicialmente intensas controvérsias no STF e na doutrina. Havia quem sustentava que pelas influências e inspirações que deram origem ao surgimento, o instrumento de injunção só poderia ser aplicado após a regulamentação processual de sua aplicação, o que já se viu só veio ocorrer no ano de 2016. Já outros, como o caso de José Afonso da Silva, defendiam que por ser o mandado um instrumento dirigido para atacar uma omissão que impedia o exercício de direitos assegurados na Constituição, caberia ao juiz da causa proferir por meio da decisão uma regra que concretamente possibilitasse o exercício do direito subjetivo em questão<sup>11</sup> Mendes (2008).

Foi só por ocasião do julgamento do mandado de injunção nº 107-DF, cujo relator foi o ministro Moreira Alves, que o pleno do Supremo Tribunal em uma decisão altamente ativista fixou entendimento de que um instrumento criado especialmente para combater as omissões ocasionadas pela inércia do legislador não poderia ter seus efeitos tolhidos justamente por falta de uma norma que o regresse. Assim, ficou estabelecido que seria adotado por analogia o mesmo procedimento do mandado de segurança naquilo que fosse possível e subsidiariamente as regras de aplicação do Código de Processo Civil Brasileiro. No mesmo julgado ficou estabelecido que o mandado de injunção teria prioridade de tramitação em relação aos demais recursos, ressalvados os casos de *habeas corpus* e *habeas data*.

Outra importante decisão do STF, que significou uma grande viragem de perspectiva, deu-se quando da análise dos mandados de injunção que tratavam do direito de greve dos servidores públicos. No primeiro julgamento, mandado de injunção nº 20 de relatoria do ministro Celso de Mello, o STF reconheceu que o direito de greve dos servidores públicos ficava impedido de ser exercido por falta de regulamentação, uma vez que a norma constitucional que concede este

---

<sup>11</sup> Segundo tese defendida por Calmo de Passo, o Constituinte teria dotado o Tribunal, excepcionalmente de poder "para editar normas abstratas, de modo que essa atividade judicial apresentaria fortes semelhanças com a atividade legislativa". J.J Calmon de Passos, Mandado de Segurança Coletivo, mandado de injunção, *habeas data*, Constituição e processo, cit. P.123.

direito é limitada e carente de aplicabilidade autônoma, entretanto, este julgado se ateve a firmar o entendimento quanto ao reconhecimento apenas a mora do legislativo. Já na segunda decisão, mandado de injunção nº 670 de relatoria do ministro Maurício Corrêa, o STF foi além do simples reconhecimento da mora do ente legiferante, durante a análise deste caso a maioria conheceu do mandado, apontando a necessidade de uma solução sob uma perspectiva constitucional para a omissão legislativa, propondo então a aplicação, no que coubesse, da Lei de greve da iniciativa privada - Lei n. 7.783/89<sup>12</sup>.

Tais julgados evidenciam que durante o decorrer dos anos diversos foram os posicionamentos a respeito do objeto e dos efeitos do mandado de injunção estabelecidos pelo STF, especialmente quanto ao papel do judiciário ante este instituto, e isso deu-se não só pelas mudanças ocorridas na composição da corte, mas também pela evolução de entendimentos ocorrida na doutrina pátria (STRECK; SARLET, 2013).

Para fins de estudos, pode-se agrupar em três grandes correntes doutrinárias aquelas que buscaram definir o papel do judiciário no decorrer dos anos no tocante ao julgamento dos mandados de injunção. A primeira delas, que se estabeleceu logo nos primeiros anos de vigência da carta magna, entendia que o STF, ao declarar a inconstitucionalidade por omissão estatal, deveria unicamente dar ciência ao órgão para elaboração da norma pendente de criação, não havendo mais qualquer ação a ser tomada além do reconhecimento da mora.

Já a segunda corrente lecionava que o órgão judiciário teria competência para elaborar a norma regulamentadora sem a qual não poderia haver exercício do direito reclamado. Os efeitos da norma então criada seria *erga omnes* de modo que pudesse suprir, enquanto perdurasse a omissão estatal, as necessidades de todos os particulares prejudicados. Percebe-se aqui desde já o grande viés ativista que a corte tomaria para si a partir deste entendimento, havendo, como não poderia deixar de ser, um grande conflito em relação ao poder legislativo e a usurpação dos poderes deste, e embora privilegiasse imensamente a efetividade do instituto e a proteção que ele buscou conferir, houve na doutrina quem veementemente a rechaçasse, uma vez que viam-na como um verdadeira afronta ao princípio da separação dos poderes consagrados no artigo 2º da CRFB<sup>13</sup>.

Já uma terceira corrente entendeu que era papel do judiciário tão somente tornar viável o exercício do direito obstado pela omissão do ente legiferante e apenas em relação as partes

---

<sup>12</sup> Os Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio limitavam a decisão à categoria representada pelos respectivos sindicatos e estabeleciam condições específicas para o exercício das paralisações.

<sup>13</sup> Art. 2º da Constituição da República federativa do Brasil: "São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

envolvidas naquele litígio, sendo os efeitos da decisão restrito a estas partes – *inter partes*. Não sendo necessário assim a criação de uma norma que extrapolasse os efeitos e os limites daquele processo (HACHEM, 2012). De todas as três correntes expostas aqui, a que menos sofreu críticas e ataques foi esta última, e isso deu-se pelo fato do judiciário não entrar de forma tão contundente na esfera do poder legislativo, como defendem os críticos da segunda corrente, na medida em que sua atuação se ater a exercer a função jurisdicional sobre o caso em questão e entre as partes envolvidas, bem como estaria dando efetividade ao instituto uma vez que não se limitava a reconhecer apenas a mora do Poder Público, o que acontecia de fato com a com adoção da primeira corrente.

Estes entendimentos foram fundamentais para que houvesse ao longo dos anos a instrumentalização necessária para que o mandado de injunção pudesse se valer do princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, princípio este consagrado no art. 5º, §1, da CFRB<sup>14</sup> e que garante que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tenham aplicação imediata, na forma de uma real ação constitucional. Cumpre destacar que ainda assim o mandado de injunção pouco influenciou na proteção e garantia dos direitos fundamentais, e essa fato deu-se por conta de uma postura extremante conservadora da Suprema Corte que apesar das construções doutrinárias mais progressistas sempre optou por um posicionamento mais restritivo em relação ao *mandamus*<sup>15</sup>.

Conforme bem observa HACHEM (2012), se o mandado de injunção for encarado como um barco que poderia levar seus usuários e aplicadores a um lugar incerto, ou seja, de realização prática dos direitos fundamentais, é forçoso concluir que o STF, ao interpretar o recurso, acabou por adicionar a este barco uma âncora por demasiado pesada, o que acabou por afundá-lo nas águas da inutilidade. Esta “âncora” desproporcionalmente acabou por tolher a possibilidade do seu usuário ver garantido a tutela do seu direito material, que restava inviabilização pela mora do Poder Público.

Esta realidade matéria do mandado de injunção poderia ter sido alterado significativamente se quando do advento da criação da Lei 13.300 de junho de 2016, que começou a ser debatida em 2009 por meio do Projeto de Lei 6128/2009, o Congresso Nacional, como que em um momento de lucidez nunca antes visto, adotasse um posicionamento mais progressista e reconhecesse que os cidadãos não podem ser vítimas de sua omissão. Entretanto, como já poderia

---

<sup>14</sup> Assim dispõe o citado dispositivo: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

<sup>15</sup>

se esperar, não foi isso que aconteceu e o instrumento continuo afundado nas águas da ineficiência e inutilidade.

A Lei no artigo 8ª estabeleceu que ao ser reconhecida a mora do Poder Público, deve o ente jurisdicional determinar um prazo razoável para que o ente impetrado promova a edição de norma regulamentadora, devendo ainda estabelecer “as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados”<sup>16</sup> (BRASIL, 2016), ou, conforme o caso, estabelecer condições para que o impetrante promova ação própria visando exercê-los caso a mora não seja suprida no prazo estabelecido.

Já o artigo 9º estabelece que a decisão proferida em sede do instituto só terá eficácia subjetiva e seus efeitos serão produzidos apenas entre as partes até que a norma regulamentadora em questão seja criada, podendo ser conferida eficácia para além das partes apenas quando for inerente ou indispensável ao exercício do direito em relação ao caso concreto então em questão<sup>17</sup>. E apesar do forte entendimento doutrinária acerca do cabimento da antecipação dos efeitos da tutela antes do julgamento final do mandado de injunção, a lei foi omissa quanto a esta previsão.

Da análise da Lei se identifica que esta não buscou trazer qualquer sanção, ou veio impor, por meio de certa força coercitiva, a ação do ente público omissa, mesmo nos casos de reconhecida mora daquele ente. Esta deficiência deixa o ente público em uma situação muito confortável e renega todo o histórico e a intenção do legislador constituinte em relação a este instituto, assim como, desconsidera toda a eficiência outorgada a este por meio a jurisprudência até então firmada. Assim o mandado de injunção é na prática muito diferente daquilo que nasceu para ser, e como bem expõe Fachin (2007), sofre do mesmo mal do Homem de *O conto da ilha desconhecida* de José Saramago.

## **2.2 O reenvio prejudicial e sua função perante a União Europeia: A cooperação e integração como fins primordiais**

A União Europeia se apresenta como uma comunidade/congregação política e jurídica integrada que vivifica um exemplo claro das transformações surgidas ao longo dos anos no seio do moderno Estado de Direito. Ao ser concebida como uma União de direito celebrada entre

---

<sup>16</sup> Conforme redação do artigo 8º da lei 13.300/2016: “Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para: I - determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora; II - estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das 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.

<sup>17</sup> Conforme lição do artigo 9º da lei 13.300/2016: “A decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora. § 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”.



democracias constitucionais dos seus Estados-Membros, deu-se origem então a um novo ente político que ainda enseja diversos questionamentos e estudos acerca da sua forma de atuação e funcionamento, e de maneira especial, se a sua viabilidade e existência podem servir de exemplo para além de territórios europeus<sup>18</sup>.

Tendo sua origem proveniente ainda na Comunidade do Carvão e do Aço (CECA) surgida em 1951 e formada por apenas 6 países europeus<sup>19</sup>, assim como na Comunidade Europeia da Energia Atômica (Euratom) e a Comunidade Econômica Europeia (CEE), ambas de 1957, a União Europeia busca dar efetividade a concreta colaboração política e econômica entre todos os países que a compõe (Moreira, 2014). E diferentemente dos países membros que possuem uma Constituição nos moldes do tradicional constitucionalismo contemporâneo, a União acaba exercendo o seu poder através de um ordenamento jurídico dotado de uma arquitetura federal e guiado por uma interjurisdicionalidade, onde o Tribunal de Justiça desempenha um papel fundamental. E conforme defende Weiler (1997), no que se refere a certas matérias fundamentais, a União Europeia evoluiu de tal modo que acaba comportando-se como não fosse regida por um tratado de direito internacional, mas sim, e tomando por base os posicionamentos do Tribunal de Justiça, por uma Constituição.

Neste sentido, conforme destaca Maduro (2008), o surgimento do ordenamento jurídico europeu só foi possível graças a um processo de cooperação que envolveu diversos fatores e atores que fazem parte da identidade jurídica europeia. Foi essa conjectura que pôde dar sustentação ao Tribunal de Justiça, possibilitando a sua legitimação no que concerne a criação e organização deste novo ordenamento jurídico, quer seja ele entendido como supranacional ou como um novo federalismo, sem entretanto esquecer as influências e o conteúdo desse ordenamento jurídico, podendo assim controlar e limitar em parte, o primado do próprio Tribunal.

Esta nova conjectura do ordenamento jurídico é dotada de autonomia frente os ordenamentos jurídicos nacionais. A sua ênfase é posta na constitucionalização a partir da sua natureza que está envolta por conceitos de direitos e garantias constitucionais e no seu arquétipo federalista, o que possibilita a criação de uma moldura jurídica, apesar de única, completa e

---

<sup>18</sup> O Recente tratado de livre comércio - Zona de Livre-Comércio Continental (Zlec), firmado entre a quase totalidade dos países africanos, é projeto-chave da União Africana (UA). Tem suas bases assentadas nos mesmos princípios de solidariedade e cooperação que deram origem Comunidade Europeia do Carvão e do Aço que ao longo dos anos se transformou na atual União Europeia, ainda é cedo para se dizer que o mesmo irá acontecer com o tratado dos países africanos, mas ao verificar a forma de organização e os fins que pretendem ser atingidos se verificam fortes influências do modelo europeu.

<sup>19</sup> A Composição inicial da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço era feita por França, Bélgica, Alemanha Ocidental, Itália, Luxemburgo e Holanda. Logo nos anos seguintes mais países começaram a fazer parte da, entre eles: Dinamarca, Irlanda, Grã-Bretanha, Grécia, Espanha e Portugal. A Comunidade deixou de existir em 2002, uma vez que havia atingido o período de vigência de 50 anos estabelecido inicialmente. Todas as suas funções e competências foram integradas à União Europeia.

suficiente e que tem sua composição e sustentação baseadas em princípios elementares, tais como: o do primado do direito da União, o do efeito direto, o da proteção de direitos fundamentais, de um sistema de garantias jurisdicionais e de um quadro que, compatibilizando a separação de poderes vigente nos Estados-membros, se explica por um equilíbrio institucional (MADURO, 2008).

Assim, quando analisado o sucesso que esta nova conjectura político-jurídica obteve, percebe-se que o Tribunal de Justiça teve papel chave, sendo (é) ele o responsável por condensar e obter colaboração dos diversos atores nacionais, negociando muitas vezes com os Tribunais Nacionais dos Estados-Membros. Tal fato foi fundamental para a promoção da constitucionalização do ordenamento jurídico europeu e a garantia da sua legitimação.

Nesta perspectiva e pela falta de uma Constituição<sup>20</sup> nos moldes daquelas existentes nos modernos Estados democráticos, a União Europeia possui mecanismos e ferramentas *sui generis* que exercem funções semelhantes a outros institutos tradicionais, mas assentes em novas formas de articulação jurídica entre ordens jurídicas plurais, como é o caso do reenvio prejudicial, que desempenha um papel fundamental neste ordenamento jurídico, em especial, o de uniformização das legislações dos Estados-membros e o da busca pela efetivação de direitos e garantias de natureza jusconstitucional, atribuídos, aos cidadãos, adotando em muitos casos as vestes de um mecanismo de controle de constitucionalidade por via concreta.

Por meio do seu uso pode haver uma alta colaboração e debate a partir da colocação de questões pelos Tribunais Nacionais dos Estados-Membros que possibilitam ao Tribunal de Justiça fazer interpretações originais das normas europeias que beneficiam todos os cidadãos europeus. Ainda, ao solicitarem o posicionamento do Tribunal de Justiça e efetivamente acatarem e seguirem suas decisões, os Tribunais Nacionais dos Estados-Membros conferem e reconhecem àquele uma autoridade semelhante à dos órgãos judiciais máximos em suas ordens nacionais sem, contudo, existir qualquer superioridade formal entre estes.

Ele está previsto no artigo 267 do TFUE e tem como função primordial possibilitar o diálogo entre os órgãos jurisdicionais dos Estados-membros e o Tribunal de Justiça. Visando assim garantir, em todo o espaço da União Europeia, a interpretação e a aplicação uniforme do direito europeu, uma vez que isso é fundamental para a garantia da igualdade jurídica de todos os cidadãos europeus, bem como a efetiva tutela de seus direitos. O reenvio pode ser utilizado para

---

<sup>20</sup> Um projeto de criação de uma Constituição Europeia começou a ser debatido e desenhado no começo deste século, sendo elaborado inclusive um projeto que serviria de base para esta, projeto este que foi assinado pelos chefes de Estado e Governo dos Estados-Membros reunidos em Roma em outubro de 2004, devendo na sequência ser ratificado por todos estes Estados-membros. Todavia, tal pretensão se restou infrutífera quando das rejeições referendárias da França e Holanda ainda no ano de 2005. Para um estudo mais aprofundado da questão cfr. Alessandra Silveira em Princípios de Direito Da União Europeia, página 25 e ss.

sanar dúvidas acerca de todos os domínios materiais abrangidos nas atribuições da União Europeia, sendo excluídas, como já mencionado no presente trabalho, questões referente a política externa, de segurança comum e das limitações em matéria de espaço de liberdade, segurança e justiça, nos termos dos artigos 275.º e 276.º do TFUE<sup>21</sup>, isso se dá pelo fato de que tais assuntos são de competência exclusiva dos Estados-Membros (ABREU, 2017).

Cumprido destacar que a relação mantida entre os órgãos da ordem jurídica nacional e o TJUE se dá a partir do respeito recíproco pelas suas diferentes competências e não há qualquer dependência hierárquica ou funcional entre estes, em especial por ser de exclusividade dos órgãos jurisdicionais nacionais decidir acerca do caso concreto e de responsabilidade do TJUE se pronunciar exclusivamente acerca do correto entendimento, ou sendo caso disso validade, da disposição normativa europeia necessária à solução do caso concreto.

Ao enviar uma questão prejudicial para análise do TJUE, como já observado acima, o processo que dá origem a esta fica suspenso até que o Tribunal se pronuncie por meio de um acórdão que acaba vinculando o Tribunal que suscitou a questão, assim como, todos os outros Tribunais que estão no território e sob a égide do Direito da União. Tal vinculação se dá tanto em relação aos efeitos materiais quanto aos temporais, podendo, entretanto, estes Tribunais colocarem novas questões prejudiciais acerca da mesma matéria, desde que estas não tenham sido esclarecidas (ABREU, 2011).

Nas recomendações emitidas pelo Tribunal de Justiça<sup>22</sup>, e com base no já estabelecido pelo TFUE, este mecanismo será útil nos casos em que estiver em causa a validade ou interpretação do direito da União e as decisões que podem surgir a nível do Estado-membro, a partir da interpretação do direito da União, não sejam suscetíveis de recurso judicial previsto no direito interno, assim como naqueles casos em que o posicionamento do TJUE seja necessária para a solução da causa por um órgão jurisdicional interno.

Mesmo nestas hipóteses a utilização do instituto só será útil quando for suscitada uma interpretação nova, que possa possibilitar a aplicação do direito da União de forma geral, e quando a jurisprudência já estabelecida pelo Tribunal não possua os esclarecimentos necessários à

---

<sup>21</sup> Conforme destacado no Acórdão do processo 15/65 – Acórdão Schwarze: "O reenvio prejudicial é um instrumento de cooperação judiciária pelo qual um juiz nacional e o juiz comunitário são chamados, no âmbito das competências próprias, a contribuir para uma decisão que assegure a aplicação uniforme do Direito Comunitário no conjunto dos estados membros". (Acórdão Schwarze, de 01/12/1965, proc. 16/65).

<sup>22</sup> Processos prejudiciais — Recomendações à atenção dos órgãos jurisdicionais nacionais. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM:l14552>. Acessado em 30.06.2019.

solução da situação jurídica em questão. Neste interim não é necessário nem destacar que o Tribunal só aceitará o pedido prejudicial se o direito da União for aplicado ao processo principal<sup>23</sup>.

Nesta mesma seara e conforme destaca Silveira e Fernandez (2011), a jurisprudência do Tribunal de Justiça já está consolidada no sentido de que, na falta de normas processuais europeias, cabe ao ordenamento jurídico nacional indicar os órgãos judiciais competentes e regular a forma como se darão os recursos que tenham como objetivo salvaguardar os direitos oriundos da ordem jurídica europeia.

No tocante a legitimidade ativa, apenas o órgão jurisdicional nacional responsável pela solução de determinado litígio pode fazer o pedido de reenvio da questão prejudicial ao Tribunal de Justiça, para tanto é necessário que este órgão: a) tenha origem legal e permanente; b) seja independente; c) seja responsável pela aplicação do direito em sede do Estado-membro; e d) possua jurisdição de carácter obrigatório<sup>24</sup>. Este órgão interno deve realizar o reenvio no momento em que considerar necessário debelar dúvidas de validade ou de interpretação do direito da União aplicável, podendo ainda equacionar a realização de um reenvio nos casos em que se identifique uma omissão do Estado-membro que impossibilite a aplicação do direito da União, se fazendo necessário nestes casos o posicionamento do TJUE.

Não há necessidade de uma preparação detalhada ou de uma profunda fundamentação para a propositura do reenvio prejudicial, e isso se dá especialmente para garantir maior viabilidade da utilização do mecanismo pelos Tribunais Nacionais dos Estados-Membros, o que sai particularmente garantido, a posteriori, pela publicação do acórdão prolatado em todas as línguas dos países que compõe a União Europeia. Assim já é suficiente uma redação clara e específica acerca da questão prejudicial levantada com os questionamentos surgidos e, nos termos do artigo 94º do Regulamento de Processo do TJUE: a) uma exposição sumária do objeto do litígio; b) o teor das decisões sumárias suscetíveis de se aplicar no caso concreto; e c) a exposição das razões que levaram o órgão jurisdicional de reenvio a questionar sobre a interpretação ou a validade de certas disposições do direito da União.

---

<sup>23</sup> Nos termos do item 5 das Recomendações do Tribunal acerca do reenvio prejudicial, os órgãos jurisdicionais nacionais “podem submeter uma questão ao Tribunal de Justiça sobre a interpretação ou a validade do direito da União se considerarem que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa (v. artigo 267.o, segundo parágrafo, TFUE). Um reenvio prejudicial pode revelar-se particularmente útil nomeadamente quando for suscitada perante o órgão jurisdicional nacional uma questão de interpretação nova que tenha um interesse geral para a aplicação uniforme do direito da União ou quando a jurisprudência existente não dê o necessário esclarecimento num quadro jurídico ou factual inédito”. Jornal Oficial da União Europeia, Recomendações acerca do reenvio prejudicial. Link de acesso: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:32016H1125\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:32016H1125(01)). Acessado em: 01.07.2019.

<sup>24</sup> No regulamento Interno e de Processo do Tribunal de Justiça da União Europeia há, no Capítulo III, entre os artigos 93 e 114, todo o procedimento acerca do processamento, tramitação e julgamento do reenvio prejudicial. Neste mesmo regulamento é possível verificar a organização, formação, funcionamento e dinâmica do Tribunal.

Há ainda a opção de solicitar que reenvio prejudicial tenha a ele reconhecido uma tramitação urgente ou acelerada<sup>25</sup>. O primeiro caso se dá quando a natureza do processo ou as circunstâncias em que ele está inserido exijam que seu tratamento seja feito em um curto espaço de tempo. Já a tramitação urgente só é aplicada em processos que envolvam questões relativas ao espaço de liberdade, segurança e justiça, demonstrando assim a grande preocupação da União Europeia quanto a defesa e proteção de seus cidadãos (SILVEIRA, 2013).

E diferentemente de outras cortes que assumem a função de decodificar a Constituição de seus países quando a elas é submetido um litígio, propondo ainda a resolução ao caso em questão, o Tribunal de Justiça não propõe uma solução ao litígio que chega até os seus cuidados, ou mesmo, faz a aplicação do direito ao caso concreto. Sua ação objetiva possibilitar que o órgão jurisdicional interno encontre a melhor solução para o caso a partir de suas considerações, deixando para aquela a responsabilidade de aplicar, com base na sua realidade jurídica e cultural, a ação mais adequada. Destaca-se que esta forma de atuação diz muito acerca do Tribunal de Justiça, uma vez que se torna evidente que sua preocupação passa por garantir aos Estados-membros a melhor aplicação do direito da União sem deixar de levar em conta a cultura e realidade jurídica de cada um, não sendo difícil constatar que o Tribunal tem papel central no fomento da interdependência e integração europeia, e tal centralidade se dá em especial pelo caráter vinculativo e de autoridade que seus acórdãos possuem.

Do mesmo modo, é através do reenvio prejudicial que os cidadãos europeus, ainda que indiretamente, e os próprios Estados-membros podem dar maior efetividade ao princípio da União de Direito<sup>26</sup> que está na gênese e que da base de sustentação de toda a União Europeia, sem ocasionar causar a supressão da soberania que cada um destes possui.

No mesmo sentido e como bem observa ABREU (2011), ao ser declarado o incumprimento o Estado infrator, este é obrigado a adotar as medidas concretas para executar esta decisão, o que pode se dar por meio de aprovação, revisão ou mesmo revogação de uma legislação nacional que objetive o cumprimento das normas de direito da União Europeia. Desta forma, a ação por incumprimento acaba funcionando como o mecanismo jurisdicional utilizado para salvaguardar a supremacia e o respeito à ordem jurídica da União Europeia por parte dos Estados-

---

<sup>25</sup> Entre os artigos 105 e 109 do Regulamento de Funcionamento do Tribunal há detalhado as duas formas de tramitação mais célere do Instituto do Reenvio Prejudicial. Cumpre destacar que esta forma de atuação se dar apenas em casos muito excepcionais e que elas são uma exceção dentre os pedidos de reenvio que chegam até a Corte.

<sup>26</sup> Para uma leitura mais detalha acerca do Princípio da União de Direito ver SILVEIRA, Alessandra. Princípios de Direito da União Europeia – Doutrina e Jurisprudência. Lisboa: Quid Juris. 2011. P 19 – 38.

membros, de igual forma, esta acaba desempenhando a função de controlar, de forma abstrata é claro, a correta aplicação do direito da União.

Por fim, fica constatado que o reenvio prejudicial desempenha funções chave e primordiais no âmbito da ordem jurídica europeia, sua abrangência e as consequências que dá causa, não só ao Estado-membro parte na discussão e os eventuais particulares envolvidos, mas também a toda União, demonstra a força, importância e necessidade de sua existência. Da mesma forma, é a partir dos posicionamentos exarados pelo TJUE, oriundos de questionamentos feitos pelos Estados-membros, que se pode perceber e ter previsibilidade acerca dos caminhos seguidos pela União, e constatar quais são os objetivos que ela busca alcançar (SILVEIRA, 2011). Essa jurisprudência do Tribunal evidencia uma integração em constante movimento e que tem na cooperação e na unidade e integração política sua maior característica.

### **2.2.1 O reenvio prejudicial enquanto mecanismo *suis generis* de controle da conformidade com a Carta constitucional de base da União Europeia**

As noções de soberania, legitimidade do ordenamento jurídico e a compreensão do direito sofreram profundas mudanças a partir do surgimento e operacionalização da União Europeia, e isso se deu especialmente pela nova dinâmica das relações de poder e de prática do constitucionalismo que passaram a ocorrer naquele continente.

Nela os Estados-membros, através de um processo de reflexão, feito com base em suas constituições, extraem delas os princípios e tradições jurídicas que dão os fundamentos essenciais para a sua própria razão de existir e ser, e buscam transferir os mesmos para os tratados que dão forma a União Europeia. Agindo assim buscam fazer com que esta União de direito possa ser o espelho de seus desejos e objetivos, garantindo que ela não trilhe caminhos diferentes aos que seus cidadãos e sua realidade histórico-jurídica esperam. Conforme defende JOERGES (2004), a cessão de parte da soberania de um Estado-membro feita através de Constituições democráticas, tem o condão de garantir que o bem comum será definido de uma forma legítima.

Pode ser percebido como um exemplo claro da soberania que estes Estados possuem frente a esta União, o fato de que em que pese integrá-la, os países podem optar por aceitar ou não um novo tratado que posteriormente terá que se submeter, e mais ainda, que passará a fazer parte

de sua realidade jurídica na medida em que o direito da União tem preferência aplicativa<sup>27</sup> sobre o direito nacional.

Como já mencionado no presente trabalho, a União Europeia não possui uma constituição nos moldes daquelas existentes na maioria dos Estados de Direito, entretanto, dúvidas não há em relação a existência de uma ordem constitucional vigente, que existe e exerce sua influência a partir dos tratados que, adotados em seu âmbito, em especial o TFUE, a DFUE e o Tratado da União Europeia (TUE), que funcionam para muito além de uma Constituição como as conhecidas atualmente.

Corroborando para esta noção de funcionalidade dos tratados que formam a União Europeia como sua Constituição material o labor jurisprudencial do TJUE, que por meio de seus acórdãos sempre está empenhado em um processo de constitucionalização de todo o direito da União<sup>28</sup>. Este direito fruto dos tratados – direito originário da União Europeia, é aplicado concomitantemente pelos juízes dos Tribunais Nacionais dos Estados-Membros que adquirem, quando do julgamento de questões que envolvam a União, a dupla condição de juízes nacionais e de juízes da própria União Europeia.

Por este motivo, e considerando a enorme quantidade de ordens jurídicas distintas e que possuem tradições jurídicas muitas vezes divergentes, é necessária uma forte atuação do Tribunal de Justiça no diálogo com os Estados-membros tendente a uma aplicação pelo menos homogênea do direito da União. Assim e conforme defende Miguel Poiares Maduro, uma eventual Constituição Europeia seria muito diferente da Constituição dos estados nacionais, pois é fruto de um diálogo direto entre todas as constituições dos Estados-Membros que formam a União, o que acaba produzindo um “constitucionalismo plural” e dinâmico (MADURO, 2006).

Ainda segundo Maduro (2006), a partir da noção de que o constitucionalismo é a teoria normativa dominante no discurso jurídico da União Europeia, a Constituição Europeia é a consequência de um processo plural, discursivo e descentralizado. Por este motivo, os tratados que a compõem são muito diferentes das Constituições nacionais, e não apenas quanto ao seu conteúdo material, “mas sobretudo no que diz respeito aos seus instrumentos de legitimação e de autoridade normativa. Não se trata apenas de uma nova Constituição, mas sim de um novo constitucionalismo: um constitucionalismo plural”. (MADURO, 2006, p. 9).

---

<sup>27</sup> Nos termos do primado do direito da União, entende-se que as normas oriundas da União Europeia têm primazia sobre as normas de direito nacionais, assim, em havendo conflito entre estas normas, as primeiras deverão prevalecer sobre as segundas. Para uma leitura mais aprofundada acerca deste princípio, conferir: SILVEIRA, Alessandra. Princípios de Direito da União Europeia Doutrina e Jurisprudência. 2ª Edição Revisada e Atualizada. Lisboa: Quid Juris, 2011. p 19 e ss.

<sup>28</sup> Como bem observado pela professora Alessandra Silveira no trabalho intitulado: 50 Anos da Integração à luz da Jurisprudência Principialista do Tribunal de Justiça – A Lealdade Europeia, in 50 anos do Tratado de Roma, Alessandra Silveira (coord). Lisboa: Quid Juris, 2007.

E do mesmo modo como os tradicionais estados constitucionais, a União possui algumas características entranhadas em suas normativas e que são tipicamente estatais, são elas: a) objetivos e fins a serem realizados e alcançados pela União; b) um sistema jurídico próprio com mecanismos jurisdicionais e tribunais que asseguram a proteção jurídica necessária; c) uma distribuição institucional que propicia a separação e limitação entre os poderes da União; e d) um sistema de normas e atos jurídicos que afetam diretamente os particulares.

Por todo este contexto e complexibilidade, na União surgiu a necessidade de existência de mecanismos que garantissem que os direitos e garantias sedimentados nos tratados pudessem ser aplicados de forma uniforme, sem gerar insegurança jurídica e que mantivesse as bases de uma União de Direito, tendo o reenvio prejudicial surgido com um propósito que determinou tal alavancagem. O reenvio pode ser utilizado em várias situações, conforme já demonstrado, entretanto, para os fins deste trabalho e de forma a condensar com a análise do mandado de injunção, se restringirá aqui a sua capacidade de reconhecer a omissão, total ou parcial, de um Estado-membro em dar efetividade a determinado direito ou garantia asseverados pela União. Assim, o Tribunal de Justiça não vai declarar a invalidade da norma de direito interno incompatível com o Direito da União. Pronunciando-se pela incompatibilidade, dá as ferramentas essenciais ao juiz nacional para este, querendo, afastar a norma interna desconforme e aplicar o direito da União viabilizador da pretensão de uma das partes no litígio. Nesta sequência, caberá ao Estado-membro adotar as medidas necessárias para sanar essa inconsistência, quer seja criando uma legislação ou tomando outras iniciativas, apesar de, no caso concreto, ter-se dotado, via reenvio prejudicial, das ferramentas necessárias para a boa decisão da causa.

Do mesmo modo, o juiz nacional quando se deparar com uma norma europeia e com uma norma nacional que causa certa desconformidade com o direito da união, deverá afastar a segunda sem, entretanto, declarar a sua invalidade/inconstitucionalidade uma vez que não há uma hierarquia entre as duas normas. Cabendo o reconhecimento desta inconformidade apenas ao Tribunal de Justiça que então comunicará o(s) Estado(s)-membro(s) em questão para que este(s) tome(m) a(s) medida(s) necessária(s). Ressalta-se que essa dinâmica de comunicação tem em sua base motivacional no reenvio de uma questão prejudicial. (SILVEIRA, 2011).

Destaca-se neste sentido que parte da doutrina defende que só deverá ocorrer o chamamento do Tribunal de Justiça para apreciar políticas legislativas nacionais quando houver sobre estas suspeitas da falta ou de uma efetivação deficiente quanto aos interesses preceituados



pela União para nacionais de outros Estados-membros, em relação ao processo político do Estado em causa. Nas demais situações as medidas nacionais “só podem ser apreciadas pelo processo político comunitário dando, eventualmente, azo a medidas de harmonização” (MADURO, 2008, pag. 188).

E foram vários os Acórdãos<sup>29</sup> em que o Tribunal de Justiça reconheceu uma omissão por parte de um Estado-membro, sendo que essas omissões ocorrem especialmente pelo fato de, apesar de estarem cada vez mais integrados e cooperados, estes Estados mantêm, o que não poderia deixar de acontecer para o bem da própria união, uma forte tradição jurídica e normativa, que muitas vezes acaba por propiciar um ambiente institucional que ou ignora ou não tem as condições necessárias para levar em consideração os interesses da União e dos outros Estados-Membros. Ocorrendo em determinadas situações a obstacularização do direito da União por influência unicamente, nas palavras de Maduro (2008), de um espírito nacional.

De modo a facilitar a atuação do TJUE quando confrontado com estas situações, alguns princípios consagrados nos próprios tratados são fundamentais, entre eles o princípio da lealdade europeia e seus corolários, que está normatizado no art. 4º do TUE. Ele estabelece a necessidade de cooperação e responsabilidade entre os organismos que formam a União, destes com os Estados-Membros e dos Estados-membros entre si. Por este princípio a União e os Estados-membros devem respeitar-se e assistir-se mutuamente no cumprimento e consecução dos objetivos consagrados nos tratados. Assim, os países que compõem o bloco europeu têm obrigações positivas e negativas junto ao mesmo, por imposição da primeira devem adotar todas as medidas necessárias ao cumprimento dos objetivos que estão especificados nos tratados, já a segunda os obriga a não procederem com medidas que coloquem em risco tais objetivos.

Já por parte da União, deve ser respeitada a igualdade, as identidades constitucionais e as funções essenciais que cada Estado detém, não podendo atuar para além do limite necessário à sua proteção e manutenção. Como bem observa a SILVEIRA (2011), a União Europeia é o único sistema federativo cuja constituição adota expressamente tal princípio, uma vez que nas outras tradições constitucionais a doutrina e os Tribunais Constitucionais tiveram que extrair o mesmo a partir de interpretações do texto das suas respectivas constituições.

Outro ponto importante que deve ser observado é que diferentemente de outras realidades jurídicas um processo contencioso na União não é sinônimo exclusivamente de um litígio, isso

---

<sup>29</sup> Tal afirmação pode ser percebida quando analisado o Acórdão Flaminio Costa contra ENEL, de 15 de julho de 1964, Processo 6-64, assim como no Acórdão San Giorgio, de 9 de novembro de 1983, Processo 199/82 e Acórdão Brasserie du Pêcheur, de 5 de março de 1996, Processo apensos C-46/93 e C-48/93.

pode ser percebido quando se lida com o reenvio prejudicial – afinal, o mecanismo que corre perante o Tribunal de Justiça não tem, na sua base, uma componente contenciosa, mas pauta-se por um diálogo entre juízes (os nacionais e os do TJUE), apesar de ter de emergir num contexto de um litígio colocado, para solução jurisdicional, perante os tribunais dos Estados-Membros.

Diante deste cenário o reenvio prejudicial possibilita um maior exercício da tutela jurisdicional efetiva em matéria do direito da União na medida em que havendo uma disposição dos tratados, ou mesmo de um ato normativo de direito derivado, que não seja suficientemente claro ou que coloque existam dúvidas quanto ao seu efetivo cumprimento por parte do Estado-membro, o juiz nacional pode manter um canal direto de comunicação com o TJUE e possibilitar que o direito da União caminhe em uma única direção, evitando formas diversas de exercício em todo o seu território, o que acarretaria consequentemente a fragilidade de sua própria ordem jurídica.

É importante observar que se um Estado-membro não transpõe uma diretiva da União – um dos atos normativos do direito da união, nos termos do artigo 288.º do TFUE –, quem está em desvantagem são seus nacionais, uma vez que acabam por estar em manifesta e arbitrária desigualdade jurídica em relação aos nacionais dos demais Estados que corretamente fizeram a transposição (SILVEIRA, 2011).

Por fim, por meio das suas respostas às questões prejudiciais, o Tribunal de Justiça tem tomado cada vez mais um posicionamento ativista, alargando em muitos casos suas interpretações com o objetivo de ampliar ainda mais os direitos e garantias individuais consagrados pela União, em especial, os direitos fundamentais elencados na CDFUE. Em algumas de suas recomendações o Tribunal tem alertado que “um reenvio prejudicial pode ser particularmente útil quando se trate de uma questão de interpretação nova que apresente um interesse geral para a aplicação uniforme do direito da União, ou quando a jurisprudência existente não se afigure aplicável a um quadro factual inédito”<sup>30</sup> (JOUE C 338/01, 2012).

### **2.3. A relação do mandado de injunção e do reenvio prejudicial com o controle de inconstitucionalidade e a supressão de omissões legislativas**

É importante para os fins que o presente trabalho pretende atingir o estudo do fenômeno do controle de constitucionalidade, especialmente pelo fato de que ao se compreender toda a sua dinâmica e profundidade poderá ser estabelecido um marco teórico e justificador acerca da

---

<sup>30</sup> Recomendações do TJUE relativas a apresentação de processos prejudiciais JOUE C 338/01, de 6 de novembro de 2012, considerando 13.

importância que o mandado de injunção e o reenvio prejudicial têm desempenhado em suas respectivas ordens jurídicas, assim como, a identificar falhas e eventuais inconsistências presente em ambos os institutos.

Nesta perspectiva essencial para o entendimento acerca do controle de constitucionalidade é a compreensão de todo apanhado histórico que está por trás da própria Constituição. Diante disto e apesar de toda a complexidade do desenvolvimento histórico e das múltiplas perspectivas que podem ser atribuídas ao conceito de Constituição, há um núcleo comum que pode ser identificado em todas elas, segundo Kelsen (1981) esse núcleo comum pode ser identificado como “a ideia de um princípio supremo que determina integralmente o ordenamento estatal e a essência da comunidade constituída por esse ordenamento”(KELSEN, 1981, p. 152). Já Hesse (1995), ao buscar integrar um conceito com contemplasse tanto o conteúdo material de uma Constituição quanto a realidade normativa que ela estabelece, acaba por defini-la como a ordem jurídica fundamental da coletividade<sup>31</sup>, sendo ao mesmo tempo rígida e flexível, o que permite que seu conteúdo continue aberto ao longo do tempo e possibilite contínuo desenvolvimento.

No mesmo sentido importa destacar que boa parte das Constituições modernas têm entre seus fins principais a regulação da criação das normas que são essenciais para o Estado, a proteção de direitos e garantias fundamentais e a organização do Estado e do jogo político. Além disso este documento é o principal fiador da estabilidade, da racionalização do poder e da garantia da liberdade dentro do Estado.

Por este motivo o combate a atos inconstitucionais dentro do sistema jurídico-normativo por ela estabelecido é fundamental para a manutenção destas premissas. Conforme ensina Jorge Miranda, a constitucionalidade e a inconstitucionalidade designam conceitos de uma relação que “se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento – que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não no seu sentido” (MIRANDA, 2013. p. 274). Clève (2000), define a inconstitucionalidade como um ato cuja forma contrapõe-se, de modo expresso ou implícito, a Constituição e a seu significado material.

E por ser a Constituição a base que dá sustentação as demais normas jurídicas, e que na lição de Kelsen “regem a conduta recíproca dos membros da coletividade estatal, assim como das que determinam os órgãos necessários para aplicá-las e impô-las, e a maneira como devem proceder, isto é, em suma, o fundamento da ordem estatal” (KELSEN, 2003, p. 131), o

---

<sup>31</sup> Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*.cit., p.10; e Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha, cit., p.29.

ordenamento jurídico deve oferecer mecanismos que garantam a proteção à sua regularidade e estabilidade.

E em que pese poder haver o exercício de atos inconstitucionais oriundos de entes privados, são as práticas ou omissões que provêm dos Poderes Públicos as que trazem maiores riscos à ordem constitucional, uma vez que são estes os primeiros responsáveis por sua proteção e guarda e os principais destinatários de seus comandos. Conforme ensina Mendes (2008), ao se reconhecer toda a importância e carga valorativa de uma Constituição e o seu exercício através da sua força vinculante e supremacia, a discussão acerca das formas de sua defesa e do controle de inconstitucionalidades, especialmente das leis e atos normativos, se torna fundamental.

Neste interim cumpre esclarecer que o controle de constitucionalidade é exercitado das mais diversas formas, cabendo destacar que quando este controle é feito por um órgão do Estado ele pode se dar de forma política, jurisdicional ou em um modelo que mescle estas duas aplicações – forma mista. No tocante ao controle jurisdicional, aquele que é exercido por um órgão integrante do Poder Judiciário ou por uma Corte Constitucional, este pode se dar de forma difusa, conhecida também como modelo americano, concentrada, também conhecida como modelo austríaco, ou de forma mista, quando congrega os dois sistemas.

Há ainda uma divisão em relação ao modo ou a forma como este controle pode ser exercido, se durante uma discussão judicial que não tenha como fim o reconhecimento de uma inconstitucionalidade – controle incidental, ou apenas quando do julgamento de uma demanda que tenha como objetivo específico o reconhecimento de uma ilegalidade – controle principal. Em relação ao tempo de seu exercício, este controle pode ainda ser aplicado de forma preventiva, quando realizado antes da entrada em vigor de uma norma, ou repressiva/sucessiva, posto em ação em face de uma norma que já produz seus efeitos jurídicos. Cumpre observar aqui que o capítulo segundo do presente trabalho se aprofundará mais acerca das formas do controle de constitucionalidade e todas as suas nuances.

Prosseguindo, estas sistematizações do controle de constitucionalidade são frutos de uma evolução feita a partir de diferentes experiências históricas e diferentes matrizes filosóficas (MENDES, 2008). No cenário brasileiro se verifica forte influência de modelo de controle de constitucionalidade português, que se utiliza de uma forma mista de controle de constitucionalidade, adotando em maior e menor medida cada uma das formas de controle citadas acima. Já no cenário do direito da União, que não se encontra dotada de uma Constituição formal, atuando os seus tratados constitutivos e a CDFUE como a sua carta constitucional de base, tal

base jurídico-constitucional material acabou por determinar que os mecanismos jurisdicionais existentes no direito da União possam assumir um viés que possibilita a observância de um sistema de controle de constitucionalidade: desde logo, os atos normativos europeus que se encontrem em situação de invalidade (face ao texto dos tratados constitutivos), através do reenvio prejudicial de validade e, bem assim, perante as situações em que as soluções jurídicas nacionais possam estar em contravenção com o direito da União, um pedido de interpretação do direito da União mobilizável pode determinar, no caso concreto, o afastamento do direito interno incompatível, fortalecendo o papel dos juízes nacionais, através do reenvio prejudicial.

O reconhecimento desde a promulgação do Tratado de Maastricht<sup>32</sup> do Tribunal de Justiça como órgão responsável por resolver controvérsias em sede do direito da União, assim como a legitimação de vários atores no cenário europeu como titulares do direito de provocação deste órgão, guarda íntima semelhança com o processo de controle concentrado de constitucionalidade desenvolvido em outras realidades jurídicas.

Já em relação aos tipos de inconstitucionalidade que podem se abater sobre os diversos ordenamentos jurídicos, a doutrina desenvolve um trabalho hercúleo para estabelecer e conceituar de modo minimamente adequado seus diferentes tipos ou formas de manifestação. Entretanto, considerando os fins a que este trabalho se propõe a atingir e mantendo-se dentro da delimitação do tema estabelecido em seu título, se limitará aqui a verificação do fenômeno da inconstitucionalidade por omissão.

Dentre as formas de combate as inconstitucionalidades que se abatem em face do ordenamento jurídico constitucional, a inconstitucionalidade por omissão, conforme destaca Abreu (2011), é a que é menos utilizada e que por isso merece da parte dos operadores do direito um estudo mais aprofundado e cuidadoso. E isso talvez tenha razão de ser pelo fato de o fenômeno da inconstitucionalidade por omissão ser relativamente novo<sup>33</sup>, há pouquíssimo tempo atrás a inconstitucionalidade da lei era reconhecida apenas no caso de uma inconstitucionalidade por ação, ou seja, que resultava de uma conduta material do legislador.

Cumprе esclarecer que será lançada aqui a discussão especificamente acerca da inércia do legislador pois a presente dissertação não está vocacionada para o estudo da omissão por parte

---

<sup>32</sup> O tratado de Maastricht assinado em fevereiro de 1992 na cidade holandesa que inspirou o seu nome foi o responsável pela criação da União Europeia e precedeu o atual Tratado de Lisboa.

<sup>33</sup> Conforme explica a professora Joana Abreu, “Nas Constituições liberais do século XIX, a preponderância deste instituto não era muito acentuada, embora se *‘encontre com mais frequência do que, por ventura, poderia supor-se’* [...] desde o Estado de direito democrático, ao Estado leninista ou soviético, as Constituições denunciavam uma predominância de normas do tipo programático, pelo que a figura da inconstitucionalidade por omissão ganhou fulgor”. Joana Rita de Sousa Covelo de Abreu. Inconstitucionalidade por omissão e ação por incumprimento: a inércia do legislador e suas consequências. Curitiba:Juruá, 2011. p. 90.

de outros poderes do Estado, tendo seu foco direcionado tão somente a análise da forma como o mandado de injunção e do reenvio prejudicial desempenham um controle de constitucionalidade. E do mesmo modo, apesar de não ser um problema que atinge exclusivamente o poder legislativo, é nesta seara que as omissões do Poder Público acabam por produzir maiores impactos na esfera jurídica dos cidadãos.

A omissão legislativa de caráter inconstitucional, conforme ensina Gilmar Mendes, “pressupõe a inobservância de um dever constitucional de legislar, que resulta tanto de comandos explícitos da Lei Magna como de decisões fundamentais da Constituição identificadas no processo de interpretação” (MENDES, 2008. p. 1025). E isso toma maior relevância quando se verifica que na maioria das Constitucionais modernas foram inseridas normas de caráter programático que não são suscetíveis de execução automática e por isso acabam dependendo de uma ação legislativa específica, podendo gerar assim várias situações de omissões.

E ela pode se dar de duas formas, quando os Poderes Públicos, especialmente o legislativo, não tomam quaisquer medidas para tornar efetiva uma providência constitucionalmente que depende da ação daqueles para atingir seus objetivos, tem-se uma omissão absoluta. Já quando ocorrer de ao buscar atender à vontade constitucional o Estado não ser suficientemente competente nesta missão e ainda se verificar certas restrições ao exercício de determinado direito ou garantia, tem-se configurado uma omissão parcial.

A primeira Constituição a tratar de forma específica desse instituto foi a Constituição iugoslava de 1974, que plasmou em seu artigo 377 a possibilidade do exercício do controle de constitucionalidade por omissão do legislador. Nesta mesma esteira a Constituição Portuguesa de 1976<sup>34</sup> por meio do seu artigo 279 iniciou a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, atualmente este mecanismo de controle consta no artigo 283. Quando da inclusão dessa figura no texto na constituição portuguesa o professor Jorge Miranda assevera que ela corresponderia “a um fenômeno jurídico ligado à estrutura de determinadas normas constitucionais dirigidas ao Legislador, o qual pode surgir à face de qualquer Lei Fundamental” (MIRANDA, 1977, p. 133)

No cenário brasileiro o constituinte de 1988 ao estabelecer os institutos do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão empregou uma importância jamais vista nas cartas constitucionais anteriores a figura da inconstitucionalidade por omissão. E seu surgimento foi tão inovador que acabou causando certo clima de insegurança jurídica e de

---

<sup>34</sup> Segundo Canotilho “A Constituição Portuguesa de 1976 é, por ventura, um dos documentos constitucionais em que se faz um esforço mais sério para captar a importância da ‘inércia legiferante’, e, em geral, das ‘omissões inconstitucionais’, na problemática da força normativa da Constituição”. CF. CANOTILHO, Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador – contribuição para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Reimp. Coimbra: Coimbra, 1982. p 351 (vide, também, a 2. ed. 2001)

desconfiança, especialmente, como aponta Mendes (2008), pela falta de estudos criteriosos e de uma reflexão mais aprofundada acerca desta temática.

E apesar da existência, ainda que recentemente, de uma teoria da omissão inconstitucional, a doutrina e a jurisprudência ainda deixam algumas lacunas a serem preenchidas, ou efetivamente parecem não ter encontrado respostas adequadas e eficientes para todos os dramas que a cerca. E por ser o direito alemão aquele que melhor apresenta um cenário de desenvolvimento em relação a esta temática, o Brasil e vários países da União Europeia acabam por beber em suas fontes corriqueiramente. Por isso é que para muitos esta problemática, a da inconstitucionalidade por omissão, é uma das matérias do constitucionalismo moderno que causa enormes angústias e fascínio.

Como já mencionado anteriormente, esta omissão do estado inconstitucional poderá se abater sobre a função legislativa do Estado<sup>35</sup>, sendo necessária para esta configuração apenas a existência de um dever constitucional de agir que esteja adormecido no tempo sem produzir efeitos aos seus interessados/titulares (HACHEM, 2012). No que se refere a inércia do Poder Legislativo, conforme apontado por Canotilho, essa omissão inconstitucional evidencia que o ente legiferante não faz algo que de forma clara era lhe imposto pela Constituição. E continua, “não se trata, pois, apenas de um simplesmente negativo ‘não fazer’.; trata-se, sim, de não fazer aquilo a que, de forma concreta e explícita, estava constitucionalmente obrigado (CANOTILHO, 2001, p. 321-322)<sup>36</sup>.

Ao se combinar estas lições ensinadas por Gomes Canotilho com as de Jorge Miranda, se conclui que a inconstitucionalidade por omissão legislativa somente estará configurada quando em face do descumprimento de uma determinada norma constitucional que imponha o dever concreto ao ente legislador de regulamentação, resultando assim de sua inobservância o descumprimento da Constituição. E para se ter uma autêntica inconstitucionalidade por omissão o decurso do tempo se impõe como fator essencial, e esse pode já estar predeterminado no próprio ordenamento constitucional<sup>37</sup>, hipótese em que basta o decurso do prazo para se configurar a mora do Estado, ou, como é mais comum acontecer, não haver quaisquer menções ao tempo necessário para elaboração ou efetivação de um direito ou garantia estabelecido pela Constituição, ficando assim a cargo de um juízo de razoabilidade e/ou necessidade em cada o entendimento

---

<sup>35</sup> MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. t. VI. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 292.

<sup>36</sup> Idem

<sup>37</sup> Um exemplo claro do estabelecimento por parte da própria Constituição do prazo necessário para a criação de determinada norma que assegure o exercício de um direito pode ser verificado no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Brasileira que estabeleceu o prazo de 120 dias para que “o Congresso Nacional elaborasse um Código de Defesa dos Consumidores. HACHEM, Daniel Wunder. Mandado de Injunção e Direitos fundamentais. Belo Horizonte: Fórum. 2012. p. 67.

acerca do tempo necessário para esta efetivação e ao mesmo tempo para o reconhecimento de eventual omissão.

Todavia, parte da doutrina defende que não há a necessidade de que haja uma vinculação constitucional formal a uma imposição de criação de uma norma necessária ao exercício de direitos para que seja configurada a omissão legislativa, para esta corrente, basta para a configuração desta falha a necessidade de regulamentação de um direito para que este possa atingir seus objetivos. E são inúmeras as normas que acabam instituindo direitos que por sua natureza acabam carecendo de uma tutela normativa, não havendo, entretanto, uma ordem acerca da necessidade do legislador em editar leis para elas.

E essa omissão legislativa acaba possuindo duas dimensões distintas no cenário jurídico da União Europeia e do direito brasileiro. A material, assentada na ideia de inação do legislador, e a formal, plasmada na violação do dever de atuação do órgão legiferante. Há quem defenda a existência implícita de uma terceira forma de omissão, tida como dimensão volitiva, e esta é percebida quando o sujeito responsável pelo dever de atuação teve a oportunidade de poder agir e ainda assim não o fez (ABREU, 2011). Esta terceira dimensão é relevante pois ela possibilita aferir se o legislador teve as condições necessárias para a prática do ato pretendido, não podendo ser reconhecida a omissão nos casos em que esta prática se resulta em atos impossíveis ou irresponsáveis do ponto de vista jurídico, social ou político<sup>38</sup>.

Essa forma de se entender as omissões legislativas acaba por alargar significativamente o conceito de inconstitucionalidade por omissão, ao mesmo tempo que não proporciona critérios materiais para sua aferição. Vê-se aqui forte influência da necessidade de efetivação do dirigismo constitucional, que apesar de ser uma teoria amplamente discutida em alguns países, exemplo claro do Brasil e de Portugal, possui pouca influência no cenário da União Europeia.

Acerca deste posicionamento mais abrangente, Gomes Canotilho rivaliza defendendo que não há imediatamente reconhecida uma omissão legislativa aquando da inobservância do dever de legislar a que o legislador está adstrito. Ele defende que a omissão de normas constitucionais que impõem, de forma abstrata, deveres de legislar, como são naturalmente as normas programáticas e aquelas que visam determinar os fins que o Estado deve alcançar, por não ter clara as medidas a serem adotadas de modo a propiciar a sua densificação, não há como ser configura automaticamente uma inconstitucionalidade por omissão (CANOTILHO, 2001).

---

<sup>38</sup> Neste sentido Jorge Pereira da Silva esclarece que “tal como no direito privado, as obrigações de conteúdo impossível não vinculam juridicamente, pelo que o legislador [...] não pode, por definição, ser constitucionalmente compelido a fazer opções legislativas impossíveis de concretizar ou irresponsáveis do ponto de vista político. Cf. Silva, Jorge Pereira da. Dever de Legislar e Proteção Jurisdicional contra Omissões Legislativas. Lisboa: Universidade Católica, 2003.



Diante disto a discussão acerca da omissão legislativa toma maior importância pela necessidade de existir uma distinção entre as normativas constitucionais que têm um caráter abstrato, e aquelas que trazem imposições concretas, sendo necessário assim a verificação de quando uma ou outra configurará uma verdadeira omissão constitucional. Outro ponto que torna ainda mais delicada esta questão está no poder de conformação que o ente legiferante possui, em suma, é ele o responsável por analisar política ou socialmente o melhor momento para tratar acerca de determinada questão.

Acerca deste ponto o posicionamento de Maduro (2008) é muito esclarecedor e leva a reflexões mais profundas. Segundo o autor, quando um Tribunal reconhece a omissão do legislador em um ato necessário a concretização de um direito, acaba por substituir este ente e toma para si, em certa medida, a responsabilidade pela ponderação e concretização dos valores constitucionais, neste caso mesmo que realize esta tarefa sob a guarda de um exercício legítimo de suas funções, implicitamente sempre acabará por fazer uma escolha institucional. E ainda que esta relação seja natural em um cenário constitucional onde a teoria dos freios e contrapesos (*checks and balances*) prevaleça, não se deve fugir a mente que também os tribunais estão limitados por outras formas e fontes de poder, como estes mesmos órgãos legislativos.

E no cenário europeu isso toma maiores dimensões uma vez que, por congregar uma multiplicidade de interesses nacionais e ideológicos, alguns processos legislativos dos Estados-membros necessitam muitas vezes de um tempo maior para amadurecimento e realização dos fins elegidos pela União. Assim, em várias oportunidades, o impasse nestes processos legislativos leva o Tribunal de Justiça<sup>39</sup> a intervir para propor uma solução ante as insuficiências do processo legislativo nacional, desta forma muitos conflitos políticos acabam sendo transferidos da esfera política para a judicial, algo muito semelhante ao que acontece no Brasil.

E ainda que haja um alargamento no que se refere ao dever geral de legislar que o ente legiferante está vinculado quando confrontado com a necessidade de concretização de normas-fim do Estado, este dever de agir ainda se enquadra, conforme ensina Jorge Pereira da Silva, “predominantemente no campo político constitucional, enquanto os deveres específicos do legislador se situam já no campo jurídico-constitucional”<sup>40</sup>. Ou seja, segundo este posicionamento

---

<sup>39</sup> Segundo Lord Mackenzie Stuart um ex-juiz do Tribunal de Justiça: “A Comunidade não foi capaz de agir onde era necessário... O resultado, para o Tribunal, é que, de tempos a tempos, tem sido chamado a resolver problemas para suprir a falta de orientações importantes ou, de facto, até mesmo de normas jurídicas adequadas para aplicação ao caso em apreço. Sabe-se que, em casos extremos [...] em que se procurava infrutiferamente negociar um texto, acabou por ficar decidida a utilização de uma expressão ambígua na esperança de que, um dia, o Tribunal pudesse vir a resolver a ambiguidade”. Lord Mackenzie Stuart. *The European Communities and the Rule of Law*, The Hamlyn Lectures, Londres, Stevens & Sons, 1977, p. 81.

<sup>40</sup> Cf. Silva, Jorge Pereira da. *Dever de Legislar e Proteção Jurisdicional contra Omissões Legislativas*. Lisboa: Universidade Católica, 2003. p. 22-23.

nas situações onde haja a inobservância deste dever, eventual censura deve se dar no plano político democrático, através de um processo de responsabilidade política.

E parece que tanto o STF no Brasil quanto o TJUE são fiadores desta tese, na medida em que o primeiro só acaba reconhecendo a mora do Congresso Nacional e solicitando que este dê andamento com a criação de determinada norma necessária ao exercício de um direito específico, se limitando a propor efetivamente uma solução temporária apenas para as partes ora em litigância, ou em raras exceções, conforme visto acima, alargando os efeitos desta decisões de forma excepcional para outros particulares.

Já o TJUE quando provocado acerca da não transposição ou transposição imperfeita do Direito da união, acaba por emitir apenas suas considerações acerca do atingimento ou não por parte do Estado-membro dos fins objetivados pelo direito da União, deixando as ações que efetivamente darão concretude a este direito a cargo dos órgãos que compõe este Estado-membro. Deste modo, perante um reenvio prejudicial, o Tribunal de Justiça não irá determinar qualquer efeito eminente no ordenamento jurídico interno (substituindo-se ao poder legislativo nacional) mas é capaz de dar as soluções interpretativas necessárias para que o tribunal nacional possa decidir o litígio que se lhe apresenta.

De todo modo, um questionamento interessante acerca desta perspectiva é saber até que ponto e em que situações o ordenamento jurídico terá as competências necessárias ou o dever de reconhecer ou decidir acerca da forma de agir do Estado, resta evidente que perante uma omissão legislativa, seja no contexto brasileiro ou no europeu, o judiciário não se substitui nem toma para si no exercício das funções do legislativo/Estado-Membro, o que ele faz é possibilitar que determinado direito seja tenha meios de ser gozado mesmo ante a inércia ou contrariedade do órgão institucional responsável por seu implemento.

E não se quer aqui afastar o fato de que é evidente que os poderes públicos não podem limitar o alcance de direitos fundamentais, entretanto, não parece ser o mais prudente outorgar a um órgão jurisdicional a capacidade de poder avaliar a Ação Pública. E não se pode fugir à mente que ao proceder com o reconhecimento de uma omissão legislativa, mesmo nos casos em que ela está reconhecidamente comprovada, como já mencionado, o órgão responsável por realizar o combate a estas omissões deverá emitir um juízo de censura contra o órgão legislador, reconhecendo a incapacidade deste em realizar com suas funções.

Estas questões serão abordadas mais profundamente no decorrer do presente trabalho.

### **3. O MANDADO DE INJUNÇÃO E O REENVIO PREJUDICIAL COMO MECANISMOS DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS?**

Como observado no capítulo anterior, o mandado de injunção e o reenvio prejudicial desempenham, em maior ou menor medida, papéis fundamentais dentro dos ordenamentos jurídicos do Brasil e da União Europeia respectivamente. É a partir destes instrumentos que os cidadãos têm, ainda que indiretamente como no caso do reenvio prejudicial, a oportunidade de provocar os órgãos jurisdicionais responsáveis por garantir a boa aplicação e o respeito de suas respectivas cartas políticas.

Nesta senda importa destacar, como se pode verificar ainda que brevemente no item anterior, que um dos objetivos principais, se não o único, quando da utilização quer seja do mandado de injunção quer seja do reenvio prejudicial, é a efetivação de um direito plasmado no texto constitucional respectivo. E na quase totalidade das vezes este direito tem um caráter fundamental para a estruturação do Estado Brasileiro ou da União Europeia, fazendo parte do rol de direitos fundamentais que guiam e são a base destes respectivos ordenamentos.

No cenário brasileiro os direitos fundamentais, apesar do especificado pelo título II da Constituição, estão espalhados por diversas partes do texto constitucional, conforme bem esclarece o disposto no § 2º do artigo 5º<sup>41</sup>. Neste sentido, e conforme Sarlet (2013), a norma contida no citado parágrafo veio definir que além dos direitos expressamente contidos no capítulo específico da Constituição – capítulo segundo, existem direitos que por seu significado e conteúdo acabam por integrar o sistema da Constituição e compõe o chamado bloco de constitucionalidade que não se reduzem a uma concepção estrita ou puramente formal acerca dos direitos fundamentais.

Já no cenário da União Europeia, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), por meio de seus cinquenta e quatro artigos, veio reconhecer e consagrar os direitos fundamentais que norteiam e estão na base dos valores de todos os Estados-Membros que formam a União. A sua aplicação se dá por uma lógica de interconstitucionalidade consubstanciada no princípio do padrão mais elevado de proteção, nos termos do artigo 53 da própria CDFUE<sup>42</sup>. E o

---

<sup>41</sup> O título II da Constituição do Brasil está nomeado como “Dos Direitos E Garantias Fundamentais”, por esse motivo já houve quem defendesse que os Direitos Fundamentais consagrados pelo legislador constituinte só estariam inseridos nesta parte da Constituição. Todavia esta corrente foi derrotada especialmente pela compreensão e sentido trazido pelo parágrafo segundo do artigo 5º da carta fundamental e que dispõe: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

<sup>42</sup> O artigo 53º da CDFUE ensina que “Nenhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos do Homem e as liberdades fundamentais reconhecidos, nos respectivos âmbitos de aplicação, pelo direito da União, o direito internacional e as

Tratado de Lisboa, em vigor desde 2009, ao atribuir força vinculante à CDFUE possibilitou aos particulares poderem invocar as disposições da Carta junto aos Tribunais Nacionais dos Estados-Membros para fazer valer os seus direitos e garantias fundamentais protegidos pela ordem jurídica Europeia, nos termos do artigo 51.º da CDFUE.

Acerca deste contexto dos direitos fundamentais é importante destacar que não há Estado de Direito sem o reconhecimento destes e igualmente não há que se falar em respeito a princípios como o da Dignidade Humana, da Liberdade e de Justiça sem que estes direitos estejam resguardados e protegidos por um amplo arcabouço jurídico-normativo, dos quais fazem partes ferramentas como o mandado de injunção e o reenvio prejudicial. A explicação para esta forma de proteção se dá pelo fato de que é através da consagração dos direitos fundamentais que os valores entendidos como mais importantes e necessários para a garantia da existência humana dentro de determinado Estado são protegidos, devendo estes assim serem resguardados em documentos jurídicos com força vinculativa máxima.

E o estabelecimento dos direitos fundamentais como normas máximas e obrigatórias é produto de uma amadurecimento histórico-cultural, o que também acaba por fazer com que estes direitos sofram mudanças e variações conforme as evoluções e transformações ocorridas no seio social (MENDES, 2008). Do mesmo modo, as Constituições no formato atual, enquanto um documento jurídico que rege e organiza o Estado, tem sua origem ainda na modernidade, remetendo-se aos pós revolução francesa e as necessidades e interesses surgidos com esta. Interesses estes que visavam garantir especialmente as conquistas então alcançadas, bem como vincular o poder a uma questão de Estado e não mais a uma outorga divina (LEAL, 2007).

Foi, ainda que timidamente, durante os séculos XVII e XVIII que as primeiras teorias contraturalistas vieram enfatizar a submissão da autoridade política aos direitos inerentes ao indivíduo. Surgiram neste período teorias acerca da existência de direitos preexistentes ao próprio Estado e que eram inerentes a natureza humana, que por este motivo deveriam ser respeitados independentemente do reconhecimento ou desejo dos governantes.

A partir da Declaração de Direito da Virgínia de 1776, também conhecida como *Bill of Rights* ou Declaração do Bom Povo da Virgínia, os direitos que deveriam ser reconhecidos como inerentes ao Homem passaram a ser positivados, direitos estes que até o momento estavam muito

---

convencões internacionais em que são partes a União, a Comunidade ou todos os Estados-Membros, nomeadamente a Convenção europeia para a proteção dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, bem como pelas Constituições dos Estados-Membros". Assim este artigo acaba por consagrar o "Princípio do Nível de Proteção Mais Elevada" que deve ser entendido como a necessidade de escolha pela norma mais favorável ao cidadão europeu. Assim, se em um caso concreto for possível a aplicação de mais de um regime jurídico relativo ao(s) mesmo(s) direito(s) em causa deverá o órgão jurisdicional optar pela aplicação daquele regime jurídico que ofereça a proteção mais elevado ao titular do direito.

mais relacionados com reivindicações filosóficas e políticas do que a efetivamente normas jurídicas de caráter obrigacional. Do mesmo modo, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 – Declaração Francesa<sup>43</sup>, fruto dos anseios iluministas iniciados em França, mas propagados por toda a Europa, e que veio definir os direitos universais e básicos de todos os indivíduos, a temática dos direitos fundamentais ganhou um novo paradigma.

O processo de introdução dos direitos plasmados nestes documentos pelas Constituições dos Estados, que até então se preocupavam apenas em organizar os poderes políticos estatais, significou a valoração e ampliação da proteção dos direitos fundamentais nas ordens internas, sendo que cada Estado disponibilizava uma forma específica de organização e efetivação destes direitos (HACHEM, 2012). Barroso (2006) muito bem explica que, mesmo antes de uma formulação sistematizada por meio de documento escrito, a organização do poder político era o único aspecto que efetivamente fazia parte da natureza constitucional das então Constituições, deste modo este documento era formado, em suma, por elementos orgânicos. Foi apenas com a revolução francesa que este documento incorporou um novo e inovador elemento: os direitos fundamentais

E cada vez mais estes direitos passaram a assumir uma posição de realce na sociedade e conforme expõe Mendes (2008), houve a inversão da relação tradicional e dominante entre o Estado e os indivíduos, passando a ser reconhecido a estes primeiramente os direitos e apenas depois os deveres, sendo que os direitos e forças conferidas ao Estado só poderiam ser impostos sobre o indivíduo se exercidos e praticados com o fim de melhor tratar as necessidades de todos os cidadãos.

Nessa esteira, os primeiros direitos recepcionados por estas novas Constituições foram os chamados direitos individuais de liberdade ou de defesa, entendidos assim aqueles que para sua garantia e proteção demandavam uma abstenção por parte do Estado, ou em outras palavras, uma ingerência deste na esfera privada do indivíduo. Assim, os direitos fundamentais surgidos neste primeiro momento se condensaram especialmente no direito à vida, à liberdade, à segurança, à propriedade e à igualdade. Estão presentes aqui as novas ideias fortemente defendidas por pensadores liberais da época, tais como, Thomas Hobbes, John Locke e Voltaire<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> O art. 1º da Declaração da Virgínia proclama que todos os homens são por natureza livre e têm direitos inatos, de que não se despojam ao passar a viver em sociedade. Já o art. 2º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão diz que o fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescindíveis do homem. E o art. 4º da mesma Declaração afirma que o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limite senão as restrições necessárias para assegurar aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos.

<sup>44</sup> No período renascentista e iluminista houve uma profunda e extensa produção bibliográfica de textos e livros que moldaram os conceitos e entendimentos até então vigentes acerca das funções e composições do Estado e principalmente da forma como este exercia seu poder em relação aos indivíduos. Pensadores como Lutero, Hobbes, Locke, Voltaire, Montesquieu, Rousseau, Sieyès e outros, mudaram drasticamente a concepção do pensamento político e jurídico ocidental.

Já no início do século XIX e ante as novas realidades vivenciadas por conta das transformações impostas pela revolução industrial, assim como, pelo entendimento de que a liberdade e igualdade a partir de uma perspectiva formal não eram suficientes para o seu efetivo exercício e para o atingimento dos fins que originalmente haviam sido pensadas, há uma virada de perspectiva onde o então estruturado Estado Liberal passa a ser questionado e emerge daí o modelo de Estado Social . É neste cenário que os chamados direitos sociais, ou direitos de prestação, que carecem de uma ação positiva por parte dos Poderes Públicos para sua efetivação surgem. A partir deste momento o Estado passa a estar encarregado também a dar condições materiais aos cidadãos de forma que estes possam exercer efetivamente as suas liberdades fundamentais.

Segundo ensina o Bonavides (2004) estes direitos sociais podem ser identificados como os direitos de cunho essencialmente social, cultural e econômico, bem como aqueles direitos que são pertencentes a coletividade e que foram introduzidos nas constituições de variados Estados depois que cresceram por influência da ideologia e reflexão antiliberal do século XX. E os direitos atualmente compreendidos enquanto direitos de cunho cultura, social e econômicos, simploriamente identificados como direitos sociais, provem de uma formação mais recente, que remonta à Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919. O seu reconhecimento é caracterizado pela superação da perspectiva do homem unicamente enquanto um indivíduo liberal, a margem da preocupação do Estado, assim, este novo arcabouço fundamentalista passa a considerar o homem para além de sua condição individual (BARROSO, 2006).

Já modernamente em fins do século XX, ante a evolução das relações sociais que culminaram com um aumento no grau de complexidade destas relações, especialmente pela diminuição cada vez maior das barreiras territoriais e pelo avanço da globalização, novos direitos fundamentais começaram a ser reconhecidos. Desta vez diferentemente do ocorrido anteriormente esses direitos não mais estavam vinculados e adstritos aos indivíduos, mas incidiam sobre uma coletividade. Fazem parte deste novo arcabouço o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e outros.

Cada um destes direitos faz parte de uma geração/dimensão conforme bem detalhado e abordado pela variada e abundante doutrina que trata sobre o tema, e ainda existem outros que

fazem parte de seus estudos e preocupações<sup>45</sup>, entretanto, tendo em vista os objetivos do presente trabalho não se estará aqui adentrando nos pormenores e nas características de cada uma destas. O que não se pode negar nem deixar que se passe despercebido, e que interessa para o resultado da presente pesquisa, é que os direitos fundamentais são antes de tudo um produto da realidade cultural e das necessidades de cada época, podendo variar no tempo e no espaço conforme as transformações vivenciadas no seio social.

Tal é sua importância que no campo filosófico há múltiplas vertentes que buscam expor a sua razão definidora, nenhuma, entretanto, como não poderia deixar de ser, consegue ser a pedra angular definidora. Miranda (1983) em seus ensinamentos anota variadas concepções, que muitas vezes são excludentes entre si, acerca das matrizes filosóficas que justificam cada um dos direitos fundamentais. E mesmos as diferentes definições trazidas por jusnaturalistas, positivistas ou idealistas não conseguem lograr êxito na tarefa de encontrar uma definição que harmonize os conceitos básicos destes direitos, o que demonstra a complexidade e profundidade que os cercam. Essa definição seria importante pois a partir de um núcleo ou origem comum a proteção e consagração destes direitos se tornaria tarefa menos custosa e complexa.

Essa dificuldade acaba por levar alguns a recusar as concepções filosóficas que dão/dariam embasamento aos direitos fundamentais, defendendo que o problema essencial está na necessidade de encontrar formas e mecanismos que suficientemente garantam a sua proteção e resguardo. Neste contexto Bobbio (2004) afirma que é tarefa impossível encontrar um substrato absoluto que defina os direitos fundamentais, a sua variedade e a possibilidade destes muitas vezes estarem em linha colidente demonstra que não há como se falar em fundamentos únicos e incontrastáveis para estes direitos. E defende que o papel dos estudiosos do direito é encontrar em cada caso concreto as razões que levaram determinado direito a ser alçado à condição de direito fundamental.

E tanto a tarefa de garantir a proteção, resguardo e efetividade dos direitos fundamentais, quanto o fim de encontrar as razões que levam a sua fundamentalidade, só podem ser atingidos a partir do exercício de um controle efetivo dos atos praticados pelos poderes que constituem o Estado, tendo como pano de fundo o real sentido do texto e dos termos da Constituição/Tratados e os objetivos por ela traçados.

---

<sup>45</sup> Há uma significativa parcela da doutrina que faz referência a uma outra categoria de direitos fundamentais, os quais estariam relacionados diretamente com o direito à democracia, o direito ao pluralismo e o direito à informação. Para uma maior compreensão deste tema conferir: BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 571.

Para além disso, na União Europeia a dinâmica da interconstitucionalidade, ou como pontual Maduro (2006), do constitucionalismo plural que existe neste território, acaba por fazer com que haja uma interação entre os poderes constituídos assente numa legitimidade plural que tem um impacto profundo na natureza deste modelo constitucional. onde a União, funcionando como uma União de Direito, tem uma base jurídico-constitucional material, assente nos seus tratados constitutivos e no seu catálogo de direitos fundamentais, que emergiu a partir de um longo processo histórico e das interações recíprocas e reflexivas entre as várias tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros.

Por tudo isso, se torna imprescindível a abordagem das formas como este controle pode ser exercido.

### **3.1. O controle de constitucionalidade e sua perspectiva na União Europeia**

Ao ser reconhecida a supremacia e a força vinculante da Constituição em relação aos Poderes Públicos e aos órgãos que compõe o Estado, assim como, o entendimento que ela é a responsável por outorgar e organizar os poderes, automaticamente a discussão acerca das formas e modos de sua defesa e a necessidade de existência de mecanismos eficientes, como por exemplo o mandado de injunção, que possibilitem o controle da constitucionalidade daqueles atores, especialmente no que concerne a leis e atos normativos, se torna fundamental dentro do ordenamento jurídico. Do mesmo modo, uma ordem jurídica que aglomera e integra 28 tradições constitucionais, que comungam de valores identitários comuns fez emergir uma dinâmica constitucional no seio do ímpeto integrador da União Europeia. Assim, os seus tratados constitutivos e a CDFUE operam como a sua “carta constitucional de base” e verificou-se, nesta pesquisa, como o reenvio prejudicial – embora pensado com uma valência bem menos ambiciosa do que aquela que ora se perspectiva – é capaz de promover, de forma eficiente, simultaneamente um controlo de constitucionalidade *suis generis* no contexto da União e um mecanismo ao serviço da jusfundamentalidade europeia.

Cumprir observar, conforme ensina Silva (2007), que esta supremacia do texto constitucional implica que todas as situações jurídicas devam estar conformadas com os princípios e preceitos por ela estabelecidos. Essa conformação não estará satisfeita apenas com o exercício de uma atuação negativa, consagrada na abstenção do Estado em intervir na vida privada e na liberdade dos indivíduos, mas também na necessidade de que este não se omita na defesa dos



direitos e garantias estabelecidos pela carta magna, ou mesmo, que pratique ações que de alguma forma para suscite a diminuição ou a restrição da aplicação destes direitos.

E por estarem previstos no texto constitucional – no caso da União Europeia em seus tratados formadores (MOREIRA, 2014), os direitos fundamentais são considerados muito mais que meros limitadores da ação pública, não podendo ser desconsiderados ou suprimidos ao bel-prazer dos Poderes Públicos. E isso se dá pelo fato de que os direitos fundamentais são superiores àqueles poderes, assim é que os Estados utilizam de certo controle de constitucionalidade dos atos praticados em seu seio como forma de garantir esta supremacia e caráter primordial. O reconhecimento destas duas qualidades é, apesar de tudo, recente.

Segundo advogado por Miranda (2002), a constitucionalidade e a inconstitucionalidade são dois conceitos que servem para designar a relação entre a Constituição e um comportamento que pode estar ou não em conformidade, que cabe ou não no seu sentido, que nela encontra ou não encontra a sua base. E o fio condutor desta relação se encontra no exercício e na aplicação do controle de constitucionalidade.

O entendimento contemporâneo acerca da forma e dinâmica do controle de constitucionalidade é por muitos reconhecida como originária dos Estados Unidos da América, tendo surgida quase que simultaneamente com a sua independência, ainda no século XVIII. E mesmo que não previsto taxativamente na Constituição estadunidense, acabou sendo delineada por Alexander Hamilton quando da redação do *Federalist Paper*<sup>46</sup>, e posteriormente foi sedimentada na jurisprudência quando do julgamento do caso *Madison versus Marbury*<sup>47</sup>, decidido juiz John Marshall.

Em sua decisão, o juiz Marshall sustentou certa limitação aos poderes estatais, bem como defendeu a supremacia da Constituição, a prerrogativa dos juízes em interpretar as leis em

---

<sup>46</sup> Conforme esclarece Luiz Guilherme Marinoni, “Os *Federalist Papers* consistem na compilação de um conjunto de 85 ensaios originalmente publicados na imprensa de Nova York entre outubro de 1787 e agosto de 1788, redigidos por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay sob o pseudônimo “Publius”. Seus autores pretendiam influenciar, no Estado de Nova York, os debates do processo de ratificação do texto da Constituição aprovada na convenção da Filadélfia em 1787. O ensaio conhecido como “Federalista n. 78”, redigido por Alexander Hamilton, é um dos ensaios que tratam de justificar a estrutura do Poder Judiciário proposto pela Constituição. Nele, Hamilton pretende rebater a crítica dos chamados “antifederalistas”, contrários à ratificação da Constituição por supostamente gerar uma ameaça de “supremacia judicial” (v. KET CHAM, Ralph (org.)). Conferir SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI Luiz Guilherme; e MITIDIERO Daniel. Curso de direito constitucional. – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1173.

<sup>47</sup> Para uma maior compreensão histórica da figura do *judicial review*, antes do julgado *Marbury versus Madison*, conferir TREATOR, William Michael. *Judicial review before Marbury*, *Stanford Law Review* 58/457-458, 2005. Segundo o autor “Este artigo mostra, em primeiro lugar, que a revisão judicial foi dramaticamente melhor estabelecida nos anos anteriores ao caso *Marbury* do que se tem reconhecido. Embora tenha havido uma série de opiniões sobre a revisão judicial antecipada, nenhum dos críticos modernos compreendeu como era comum que os tribunais invalidassem os estatutos. O relato moderno mais influente afirma que havia cinco decisões nos tribunais estaduais e federais no período crítico entre a Constituição e o caso *Marbury*. Em contraste, este artigo discute trinta e um casos em que um estatuto foi invalidado e mais sete em que, embora o estatuto foi confirmado, um juiz concluiu que o estatuto era inconstitucional. O grande número dessas decisões não só desmente a noção de que o instituto da revisão judicial foi criada pelo chefe de justiça Marshall no caso *Marbury*, como também reflete aceitação generalizada e aplicação da doutrina. Além disso, o fato de a revisão judicial ter sido exercido tão frequentemente indica que os tribunais não estavam tão relutantes em invalidar estatutos como Kramer afirma” [tradução livre feita pelo autor do presente trabalho]. Conferir ainda, LAFAYE, Wayne. R. *Marbury v. Madison*. Em: HALL, Kermit L. (org). O *Oxford Guide to United States Supreme Court* decisões, p. 173-175.

conformidade com esta e o poder que detinham para rever atos contrários a ordem suprema como uma prerrogativa inerente ao sistema constitucional, sendo estes argumentos as bases conceituais de uma teoria do *judicial review*. Esta decisão concentrou em poucas páginas toda sistematização das ideias, que há muito compreendiam as bases da teoria constitucional norte americana, teoria esta originada na tradição da *common law* inglesa, no modelo de soberania popular e na divisão dos poderes estatais.

Cumprir observar que essa ideia de controle de atos estatais, incluso aqui os atos praticados pelo parlamento, já possuía um forte traço na tradição da *common law* britânica. Prova disso é que já no início do século XII várias são as decisões no sentido de reconhecer que as leis estão submetidas a um direito superior (SARLET, 2017), exemplo destas decisões é o julgamento do caso Bonham: ao julgar este processo, o juiz Edward Coke reconheceu literalmente que, em vários casos, será necessária a atuação do judiciário para controlar atos do parlamento, podendo mesmo nestes casos julgá-los nulos “visto que, quando um ato do parlamento for contrário a algum direito ou razão comum, ou repugnante, ou impossível de ser aplicado, o *common law* irá controlá-los e julgá-los como sendo nulos” (THE YALE LAW JOURNAL, 2006, p. 116)<sup>48</sup>

Entretanto esta revisão judicial feita ainda no século XII tem um caráter, em que pese similar, diferente da forma de controle feito após o século XVIII na medida em que naquele período o controle dos atos estava muito mais vinculado a proteção da figura do soberano ou da burguesia e dos direitos destas, ao passo que após as grandes revoluções – gloriosa, americana e francesa, este passa a estar relacionado com a proteção do cidadão frente aos abusos perpetrados pelo Estado, proteção esta que tem em seu horizonte a garantia dos direitos fundamentais, fruto dos anseios surgidos e conquistados pelas revoluções liberais ocorridas na Europa.

É neste cenário – de revoluções liberais, que na Inglaterra após a revolução gloriosa de 1689 tanto o parlamento quanto os juizes se uniram para garantir que o monarca não extrapolasse as suas competências e colocasse em risco os direitos e garantias do povo. Diferentemente aconteceu na França, uma vez que após a revolução de 1789 houve o fortalecimento do parlamento em detrimento aos outros poderes, passando a ser latente o peso e a força que aquele exercia sobre os demais poderes. Com o passar do tempo essa organização sistemática, onde o parlamento tomava para si maior preponderância, acabou se espalhando por boa parte do

---

<sup>48</sup> No original: “And it appears in our books, that in many cases, the common law will control acts of Parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will control it and adjudge such act to be void”) (GROT E, Rainer. Rule of law, etat de droit and Rechtsstaat – The origins of the different national traditions and the prospects for their convergence in the light of recent constitutional developments, p. 2; disponível em: [www.eur.nl/frg/lacl/papers/grote.html](http://www.eur.nl/frg/lacl/papers/grote.html)). The Yale Law Journal 116/531, 2006).

território europeu, ocasionando que também em solo inglês o parlamento se firmasse enquanto principal poder dentro do Estado. É a partir deste momento que o modelo de revisão judicial perde gradualmente sua notoriedade e importância neste território.

Embora sendo guiada pelo espírito da separação dos poderes e defesa dos direitos inerentes ao Homem, temas que também nortearam os anseios dos revolução americana, a revisão judicial não se desenvolveu na França tão fertilmente quanto do outro lado do Atlântico. Isso deu-se pela grande desconfiança<sup>49</sup> que os revolucionários franceses tinham em relação ao poder judicial naquele país, na medida em que este poder historicamente sempre esteve vinculado as instituições então questionadas – Monarquia e Clero, e por isso havia o temor de que o judiciário agisse com o ímpeto de frear os desígnios liberais e trazer de volta o velho sistema, daí a justificativa da teoria da revisão judicial ser até os dias atuais tão pouco desenvolvido naquele país.

E Rousseau (2006) em seu “Contrato Social” ao conceber o parlamento como órgão representativo da soberania popular, e por consequência não suscetível a limitações e controle de sujeitos sem legitimidade democrática, acabou influenciando toda a Europa continental no sentido de que o parlamento estava naturalmente acima dos demais poderes. Os ensinamentos de Montesquieu aqui não eram negados, entretanto, pouco influenciaram no reconhecimento da supremacia do texto constitucional. Cumpre observar que neste período as Cortes Supremas eram inexistentes, salvo em território americano, e não havia um órgão ou poder que realizasse o controle dos atos praticados pelo parlamento e pelos demais órgãos do Estado, de igual modo, não havia o reconhecimento rígido da Constituição como lei suprema, que irradiava seus efeitos e vinculava a todos – inclusive o próprio poder legislativo, dentro do Estado.

O entendimento de que o juiz estava proibido, em qualquer circunstância, de interferir no Poder Legislativo constituiu o principal fundamento para que o controle de constitucionalidade das leis pelo judiciário estivesse em sono profundo durante tanto tempo em território europeu. Assim durante um longo período na Europa a possibilidade de controle dos atos praticados no seio do Estado se manteve inerte e longe de qualquer debate público ou doutrinário mais profundo, resultando isso em um atraso de pouco mais de um século em relação aos Estado Unidos da América, uma vez que este que já vinham trabalhando e aplicando uma teoria de controle difuso

---

<sup>49</sup> A desconfiança dos franceses em relação a atividade judicial se dava pelo fato de que no antigo regime os juizes haviam conseguido firmar sua autonomia, e mesmo sua independência, frente a força do monarca. Entretanto, esta autonomia não significava a prevalência da lei e dos direitos nelas contidos, senão a defesa dos privilégios da burguesia e de parte do clero, classes sociais nas quais a quase totalidade dos juizes estavam inseridos ou descendiam. Neste contexto não havia uma jurisprudência sólida em territórios francês e muitas vezes a população ficava à mercê da livre interpretação dos juizes e dos tribunais. Para uma leitura mais aprofundada sobre este tema, conferir: OT T O, Ignácio de. Estudios sobre el poder judicial, p. 42. e também, WACHT LER, Sol. Judicial lawmaking. New York University Law Review, p. 1-22.

e concentrado de constitucionalidade, sempre tendo como pano de fundo a proteção e o resguardo da Constituição.

Este cenário só foi alterado significativamente quando em 1920 a Constituição Austríaca acabou deferindo e reconhecendo a possibilidade de um ente específico – uma Corte Constitucional, proceder com o controle e verificação de todos os atos praticados dentro do estado austríaco. Acerca deste ponto, a observação feita por MARINONI é fundamental, segundo ele fica inegável que o sustentáculo por detrás desta nascente teoria de controle concentrado de constitucionalidade “está presente a noção de que o ‘juiz comum’ não pode desconsiderar a lei, a revelar o princípio da supremacia da lei, em oposição aos princípios da supremacia do Judiciário e dos *checks and balances*, bases do sistema de controle difuso de constitucionalidade” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 1051).

O impacto proporcionado pela nova constituição austríaca, que foi concebida e desenhada por Hans Kelsen<sup>50</sup> a pedido do governo, é tamanho que até os dias atuais o controle concentrado de constitucionalidade é também conhecido como controle austríaco de constitucionalidade. Kelsen concebeu, ao menos neste período, um sistema normativo caracterizado com uma pirâmide onde em seu cume, acima de todas as demais normas, estaria assentada a Constituição.

O sistema jurídico passava então a estar organizado em uma ordem hierarquizada, semelhante a defendida por Hegel no contexto da organização do Estado Prussiano, onde as diversas fontes do direito e os princípios gerais estavam reunidos esquematicamente. Para que a sustentação e a manutenção desta ordem jurídica fossem possíveis, seria então necessário a existência de um órgão competente que pudesse analisar a compatibilidade das normas produzidas no âmbito do poder legislativo, assim como, a validade daquelas que já faziam parte do sistema. É neste contexto que a Corte Constitucional (Verfassungsgerichtshof) surge no cenário Europeu com o objetivo, frisa-se mais uma vez, até então inexistente, de realizar o controle de constitucionalidade das leis (CLÉVE, 2000).

No esquema austríaco, a corte constitucional estava dotada de poderes para afastar uma norma do ordenamento jurídico, sendo os efeitos desta decisão dotado de eficácia *ex nunc*. Sendo ainda reconhecido a ela a função de atuar como legisladora negativa, na medida que poderia entender pela manutenção de uma lei inconstitucional pelo prazo de até um ano. A legitimidade para o acionamento da corte ficou restrita apenas ao governo federal e aos governos estaduais,

---

<sup>50</sup> O modelo austríaco de fiscalização de constitucionalidade tem sua origem proveniente de diversos postulados jurídicos sustentados pela *judicial review* americana, todavia, este país adotou um modelo de fiscalização constitucional que salvo em poucos aspectos, em nada se confunde ao modelo americano. Foi Kelsen o mentor do modelo de fiscalização empregado por este país, e ele, resumidamente, se sustentava na impossibilidade de uma lei contrariar materialmente ou formalmente a Constituição.

respectivamente em relação a leis federais e leis estaduais não sendo para tanto necessário a invocá-la ao abrigo de um caso concreto ou situação específica, uma vez que caberia a Corte analisar em abstrato a lei em questão. Não há ainda aqui qualquer teorização ou mesmo discussão acerca da possibilidade de os cidadãos invocarem diretamente a ação da Corte, ou mesmo, da possibilidade de esta reconhecer a inércia do poder legislativo.

De imediato esta nova conjectura jurídica significou um grande avanço na paridade entre o Poder Judiciário e o executivo e o legislativo, e especialmente, no que se refere ao reconhecimento da supremacia e vinculação da norma constitucional e dos direitos fundamentais nela consagrados. Apesar disso, logo ficou latente que as amarras e limitações ainda impostas à Corte Constitucional, como por exemplo impossibilidade de se questionar a constitucionalidade de lei que constituísse pressuposto para a solução de um litígio pendente de julgamento em outros juízos ou tribunais impedia que esta desenvolvesse suas atividades e alcançasse seus objetivos de forma plena e satisfatória (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 1051).

A reforma constitucional ocorrida logo em 1929 buscou eliminar estas amarras e ampliar as competências da Corte. A partir deste momento tanto a Suprema Corte e a Corte Administrativa passaram a poder questionar a constitucionalidade de leis sobre as quais pairassem dúvidas quanto a sua validade a luz da Constituição. Com esse alargamento foi permitido a análise da constitucionalidade quando do julgamento de um caso concreto, assim, embora limitado ao exercício por parte da Corte Constitucional sua aplicação de forma incidental passou a ser plenamente cabível.

Com a eclosão da Segunda Guerra Mundial e toda a experiência suportada em território europeu, as Constituições que surgiram no pós guerra buscaram resguardar e consagrar vários princípios de justiça e de igualdade, estes foram inicialmente atacados por boa parte da doutrina, especialmente segundo o argumento de que estas normas expressavam unicamente aspirações de cunho moral e político e que não tinham uma forma precisa e concreta de aplicabilidade de execução, além de trazer certa insegurança e instabilidade para o sistema jurídico.

Superada estas alegações, passou-se então a defesa da ideia de que estes princípios só poderiam ser perseguidos pelo Estado quando da sua instrumentalização e normatização por meio de leis infraconstitucionais. Este entendimento, juntamente com o reconhecimento da força vinculativa da constituição, acarretou a organização de um sistema de controle de constitucionalidade em vários outros países da Europa (CLÉVE, 2000).

Tanto a Alemanha com a Constituição de Bonn de 1949, como a Itália um ano antes com a Constituição de 1948, passaram a instituir um sistema de controle de constitucionalidade muito semelhante ao austríaco, inclusive em relação ao impedimento do exercício deste controle por parte de juízes ordinários. E mesmo que havendo certa evolução no que se refere a preocupação quanto ao efetivo cumprimento da Constituição, assim como a compreensão de que os demais poderes não estavam a salvo da tentação de atentarem contra esta, o temor de que um juiz inferior desrespeitasse o precedente constitucional ainda era o principal fator que impedia o alargamento deste controle para juízes inferiores.

O grande avanço trazido por estas duas Constituições ficou representado na possibilidade deste controle de constitucionalidade ser requerido na modalidade direta, inclusive por agentes que não fizessem parte de órgãos do Poder Judiciário, além da ampliação significativa para todos os juízes da prerrogativa, conforme Marinoni (2017, p. 1052) “à Corte Constitucional a análise de lei – prejudicial à solução do litígio – cuja constitucionalidade seja duvidosa.

Estas duas formas de controle de constitucionalidade – Austríaca e Italiana/Germânica, dão até hoje a toada da forma como o controle de constitucionalidade é exercido pelos países europeus, é claro que houve avanços neste campo, como por exemplo, o alargamento em algumas realidades jurídicas, a exemplo de Portugal, da possibilidade de exercício desta prerrogativa para os juízes de primeiro grau, ou seja, a aplicação do controle de constitucionalidade na modalidade difusa. E toda esta história evolutiva faz com que o direito contemporâneo conheça e faça a aplicação de diferentes modelos de fiscalização da constitucionalidade, estando, entretanto, o modelo americano, inglês, austríaco e francês no gene de todos eles.

No cenário do ordenamento jurídico que compõe a União Europeia, não se encontra normativamente estabelecida nenhuma forma de controle de constitucionalidade, que se justifica pela materialidade de os tratados constitutivos e a CDFUE atuarem como a sua carta constitucional. Neste tocante, e conforme já mencionado por ABREU (2017), o Tribunal acaba tomando para si esta tarefa aquando do julgamento de processos por meio do reenvio prejudicial e da ação por incumprimento.

Esta falta de regulamentação direta quanto a um sistema de controle de constitucionalidade se dá, entre outras razões, pelo fato de não existir um verdadeiro poder constituinte na União Europeia (MOREIRA, 2014) e pela ausência, natural e benéfica, de uma hierarquia baseada em uma supremacia a ser desempenhada por um dos entes que formam a União. Esta situação de nenhum modo afasta a natureza constitucional dos tratados que dão

origem e operacionalizam a União, vez que estes são a lei fundamental de uma ampla coletividade política, e apesar de não outorgarem a União uma soberania nos moldes a de um Estado propriamente dito, têm o condão de lhe atribuir igual autoridade, além de torná-la um ente onde a sua submissão ao direito determina a sua dotação de atos jurídicos próprios – cujo referencial de validade é o dos Tratados constitutivos (que atuam, nesse viés, como se de uma Constituição se tratassem) – cuja operatividade, efetividade e observância será assegurada por um sistema jurisdicional complexo que mobiliza, simultaneamente, o Tribunal de Justiça e os Tribunais Nacionais dos Estados-Membros que, atuando no âmbito de aplicação de direito da União, atuam como tribunais funcionalmente europeus (SILVEIRA, 2011).

Aqui é importante observar que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 em seu artigo 16 estabelecia que só seria possível existir uma Constituição de fato em Estados onde houvesse uma separação clara dos poderes e<sup>51</sup> existisse uma *bill of rigths* que estabelecesse os direitos fundamentais dos cidadãos. Deste modo, sobretudo com a força juridicamente vinculativa da CDFUE – e o seu reconhecimento com o mesmo valor jurídico dos Tratados – inaugurou-se uma nova era, permitindo-se que o reenvio prejudicial pudesse simultaneamente atuar como um mecanismo de controlo da constitucionalidade europeia e que se encontra ao serviço da efetivação das dinâmicas jusfundamentais asseguradas e desenvolvidas no contexto europeu. E aqui radica a nossa segunda preocupação – a de que o reenvio poderá atuar como forma de enfatizar a democracia, através do seu papel ao serviço da proteção de direitos fundamentais que se configura como a dimensão material da democracia.

### **3.2. A evolução e dinâmica do controle de constitucionalidade no Brasil**

No que se refere a evolução histórica do controle de constitucionalidade em solo brasileiro, cumpre antes de mais nada observar que este sempre foi muito influenciado pela doutrina estrangeira, especialmente a estadunidense, alemã/austríaca, francesa e portuguesa. Dai talvez um dos motivos deste controle ser tão extenso e complexo nestas terras.

A primeira constituição brasileira de 1824 sob fortes inspirações na revolução francesa, em que pese ter sido outorgada pelo então imperador do Brasil Dom Pedro I, caminhou na mesma direção do que então acontecera na França no que se refere ao reconhecimento do Poder Legislativo como poder maior dentro do Estado, sendo por isso insuscetível as revisões que

---

<sup>51</sup> Cumpre destacar aqui que na União Europeia, não há separação de poderes nos moldes dos modernos Estados De Direito, o que há neste território é um equilíbrio de poderes/equilíbrio institucional que produz os mesmos efeitos e possibilita o alcance dos mesmos objetivos traçados quando da idealização da ideia de Separação de Poderes .

partissem de outro local que não o próprio ente legislativo (CLÉVE, 2000). Assim de forma a não gerar dúvidas ficou estabelecido no inciso VIII do artigo 15<sup>52</sup> que a Assembleia Geral era a única responsável por elaborar as leis, interpretá-las, suspendê-las e/ou revogá-las, não sendo esta atividade passível de delegação para quaisquer outros órgãos.

Ficou assim vedado ao juiz qualquer interpretação que significasse a inaplicabilidade da lei ou a sua recusa, sendo que nos casos de dúvida deveria este socorre-se a Comissão Legislativa da Assembleia. Acerca deste ponto MENDES (2008; p. 1094) esclarece que “não havia lugar, pois, nesse sistema, para o mais incipiente modelo de controle judicial de constitucionalidade”. Assim, cabia ao Poder Legislativo exercer a guarda da Constituição, tarefa esta inclusive preconizada no artigo 15, 9 deste documento, ocorre que não havia nela qualquer disposição que abordasse a forma como esta “guarda” seria executada (CLÉVE, 2000).

De igual forma, é interessante notar que o Imperador do Brasil constituía ele próprio um poder independente dentro do Estado - o Poder Moderador, estando inclusive acima dos demais poderes estatais. Assim detinha para si a prerrogativa de “Sanccionando os Decretos, e Resoluções da Assembléa Geral, para que tenham força de Lei.” conforme estabelecido na Constituição no inciso III do Artigo 101. Desta forma poderia ele próprio exercer certo controle de constitucionalidade das leis produzidos pela Assembleia Geral quando entendesse que estas feriam os princípios e fins da carta magna, entretanto, esta prerrogativa nunca chegou a ser desempenhada e não haveria de ser ante a falta de qualquer debate mais aprofundado acerca deste tema.

Com a Constituição de 1891, que foi fortemente influenciada pelos ideais estadunidenses exortados por meio de Rui Barbosa<sup>53</sup>, houve a instituição da República e de um sistema federativo em território brasileiro, bem como aconteceu a extinção do Poder Moderador até então existente, prevalecendo a partir dela o entendimento de que todos os poderes estavam organizados e estabelecidos em igualdade de condições e força. No que se refere ao poder judiciário, a grande revolução se deu pela garantia da vitaliciedade, pela impossibilidade de redução de vencimentos e pelo reconhecimento de que este poderia exercer o controle de constitucionalidade das leis de forma difusa.

---

<sup>52</sup> Dispunha o citado artigo: “Art. 15. E' da attribuição da Assembléa Geral [...] VIII. Fazer Leis, interpretal-as, suspendel-as, e rovogal-as”.

<sup>53</sup> Rui Barbosa influenciou de forma significativa a redação da Constituição de 1891. Como era um grande admirador do modelo constitucional estadunidense, é fácil perceber a influência deste sistema jurídico no texto final da Constituição. Desta forma, não foi por acaso, em um país sem qualquer cultura de fiscalização constitucional, e mesmo carente de uma jurisprudência forte neste sentido, que o controle de constitucionalidade restou positivado de uma hora para a outra no texto magno.



Esse controle veio instrumentalizado pelo próprio texto constitucional, uma vez que a Constituição passou a dispor entre os artigos 59 e 60 acerca das hipóteses em que o juiz poderia se posicionar em relação a incompatibilidade e ilegitimidade de determinada norma quando analisada sob o prisma da Constituição, algo muito semelhante ao que já acontecia nos Estados Unidos da América.

Entretanto mesmo prescrita esta nova premissa levou certo tempo a ser aplicada, especialmente pela falta de intimidade dos juizes com a nova disposição, o que levou a elaboração da Lei 221, de 20.11.1894 que veio completar a organização judiciária da Justiça Federal e enfatizar por meio do § 10 do artigo 13 que “os juizes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição” (BRASIL, 1894).

Neste contexto, a Constituição de 1891 veio sedimentar e dar as diretrizes para o controle de constitucionalidade brasileiro, sendo que seus efeitos e reflexos são sentidos até hoje no judiciário, na medida em que toda a evolução teórica no que concerne ao controle de constitucionalidade em sua modalidade difusa, tem suas raízes originárias nas bases estabelecidas ainda no século XIX.

Na terceira Constituição brasileira, promulgada em 1934, e muito sob os efeitos das bases estabelecidas pela Constituição anterior e da jurisprudência surgida a partir da sua interpretação, o controle difuso, incidental e sucessivo de constitucionalidade veio bem definido e instrumentalizado (CLÉVE, 2000), não havendo mais dúvidas quanto a prerrogativa dos juizes de primeiro grau e dos tribunais estaduais reconhecerem e declararem a inconstitucionalidade de lei estadual ou federal. Apesar de declarada a inconstitucionalidade os efeitos desta decisão só tinha eficácia *inter partes*.

Assim, de modo a evitar maiores conflitos e equacionar os poderes entre os órgãos, a Constituição de 1937 incluiu a possibilidade de o Senado Federal suspender, no todo ou em parte, “qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário” (BRASIL, 1934, art. 91, IV)<sup>54</sup>. Esta regra entretanto não correspondia as funções tipicamente estabelecidas ao poder legislativo e nas palavras de Marinoni “demonstra o equívoco de se negar eficácia vinculante aos precedentes com base na desgastada ideia de que apenas o

---

<sup>54</sup> O Atual texto constitucional também traz esta possibilidade por meio do artigo 52, inciso X que assim dispõe: “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: [...] X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

Senado Federal pode suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF em sede de controle difuso” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 1062).

É também a partir do texto constitucional de 1937, mais precisamente por meio do artigo 179, que surge o princípio da reserva do plenário. Segundo este princípio uma lei ou ato do poder executivo só poderia ser declarada inconstitucional quando assim reconhecido pela maioria absoluta dos membros da Corte Suprema<sup>55</sup>. A atual constituição brasileira de 1988 em seu artigo 97 também veio estabelecer este princípio.

Os avanços trazidos pela Constituição de 1934 duraram pouco tempo e acabaram por produzir efeitos limitados na doutrina e na jurisprudência, isso porque em 1937, sob um regime ditatorial, era então outorgada uma nova Constituição. Com um viés altamente centralizador e autoritário, apesar de estabelecer e falar na separação de poderes entre Executivo, Legislativo e Judiciário, esta separação não passava de mera formalidade, uma vez que o poder Executivo concentrava boa parte dos poderes dentro do Estado brasileiro e praticamente inviabilizava o Legislativo e o Judiciário.

Neste tocante é importante notar que o controle de constitucionalidade é uma marca típica de Estados democráticos, na medida em que este controle é necessário para se fazer valer os termos da Constituição e proteger esta dos ataques e limitações orquestradas quer seja por indivíduos, a exemplo de presidentes e primeiros-ministros, quer seja por parte dos demais órgãos do Estado. Assim, como é de se imaginar, o texto constitucional de 1937 tinha um caráter notadamente autoritário e fascista, basta para tanto verificar a redação do artigo 73 que assim dispunha: “O Presidente da República, autoridade suprema do Estado, coordena a atividade dos órgãos representativos, de grau superior, dirige a política interna e externa, promove ou orienta a política legislativa de interesse nacional, e superintende a administração do País” (BRASIL, 1937).

Na mesma esteira o artigo 34 estabelecia que era “vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas” (BRASIL, 1937). Esta normativa aleijou seriamente a atividade discricionária exercida pela Suprema Corte, uma vez que o ato de declarar a inconstitucionalidade de uma norma poderia ser facilmente considerado como um ato meramente político e por isso apartado das competências daquela Corte. Além do mais, como o então presidente/ditador Getúlio Vargas exercia seu poder especialmente através da edição de Decretos-Lei era inimaginável que a Suprema Corte contrariasse as suas vontades.

---

<sup>55</sup> A Constituição de 1934 alterou o nome de Supremo Tribunal para Corte Suprema. Esta alteração perdurou até a Constituição de 1946 que veio novamente intitular a Corte como Supremo Tribunal Federal.

De modo a evitar quaisquer contradições a vontade do executivo, o artigo 96 em seu caput, estabeleceu que “só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juizes poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade da lei ou de ato do Presidente da República” (BRASIL, 1937), e buscando realçar ainda mais o caráter autoritário do texto constitucional, o parágrafo único deste artigo previa que para os casos em que fosse declarada a inconstitucionalidade de uma lei que no entendimento do Presidente da República fosse necessária “ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta”, poderia ele submeter esta norma novamente a análise do Parlamento, e se “este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal” (BRASIL, 1937).

Durante a vigência da Constituição de 1937, que perdurou até meados do ano 1946, o controle de constitucionalidade pouco evoluiu ou produziu efeitos, restando inerte e sem grande importância até a promulgação da Constituição de 1946, que veio trazer vida nova e sangue novo para esta matéria.

A Constituição de 1946 veio trazer o país ao reencontro da democracia e veio efetivamente restaurar o princípio da *judicial review* em sua mais ampla aplicação (CLÉVE, 2000). Este novo texto constitucional além de estabelecer as formas e casos em que poderia/deveria ocorrer um controle de constitucionalidade, também introduziu uma nova figura no que se refere ao controle constitucional dos atos praticados pelos e entes federados. Ao criar uma espécie de “ação declaratória de inconstitucionalidade para intervenção” a Constituição de 1946 em seu artigo 7º e 8º estabeleceu os casos em que a União estaria autorizada a intervir junto aos estados de modo a garantir a sua aplicabilidade e preservação quando da verificação de um ato que fosse reconhecidamente contrário ao seu texto.

E em 1967, já o Brasil vivendo um novo período ditatorial<sup>56</sup>, por meio da Emenda Constitucional nº 16 de 26.11.1965 houve um novo avanço nesta temática. Ao buscar alargar a competência originária do STF por meio de uma nova redação da alínea “k” do inciso I do artigo 101, o Congresso Nacional conferiu aquele a competência para “para processar e julgar a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República” (BRASIL, 1946). Em outras palavras, passou a ser possível o exercício do controle de constitucionalidade na modalidade abstrata, até então inexistente no ordenamento jurídico brasileiro.

---

<sup>56</sup> Apesar de haver uma ampliação nas competências do Supremo Tribunal Federal, o que em tese possibilitaria uma maior defesa da Constituição e dos direitos positivos, aspectos fundamentais para uma boa democracia, a então Ditadura Militar aumentou o número de ministros do STF de 11 para 16, e nos anos seguintes por meio de perseguições e aposentadorias compulsórias acabou aparelhando por completo o órgão. Desta forma, o STF passou a ser utilizado como fiador dos abusos cometidos durante o período compreendido de 1964 a 1985.

A citada emenda constitucional buscava ainda reconhecer o efeito *erga omnes* à decisão de inconstitucionalidade exarada pelo STF<sup>57</sup>, esta parte, entretanto, não foi aprovada e os efeitos da decisão continuaram ainda restrito as partes ora litigantes, tendo sua aplicabilidade ampliada para todos apenas quando o Senado Federal reconhecesse esta decisão.

Acerca desta prerrogativa do Senado Federal, cumpre observar que este nunca se viu automaticamente obrigado a suspender a eficácia da norma declarada inconstitucional. Sendo que em muitas oportunidades agia quando entendia conveniente, “ao ser comunicado de decisão proferida em controle difuso ou de decisão tomada em sede de controle abstrato, com o grave inconveniente de frequentemente vir a agir depois de passados muitos anos de a decisão ter sido proferida” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 1067).

Já a Constituição de 1967, conforme observa Marinoni (2017), veio reafirmar e consagrar novamente o controle difuso e a ação direta para o controle de normas oriundas os estados ou do parlamento como já estabelecido pela emenda constitucional de 1965. Ela ainda regulamentou a possibilidade de a União intervir nos municípios quando estes por meio de sua legislação de alguma forma estivessem contrariando o previsto no texto magno, assim como, ampliou os casos de intervenção nos estados quando da mesma ocorrência.

Com a emenda constitucional de 7/1977, que inseriu a alínea “p” no inciso I do artigo 119, passou a ser possível a concessão de medida liminar quando da apreciação da ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral da República. Mesmo com a autorização vinda por meio desta emenda, inicialmente ainda houve grande discussão acerca da legalidade desta medida, especialmente pela argumentação de que ela possibilitava ao Supremo usurpar uma competência, do afastamento de uma lei ou ato normativo, privativa do Senado Federal. Este posicionamento restou vencido, uma vez que se concluiu que a atuação do Senado é mera consequência da declaração de inconstitucionalidade e não uma ação/prerrogativa autônoma e oriunda dele mesmo.

Outra mudança significativa introduzida por esta emenda foi a possibilidade de representação do Procurador-Geral da República, quando dos casos da ocorrência de inconstitucionalidade ou mesmo para a interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual - letra I do inc. I do art. 119. A partir da inclusão desta alínea o Procurador Geral passou a ter a prerrogativa de oferecer perante o Supremo representação com vias a definir a interpretação de

---

<sup>57</sup> A emenda constitucional nº 16 buscava conferir a seguinte redação ao então artigo 64: “Incumbe ao Presidente do Senado Federal, perdida a eficácia de lei ou ato de natureza normativa (art. 101, § 3.º), fazer publicar no Diário Oficial e na Coleção das leis a conclusão do julgado que lhe for comunicado”.

norma federal ou estadual, o que alargou significativamente o campo de atuação desta Corte e trouxe certa estabilidade para o sistema jurisprudencial na medida que fica era responsabilidade unicamente desta o pronunciamento acerca da abrangência e limites de leis federais ou estaduais.

Com a atual Constituição de 1988 o sistema jurídico brasileiro consolidou toda a sua caminhada histórica no que se refere a dinâmica do controle de constitucionalidade, tendo esta sofrido significativo aperfeiçoamento (CLÉVE, 2000). Esta nova carta política veio conferir aos cidadãos brasileiros, o que até então só era possível a partir do entendimento formado pela doutrina e jurisprudência, vários e sofisticados mecanismos de proteção aos seus direitos fundamentais, quer sejam eles individuais, coletivos ou difusos. O mandado de injunção, como já mencionado no capítulo primeiro, é originário deste novo paradigma normativo.

Além da manutenção do controle difuso de constitucionalidade, com a reserva do recurso extraordinário às questões constitucionais direcionado ao Supremo, foi ampliado significativamente o sistema de controle concentrado (MARINONI, 2017). E de modo inovador se estabeleceu o controle abstrato de constitucionalidade por omissão por meio do artigo 103, § 2.º, que dispõe: “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” (BRASIL, 1988).

Outra mudança se deu nos legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade, o que até então era uma prerrogativa unicamente do Procurador-Geral da República, passou a ser competência também do Presidente da República, da Mesa do Senado Federal, da Mesa da Câmara dos Deputados, da Mesa de Assembleia Legislativa dos estados ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, do Governador de estado ou do Distrito Federal, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, de partido político com representação no Congresso Nacional e de confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional<sup>58</sup>.

Foi mantida ainda a representação interventiva, que o mesmo objetivo de outrora, ou seja, a verificação da compatibilidade do direito dos estados brasileiros com os princípios estabelecidos na Constituição ou de lei federal. Ainda, por meio da emenda constitucional 3 de 1993 foi criada a Ação Declaratória de Constitucionalidade, um mecanismo *sui generis* no direito uma vez que se parte do pressuposto de que sancionada uma lei, as dúvidas que podem surgir quanto a mesma se referem a sua inconstitucionalidade e não constitucionalidade.

---

<sup>58</sup> Segundo a redação do Artigo 103 da Constituição Federal da República do Brasil, promulgada em 1988.

### **3.3. O papel do controle de constitucionalidade na consecução de direitos fundamentais**

Inicialmente os direitos fundamentais eram considerados tão somente como declarações de intenções políticas juridicamente facultativas e que não obrigavam os tribunais, que se mantinham em obediência apenas a lei (GRIMM, 2006). Faltava-lhes, pois, uma instancia própria que assegurasse de forma impositiva o seu cumprimento e aplicação. Essa perspectiva só foi alterada quando da evolução da ideia de federalismo<sup>99</sup>, do surgimento de uma corte suprema e do avanço da teoria constitucional, eventos que ocorreram concomitantemente no final do século XVIII e decorrer do século XIX (MIRANDA, 2002). O fruto direto desta evolução pode ser percebido na inclusão de um amplo arcabouço de direitos fundamentais, especialmente aqueles de caráter social, na quase totalidade das cartas constitucionais que surgiram a partir do século XX. Tal fenômeno pode ser facilmente percebido com a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar, Constituição do Império Alemão, de 1918.

De igual forma, a partir deste marco teórico, a tutela dos direitos fundamentais deixou de estar assentada apenas na concepção de defesa do cidadão contra possíveis abusos cometidos pelo Estado, agora os direitos fundamentais passam a exigir uma postura ativa do Estado na defesa do cidadão e estabelecem deveres de proteção ao cidadão. Nas palavras de Grimm (2006), o Estado se transforma em agente de planejamento, desenvolvimento e prestador de serviços para a sociedade, que tem como objetivo garantir a preservação da igualdade e da liberdade de seus cidadãos.

Nesta nova perspectiva a guarda e proteção dos direitos fundamentais foi ampliada para o nível da própria aplicação do direito em todas as suas formas e instâncias, e principalmente, quando da atuação do Estado. Assim, leis ou atos normativos que de versassem sobre a efetivação ou aplicação de um direito fundamental, ou mesmo, que no caso de sua aplicação acabasse de alguma forma restringindo ou limitando a aplicação deste direito, deveriam ser interpretadas a partir das premissas estabelecidas no texto constitucional e a luz de todo o arcabouço dos direitos fundamentais (GRIMM, 2006).

E se durante muito tempo a necessidade de interpretação e aplicação de uma lei em conformidade com o que dispunha a Constituição se encontrou a margem do alcance dos direitos fundamentais, agora essa forma de atuação estava indissociável. No contexto dos países europeus,

---

<sup>99</sup> Neste mesmo sentido, é imprescindível para o um território federado, tal como o Brasil e a União Europeia, que haja uma integração e base sólida no que se refere aos direitos fundamentais e sua defesa, na medida em este aspecto é fundamental para a garantia de certa segurança jurídica e para o fortalecimento da união de direito que dá razão a formação do Estado.

esta nova dinâmica de aplicação dos direitos fundamentais se espalhou amplamente por todo o continente. Na Alemanha, que já vinha exercendo há certo tempo esta nova sistemática de aplicação dos direitos fundamentais por meio de seu tribunal constitucional, com o julgamento do caso Lüth<sup>60</sup> em 1958 restou sedimentada a importância valorativa destes direitos para todo ordenamento infraconstitucional (GRIMM, 2006).

E tão importante quanto a garantia destes direitos plasmados nos textos constitucionais, são as formas e mecanismos de sua proteção. Nesta perspectiva Miranda (2002) muito bem esclarece que a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de um ato só poderá ser mensurado a partir da verificação do comportamento do órgão do poder político responsável pelo mesmo, ou, perante a análise da situação subordinada à Constituição. E esclarece o autor que nesta situação deverá prevalecer, acima de qualquer outra, a norma constitucional que sobre o ato incide.

Em relação a fiscalização da constitucionalidade dos atos normativos, Clève (2000) esclarece que esta demanda a satisfação de alguns pressupostos, sendo estes: i) a necessária existência de uma Constituição formal, e o conceito de formalidade aqui é amplíssimo; ii) a compreensão, por parte dos cidadãos e dos órgãos e poderes que compõe o Estado, de que a Constituição é sua lei fundamental; e iii) a previsão de ao menos um órgão que tenha competência suficiente para em última instância exercer a atividade fiscalizadora da Constituição.

Verifica-se assim que a gênese da garantia e proteção constitucional está assentada na concepção de subordinação à Constituição de todos os comportamentos provenientes do Estado e de seus poderes. E sem menosprezar o papel do cidadão, uma vez que este é um dos principais agentes nesta sistemática, o foco para o atingimento deste fim está em impor a outros órgãos a função de garantia do Estado constitucional através da proteção dos direitos fundamentais (MIRANDA, 2002). A proteção pode se dá por vários meios e de diferentes modos, todavia, é exercida especialmente através de um controle de constitucionalidade forte, rígido e bem estruturado, seja normativamente ou jurisprudencialmente.

Esta forma de controle de constitucionalidade, que faz parte tanto do cenário brasileiro quanto de boa parte dos Estados-Membros que compõe a União Europeia, tem ao longo do tempo

---

<sup>60</sup> O Tribunal Constitucional Alemão foi chamado a se posicionar por meio de um recurso constitucional interposto pelo Sr. Erich Lüth. O autor se insurgia quanto à condenação imposta pelo tribunal de seu estado pelo fato dele ter se expressado publicamente, por diversas vezes, tendo inclusive convocando um boicote, contra os filmes de um famoso cineasta alemão. Sua indignação tinha como base o passado nazista daquele cineasta. O tribunal de justiça ordinária, tomando como base o parágrafo 826 do BGB (Código Civil Alemão), entendeu que a ação do Sr. Lüth, convocando a um boicote ao filme, seria uma ação “contrária à moral e aos costumes”, motivo pelo qual foi acabou condenando-o a se omitir quanto ao filme. Não satisfeito com a decisão o Sr. Lüth se dirigiu até o Tribunal Constitucional Alemão, tendo o tribunal fixado o entendimento que de que o direito fundamental à liberdade de opinião irradiava sua força normativa sobre o direito ordinário, no caso o Direito Civil. Assim, os tribunais ordinários deveriam emprestar prevalência ao significado dos direitos fundamentais, ainda que no caso de relações entre particulares. Veja que neste caso a provocação do Tribunal Constitucional foi fundamental para o estabelecimento de novos paradigmas.

se revelado como uma das criações mais importantes e caras para o direito constitucional e para a ciência política (MENDES, 2008). E nesta esteira, o controle por via judicial, cuja evolução histórica extremamente necessária ao seu entendimento foi cuidadosamente abordada no tópico anterior, tem se revelado como o mais bem-sucedido em todos os modernos Estados de Direito.

É de se observar, entretanto, que o controle exercido por via política, fruto especialmente da desconfiança na capacidade do judiciário em desempenhar este papel, também é utilizado tanto no cenário brasileiro quanto no europeu. Este modelo de controle de constitucionalidade tem suas raízes nas ideologias apregoadas na Revolução Francesa, que reconhecia ao judiciário apenas a atuação como *a bouche de la loi*. Não admitindo assim, no cenário das leis e do direito positivado, uma outra interferência para além daquela proveniente do parlamento ou do contexto político, sob o alegado risco de se comprometer a própria democracia caso essa premissa não fosse observada.

Neste aspecto, conforme pontua Grimm (2006), há uma disputa acirrada, e que tem se mantido precária e pouco produtiva, entre o modelo de controle de constitucionalidade judicial e o político. Esta disputa envolve questões de grande relevo na medida que há o temor por parte de alguns teóricos de que o jogo democrático acabe sendo paralisado por uma extensa limitação imposta pela constituição, por sua vez, há outros que receiam que o “dique constitucional possa ser rompido por uma inundação democrática”, colocando em risco assim o próprio Estado de Direito.

Como se pode perceber da própria sistemática destas duas realidades juridico-normativas, ambos os modelos são operacionalizados e convivem em perfeita harmonia, havendo em alguns casos, como não poderia deixar de ser, certa colisão ou divergência de posicionamentos, o que de modo algum significa qualquer risco a democracia, a separação dos poderes ou aos direitos fundamentais. Entretanto, de modo a se ater as perspectivas e fins traçados para a presente pesquisa, e considerando sua menor notoriedade, o modelo de controle de constitucionalidade exercido pela via político ficará em segundo plano aqui.

### **3.3.1 As principais ferramentas do controle de constitucionalidade no Brasil essenciais à garantia dos direitos fundamentais**

Como mencionado ainda no capítulo primeiro, o mandado de injunção nunca atingiu os objetivos pensados e traçados para si pelos idealizadores do atual texto magno. Enquanto mecanismo que serviria para os cidadãos exigirem do poder legislativo e do Estado as



ferramentas necessárias para o exercício de direitos e liberdades constitucionais, assim como, das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, acabou ficando pelo caminho como mero enfeite jurídico, e conforme bem aponta Hachem, este mecanismo “morreu na contramão atrapalhando o tráfego” (2011, p. 33).

Esta sina do que era para não ser e não foi tem muito a ver com a forma de como o controle de constitucionalidade passou a ser exercido no Brasil após a Constituição de 1988. Os principais institutos plasmados no texto constitucional, e que servem a missão de anular atos que de alguma forma possam ser contrários ao texto constitucional, contrariedade esta que pode se dar tanto de forma ativa como omissiva, por terem maior abrangência e estarem melhor sedimentados na doutrina brasileira, acabaram por indiretamente usurpar boa parte das funções do mandado de injunção.

Diante deste cenário e de forma a manter a coerência metodológica que se pretende atingir ao final deste trabalho, assim como, tendo em vista o arcabouço jurídico que hoje há na União Europeia e que é inversamente proporcional a complexibilidade que o sistema brasileiro apresenta, o foco principal se manterá aqui apenas no controle de constitucionalidade judicial exercido por via incidental, com breves apontamentos acerca daquele exercido também pela via principal. Estas duas formas de controle encontraram na atual Constituição Federal de 1988 seu auge sistemático e metodológico.

No controle incidental a questão constitucional não se apresenta como o problema central. Há neste caso uma discussão comum, entre duas ou mais partes, e que não se confunde com uma questão constitucional propriamente dita (MARINONI, 2017). Todavia, para ser resolvida o litígio em questão é necessário antes de mais nada, a solução de uma questão prejudicial de cunho constitucional, cumpre observar que esta dinâmica muito se assemelha ao que acontece quando do reenvio prejudicial no cenários da União Europeia, com a diferença é claro de que no sistema brasileiro o juízo *a quo* está autorizado a fazer a interpretação necessária para o saneamento da dúvida. Assim, a questão constitucional se revela como um incidente no bojo de um processo autônomo, e o juiz ao se debruçar sobre a mesma e propor uma solução, está a praticar um controle de constitucionalidade de igual característica - incidental.

Cabe observar aqui que não se pode confundir o controle feito por via incidental daquele controle de constitucionalidade exercido na sua modalidade difusa, em que pese as grandes semelhanças e a relação de intimidade existente entre estas duas formas de fiscalização constitucional. Acerca desta diferença, importante observar o que expõe Sarlet, Marinoni e

Mitidiero (2017), destacam os autores que a diferença se dá a partir da verificação se no sistema em questão o controle de constitucionalidade é possível de ser exercício por todos juizes e em toda e qualquer situação, bem como se inexistente uma previsão de exercício deste controle por via direta. Caso estes fatores estejam presentes, o controle de constitucionalidade é exercido de forma difusa e de modo incidental.

Em contrapartida, se o controle constitucional é preservado tão somente nas mãos da Corte Constitucional, assim como foi consagrado no sistema austríaco pré-1929, neste caso o controle deve ser classificado como concentrado, sendo que seu exercício se dá de forma principal. Ainda segundo os autores, isso significa que “nos sistemas em que os juizes exercem o controle de constitucionalidade diante de qualquer caso, e, ao lado disso, este controle também é deferido à Suprema Corte mediante a via direta, há, na realidade, controle difuso decorrente das formas incidental e principal” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 1084).

Já no controle principal, o objeto do litígio é a própria verificação da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinado ato produzido pelos Poderes Públicos. Neste caso a ação que busca discutir esta questão é direcionada diretamente para o STF, que também representa a cúpula do judiciário no Brasil. Na grande maioria dos casos esta forma de controle possui natureza abstrata, mas quando exercida por meio do mandado de injunção, tem natureza concreta na medida que, conforme explica MARINONI (2017), a questão da inconstitucionalidade por omissão objeto da demanda se origina a partir de uma situação particular e concreta, trazida a discussão por um ou mais reclamantes.

Cabe observar aqui que estes autores entendem, diversamente do defendido por muitos outros doutrinadores brasileiros, que o controle de constitucionalidade no Brasil não pode ser considerado um sistema misto propriamente dito, onde há conjugação do de um controle difuso e de um controle concentrado. Na realidade, defendem, há no sistema brasileiro um típico controle difuso, que se conjuga com os controles incidental e principal e os controles concreto e abstrato (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017). Acerca deste ponto, RAMOS (2010) defende que o sistema de controle de constitucionalidade no Brasil é indiscutivelmente baseado em um sistema difuso. Este só poderia ser considerado como misto, ou seja, simultaneamente difuso e concentrado, apenas se algumas categorias dos atos legislativos estivessem sob a tutela de um controle de constitucionalidade exercido apenas por um tribunal único, ao mesmo tempo em que os demais atos legislativos estariam submetidos ao exercício de um controle difuso.

Já no que se refere aos legitimados para propor tanto o controle de constitucionalidade por via incidental, quanto por via principal, estes irão variar conforme o caso e a situação fática em questão. No controle incidental, tanto as partes quanto os terceiros interessados, ou o Ministério Público enquanto fiscal da lei, pode suscitar um incidente prejudicial de caráter constitucional, desde que esta questão prejudicial seja necessária a solução da demanda, ou, que possa interferir no resultado útil do processo. Do mesmo modo, cumpre observar que ainda que não suscitada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo no bojo de uma discussão, os juízes e os tribunais tem a prerrogativa e o dever de declararem a inconstitucionalidade que ali identificarem.

Esta obrigação/dever se dá pelo fato de que o sistema brasileiro reconheceu ao juiz a função de controlar, indiscriminadamente, a constitucionalidade dos atos exarados pelos poderes públicos e que chegassem até sua alçada, seja por via direta, seja por questão incidental. Assim, é absurdo pensar neste sistema que se uma arguição de inconstitucionalidade não for suscitada, estará o judiciário de mãos atadas ante esta, mais uma vez esta dinâmica se assemelha com a forma com a necessidade do juiz europeu, quando diante de uma dúvida que trate acerca da aplicação do direito da União, submeter o ponto controverso à apreciação do TJUE.

Apesar desta possibilidade de reconhecimento de ofício, o juiz brasileiro deve dar a possibilidade para que as Partes exponham suas considerações e posicionamentos acerca da inconstitucionalidade em questão, podendo este debate influenciar no posicionamento do julgador, em especial, quanto aos limites da interpretação ao caso concreto. É buscando realçar esta prerrogativa que o artigo 10º do Código de Processo Civil Brasileiro destaca que “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício” (CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, 2015). De outra banda, este *modus operandi* significa verdadeiro respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa, tão bem consagrado e perseguido pelo texto magno.

Mesmo com toda esta sistematização, segundo Mendes (2008) a Constituição brasileira de 1988 deu muito mais destaque ao modelo de controle de constitucionalidade por via principal, isso fica evidenciado quando constatado que a quase a totalidade das controvérsias constitucionais podem ser levadas a apreciação do STF.

Ainda, o grande número de legitimados a proporem este tipo de controle, assim como, a velocidade com que estes processos chegam até a corte suprema e a possibilidade de por esta

via, através de uma medida liminar, ver suspensa imediatamente a eficácia do ato normativo em questão, constituem elementos potencializadores que ajudam a explicar a tendência de no plano fático esta forma de controle ganhar muito mais adeptos (MENDES 2008).

Outro fator que merece destaque é que ao ampliar significativamente o direito de propositura, o que de modo algum é um problema, a Constituição de 1988 acabou por possibilitar que questões de cunho muitas vezes individuais, ou que se limitavam a um número restrito de pessoas, pudessem ser submetidas a apreciação do STF. Esta amplitude, em que pese benéfica, acaba por sobrecarregar de forma descomunal a Suprema Corte<sup>61</sup>, além de torna-la um juízo de apelação em última instância para toda e qualquer demanda, afastando-a assim de seu caráter principiológico de garantidora da ordem constitucional. Assim, este controle principal, ou por via abstrata como defende Mendes (2008), acaba por desempenhar uma dupla função, ora como instrumento de proteção e defesa da ordem objetiva, ora como instrumento de defesa e proteção de posições subjetivas.

Este sistema, como já observado, de controle difuso de constitucionalidade que concede a juízes e tribunais o poder de afastar ou rever a aplicação da lei em um caso concreto, por meio de questões prejudiciais particulares ou de institutos jurídicos que desempenha este papel, tais como, o mandado de injunção, o mandado de segurança individual ou coletivo, o *habeas data* e a ação civil pública. Assim, é ofertado ao jurisdicionado brasileiro as ferramentas necessárias para que estes vejam cumpridos e aplicados os direitos e garantias constitucionais que fazem *jus*.

De igual forma, pela via principal este sistema congrega um vultuoso leque de ações que servem as mesmas finalidades, são elas: a) ação direta de inconstitucionalidade que visa o afastamento de lei federal ou estadual que esteja em desconformidade com a constituição federal ou estadual respectivamente; b) Ação Declaratória de Constitucionalidade de Lei ou Ato Normativo Federal, desde que haja dúvida acerca da legalidade destes em face do texto constitucional; c) a Representação Interventiva, que é formulada pelo Procurador-Geral da República, em face de ato estadual que afronte direta ou indiretamente princípios consagrados no texto magno, ou mesmo, de modo a assegurar a execução de Lei Federal; e d) a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão, que busca provocar os entes legiferantes a procederem com a normatização de determinado

---

<sup>61</sup> Segundo estudo do Conselho Nacional de Justiça (CNU), somente em 2017 chegaram até o Supremo Tribunal Federal 102 mil novas demandas, o que significou um aumento de 14% em relação ao ano anterior e crescimento acumulado de 60% quando considerada toda a série histórica. Entretanto, embora a procura pelo posicionamento do STF tenha crescido, o acervo de ações teve leve diminuição, isso deu-se em decorrência do aumento dos índices de produtividade da Corte. Neste mesmo ano o Tribunal julgou 123.008 processos, sendo que deste montante, 12.503 decisões provieram de sessões colegiadas e as outras 100 mil decisões foram provenientes posicionamentos monocráticas dos ministros. O que dá uma média de mais de 9.000 decisões proferidas por cada um dos 11 ministros. Fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=365261>. Acesso em 23.09.2019.

direito constitucional. Ressalvado o caso da representação interventiva, todas as outras ações têm seus legitimados estabelecidos no artigo 103 da Constituição<sup>62</sup>.

Como se verifica de todo este contexto, o controle de constitucionalidade no Brasil apesar de sua imensa complexidade e formas de exercício, tem, apesar de tudo, no controle por via incidental um importante sustentáculo, que além de tudo exerce a função primordial de possibilitar a todos os cidadãos as condições necessárias para que estes se imponham ou obriguem do leviatã estatal o cumprimento do texto magno. Função esta, como se verá, não desempenhada diretamente por quaisquer dos instrumentos jurídicos existentes no cenário da União Europeia.

E toda essa dinâmica de controle tem servido muito bem na garantia dos direitos plasmados no texto constitucional, sem a qual muito provavelmente não haveria no que se falar em proteção efetiva dos direitos fundamentais. Para além do mais, é esse controle, conforme bem destaca Cléve (2000), que muito contribui para que o texto constitucional seja considerado para muito além de um estatuto jurídico que busca fazer a repartição dos poderes dentro do Estado e que outorga aos cidadãos direitos e liberdades.

### **3.3.2 A dinâmica do controle de constitucionalidade no cenário da União Europeia e a garantia dos direitos (fundamentais) da União**

Como já se viu, o papel basilar de uma Constituição, para além da organização do Estado e do poder político, é a defesa dos cidadãos que estão sob os seus cuidados contra o poder do Estado (MOREIRA, 2014). E essa defesa se dá através do estabelecimento de direitos e garantias de caráter fundamental, quer sejam prestacionais ou meramente garantidores de liberdade e de proteção.

Ocorre que, durante muitos anos, a União Europeia restou carente, a nível supranacional, de uma legítima *Bill of Rights*, este fato inclusive foi um dos principais pontos que serviram, aos mais críticos, para recusarem o viés constitucional que se adivinhava à União Europeia e que o Tribunal de Justiça, no seu acórdão “Os Verdes” (1986), já havia reconhecido pelo entendimento dos tratados constitutivos como a “a carta constitucional de base” da União Europeia. Essa

---

<sup>62</sup> Conforme inteligência do artigo 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 Assembléia 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”.

ausência inicial de um rol de direitos fundamentais encontra sua justificativa quando observada o contexto que deu início ao que hoje se compreende como União Europeia<sup>63</sup>.

Em sua origem, ainda na sua formação inicial a partir dos tratados que formaram a CECA em 1951, a EURATOM e a CEE, ambas de 1957, não estava no horizonte dos seus idealizadores a criação de uma entidade política, mas apenas a invenção de entes supranacionais que pudessem regulamentar questões comerciais e de defesa a nível europeu. Assim, não faria sentido, e muito provavelmente não seria aceite, a criação de um rol de direitos fundamentais em um contexto puramente de relações comerciais praticada entre estados<sup>64</sup>.

Essa realidade só foi sendo modificada quando da própria transformação e evolução do ideário de integração europeu, que ao longo do tempo foi abarcando outras questões para além do estabelecimento de relações comerciais e de proteção mútua. Neste contexto, paulatinamente a lacuna constitucional quanto ao reconhecimento de um rol de direitos fundamentais foi sendo preenchida pelos posicionamentos e pela jurisprudência do Tribunal de Justiça – que promovia, desde o acórdão Stauder (1969) a proteção de direitos fundamentais no contexto europeu através do seu reconhecimento, na ordem jurídica europeia, como princípios gerais de direito da União, que emergiam das tradições constitucionais comuns aos Estados-membros e dos instrumentos de proteção de direitos humanos de caráter internacional –, nomeadamente despoletada pelos reenvios prejudiciais realizados pelos Tribunais Nacionais dos Estados-Membros e, em alguns casos, pelos próprios tribunais constitucionais dos Estados-Membros. Outro ponto crucial para essa defesa se deu quando o Tratado de Maastricht de 1992 passou a considerar os direitos enunciados na Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) e as tradições constitucionais dos Estados-membros como fontes dos princípios gerais da ordem comunitária europeia (MOREIRA, 2014).

Mas a real concretude dos direitos fundamentais no contexto europeu só surgiu aquando da aprovação da CDFUE no ano 2000. E apesar de sua importância e singularidade, sua força vinculativa só foi reconhecida em 2007 com o Tratado de Lisboa<sup>65</sup>, a partir deste momento passou

---

<sup>63</sup> Há outros fatores que explicam esta ausência de direitos fundamentais legalmente positivados no cenário europeu, o primeiro delas é que até então não havia no cenário internacional nenhuma organização que havia se preocupado em instituir um sistema próprio de garantia de direitos fundamentais, assim, não fazia parte da realidade jurídica da época esta necessidade. Outro ponto que contribuiu para esta ausência foi o fato de todos os países membros das comunidades se apresentavam enquanto Estados Democráticos de Direitos que possuíam na sua ordem interna mecanismos de proteção e garantia dos direitos fundamentais reconhecidos em seus textos constitucionais.

<sup>64</sup> A abstração quanto a questão dos direitos fundamentais era tamanha que nem mesmo o extenso preâmbulo do Tratado de Roma que deu origem a Comunidade Econômica Europeia fazia uma mínima referência à garantia ou proteção dos direitos fundamentais. Assim, e ressalvadas as liberdades econômicas em que se assentava a comunidade, tais como: liberdade de circulação de bens, pessoas e de capitais no espaço da união, liberdade de estabelecimento e de prestação de serviços em território de um outro Estado-membro, e o princípio da não discriminação por razão da nacionalidade, o tratado não demonstrava interesse por outra liberdade, direito ou garantia.

<sup>65</sup> O texto do Tratado foi aprovado pelos Chefes de Estado e de Governo, em 18 e 19 de outubro de 2007, em Lisboa., entretanto, começou a produzir seus efeitos somente a partir do ano de 2009

a estar dotada de força vinculativa enquanto direito primário a ser aplicado por todos os tribunais. Com esta, e nas palavras de Moreira, a União ganhou o seu mais genuíno traço constitucional (MOREIRA, 2014. p. 37).

De forma a abranger o maior número de pessoas possível<sup>66</sup>, uma grande panóplia dos direitos consagrados na CDFUE são aplicáveis não só aos cidadãos europeus, mas também a cidadãos de estados terceiros que se encontrem na União Europeia. Neste sentido, é de se destacar que há direitos que tiveram sua aplicação direcionada diretamente para cidadãos europeus e não europeus autorizados a trabalhar em quaisquer dos Estados-membros, e outros que foram pensados e gestados para cidadãos europeus. Cumpre observar, todavia, que alguns dos direitos elencados na CDFUE foram reconhecidos e direcionados exclusivamente aos cidadãos europeus.

É importante destacar que o controle de constitucionalidade não serve unicamente para proteger os direitos fundamentais. Ele é por si só um fenômeno que está umbilicalmente vinculado ao Constitucionalismo; assim, mesmo no caso de inexistência de um rol de direitos fundamentais reconhecidamente consagrados em um sistema jurídico, ainda assim o controle de constitucionalidade se faria necessário para fazer valer os demais valores consagrados no texto magno.

E antes de se adentrar a forma como propriamente o controle de constitucionalidade é exercido no cenário jurídico da União Europeia, cumpre esclarecer que diferentemente do Brasil e da totalidade dos Estados-Membros que a compõem, este ente político não possui um sistema de controle de constitucionalidade normativamente estabelecido (ABREU, 2017). Assim, o sistema de aferição da regularidade constitucional que hoje está estabelecido na União é fruto direto dos paradigmas e posicionamentos firmados ao longo dos anos pelo Tribunal de Justiça, que tem atuado sempre com o objetivo de garantir a observância de uma tutela jurisdicional efetiva, tal

---

<sup>66</sup> Durante a elaboração da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, uma das questões mais controversas se deu em relação a sua abrangência. Havia uma tendência universalista que buscava reconhecer todos os direitos nela elencados a todas as pessoas que vissem no território da União Europeia, e uma outra perspectiva mais restritiva que buscava reservar certos direitos elencados na Carta aos cidadãos europeus. Da redação final da Carta, resta comprovado que esta segunda corrente sagrou-se vencedora.

como hoje se encontra estabelecida no artigo 19<sup>67</sup> do Tratado da União Europeia e no artigo 47 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia<sup>68</sup>.

Em relação ao Princípio da tutela jurisdicional efetiva, conforme bem pontua Abreu (2017), este possibilita aos jurisdicionados da União europeia o direito de exigir, dela ou de seus órgãos, a prática de determinado ato, ou mesmo a abstenção do exercício de determinada conduta, que possa comprometer, tolher ou afrontar direito ou relação que tenha sido originada por consequência do arcabouço jurídico-normativo da União. Acerca desta dinâmica de auto-dependência-obrigatoriedade<sup>69</sup>, Silveira (2011) é assertiva ao destacar que a União Europeia se vincula à normatividade que ela mesmo cria, uma vez que possui suas próprias instituições, procedimentos autônomos que buscam interpretar e estabelecer as regras europeias, bem como tem estabelecido os mecanismos necessários para combater eventuais violações.

Do mesmo modo, não haveria no que se falar em uma proteção judicial efetiva, e por consequência, em controle de constitucionalidade, se neste cenário não houvesse, por parte dos Estados-Membros, a cooperação necessária. E esta só é possível e factível pois há elevado respeito de ambas as partes – União e Estados-Membros, ao princípio da Autonomia Processual Nacional, extraído da leitura do parágrafo segundo do mesmo artigo 19. Segundo a inteligência deste princípio, os Estado-Membros são os responsáveis pela criação dos instrumentos necessários a proteção, execução e reconhecimento dos direitos derivados do direito da União. Essa razão de ser, além de compartilhar com os Estados-Membros a guarda dos direitos que dão sustentação a União Europeia, respeita a realidade e cultura jurídica de cada um destes entes, evitando assim cisões ou grandes conflitos, quer seja com os responsáveis pela aplicação das leis, quer seja com o sistema e a cultura jurídica nacional.

O Princípio da Autonomia Processual Nacional foi bem delineado pelo TJUE quando do julgado 33/76 de dezembro de 1976, popularmente conhecido como Caso Rewe. Nele o Tribunal reconheceu que na falta de regras da União Europeia acerca de determinado assunto/matéria,

---

<sup>67</sup> Assim dispõe o artigo 19 do Tratado da União Europeia: “1. O Tribunal de Justiça da União Europeia inclui o Tribunal de Justiça, o Tribunal Geral e tribunais especializados. O Tribunal de Justiça da União Europeia garante o respeito do direito na interpretação e aplicação dos Tratados.

Os Estados-Membros estabelecem as vias de recurso necessárias para assegurar uma tutela jurisdicional efetiva nos domínios abrangidos pelo direito da União.

2. O Tribunal de Justiça é composto de um juiz por cada Estado-Membro. O Tribunal de Justiça é assistido por advogados-gerais.

O Tribunal Geral é composto de, pelo menos, um juiz por cada Estado-Membro.

Os juizes e os advogados-gerais do Tribunal de Justiça e os juizes do Tribunal Geral são escolhidos de entre personalidades que ofereçam todas as garantias de independência e reúnam as condições estabelecidas nos artigos 253.o e 254.o do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. São nomeados de comum acordo pelos Governos dos Estados-Membros, por seis anos. Os juizes e os advogados-gerais cujo mandato tenha chegado a seu termo podem ser de novo nomeados”.

<sup>68</sup> Cumpre observar que a Proteção jurisdicional Efetiva, além de cumprir um papel fundamental no controle de constitucionalidade no âmbito da União Europeia, é por si só um Direito Fundamental consagrado a nível de toda a União.

<sup>69</sup> Esta mesma dinâmica acontece em relação ao próprio princípio da Proteção Judicial efetiva, que é ao mesmo tempo um direito fundamental consagrado a proteção dos cidadãos europeus.



caberia “ao sistema jurídico interno de cada Estado-Membro designar os tribunais que jurisdição e determinar as condições processuais que regem as ações legais destinadas a garantir a proteção dos direitos que os cidadãos têm do direito [...] [da União]” (Acórdão 33/76, Considerando 2). Ou seja, foi reconhecido que os Estados-Membros são os responsáveis, a partir de suas regras processuais próprias, por determinar a proteção judicial efetiva dos direitos consagrados pela União. Desta forma, fica patente que estes dois princípios – Proteção Judicial Efetiva e Autonomia Processual, estão intimamente conectados de modo a possibilitar o surgimento “do ambiente necessário para que estruturas judiciais nacionais se sintam empenhadas em desenvolver e buscar soluções, utilizando meios processuais nacionais, numa perspectiva de aplicação estreita de Legislação da UE” (ABREU, 2017, p. 106).

E é a partir desta relação desempenhada pela União e pelos Estados-Membros que surge um completo arcabouço de interjurisdicionalidade responsável por, ainda que implicitamente, exercer certo controle de constitucionalidade, tendo como pano de fundo a garantia de todos os direitos, em especial os direitos fundamentais, consagrados pela União Europeia. E esta proteção e guarda dos Direitos Fundamentais assumiu um papel de centralidade no cenário europeu na medida em que o TUE, na versão que lhe foi dada pelo Tratado de Lisboa, por meio de seu artigo 6º, veio reconhecer força juridicamente vinculativa da CDFUE. Conclui-se, portanto, que esta interjurisdicionalidade<sup>70</sup> se apresenta como um fenómeno de articulação sistémica entre diferentes jurisdições que se complementam e que convivem num mesmo espaço constitucional, através de interações reflexivas de modo a promover plenamente o princípio da tutela jurisdicional efetiva (ABREU, 2017).

É esta interjurisdicionalidade que permitirá aos tribunais europeus a resolução de um conflito a partir do significado que a lei material, que versa sobre a questão, tem no espaço jurídico da União. Nesta perspectiva a conseqüente acumulação, e por vezes sobreposição, dos direitos fundamentais cobrará, segundo muito bem leciona Abreu, uma elevada e adequada organização, principalmente quando esta proteção está sujeita a diferentes padrões de proteção nos vários níveis aplicados no sistema europeu. E essa razão de ser deriva do fato de que a proteção dos direitos fundamentais nesta realidade jurídica, é o produto extraído das diversas tradições jurídicas constitucionais dos Estados-membros, assim como, das derivações internacionais da proteção dos direitos humanos (ABREU, 2017).

---

<sup>70</sup> O conceito de Interjurisdicionalidade é trazido pela professora Joana Abreu em seu texto intitulado “An approach to today’s EU constitutionality control – understanding this EU inter-jurisdictional phenomenon in light of effective judicial protection” e tem sua inspiração no conceito de interconstitucionalidade cunhado por José Gomes Canotilho.

Neste sentido é que Silveira (2012) destaca que a jurisprudência do TJUE é farta de exemplos que ilustram em que medida o reenvio prejudicial tem servido para eliminar obstáculos processuais que muitas vezes impedem a plena aplicação e gozo dos direitos conferidos pela ordem jurídica da União Europeia. E ao servir para este fim, tal mecanismo contribui diretamente para a aplicação eficaz do princípio da tutela efetiva. E amparado sob o condão do reenvio, foi possível a abertura de várias vias de recursos em casos onde o direito nacional buscava, ou efetivamente acabava, por impedir a aplicação do direito da União. São exemplos claros desta abertura os acórdãos Johnston de 1986, Factortame de 1990, Theresa Emmot de 1991, Peterbroeck de 1995, Anomar de 2004 e Unibet de 2007 (SILVEIRA, 2012).

E antes que se ventile eventual conduta exacerbada por parte do Tribunal, na medida em que este efetivamente impõe aos Estados-membros fortes mudanças internas, com base em eventual desrespeito ao princípio da lealdade que obriga a União a observar as identidades constitucionais de cada um dos Estados-membros quando do desempenho de suas funções, princípio este que o Tribunal historicamente tem seguido a risca, não é menos importante o fato de que os Estados-membros não podem versar, ainda que sob justificativas amparadas em sua constituição, quanto a aplicação dos direitos da União, caso contrário estaria pondo em causa a igualdade jurídica dos cidadãos europeus alocados em seu território, que necessariamente devem ser beneficiados das mesmas garantias jurídicas aplicáveis em quaisquer partes do território europeu.

Assim, quando observada toda essa dinâmica, é de se concluir que o reenvio prejudicial se apresenta como um mecanismo fundamental para o exercício deste controle de constitucionalidade, especialmente por possibilitar a comunicação entre os Tribunais Nacionais dos Estados-Membros e o TJUE. Mas não apenas ele, há também que se atentar à Ação por Incumprimento que igualmente desempenha esta função de modo satisfatório, e muitas vezes mais completo, na medida que pode representar uma forma de revisão abstrata da constitucionalidade exercida pelo Tribunal de Justiça, nomeadamente através do ímpeto processual dado pela Comissão Europeia, enquanto ente com legitimidade ativa (ABREU, 2017).

### **3.2.2.1 A ação por incumprimento enquanto potencial mecanismo de controle de constitucionalidade**

A ação por Incumprimento está plasmada no TFUE nos artigos 258 a 260. Este procedimento serve como ferramenta coercitiva a ser instaurado contra o(s) Estado(s)-membro(s),

que em maior ou menor medida, acaba indo ao encontro, ou mesmo, que não procede com todos os esforços para garantir os fins, os direitos e os princípios reconhecidos pela União. Desta forma, tanto a ação quanto a omissão de um Estado ou de seus órgãos<sup>71</sup> pode ser objeto deste processo, ou seja, é o modo mais adequado para demandar os Estados-Membros.

Ao agir assim, a União objetiva com este procedimento mitigar a inobservância e combater o descumprimento das normas e dos princípios que dão sustentação, e que pauta(r)am, a integração europeia, além de garantir que se cumpra o ideário de uma União de Direito, onde esta tem seus pilares fincados (ABREU, 2011). Tal conduta se assemelha em muito com o controle de constitucionalidade exercido no Brasil por meio do Mandado de Injunção e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Importa destacar que por ter uma estrutura que tomou um caráter supranacional, desde o início esteve entre as principais pautas debatidas no seio da União a busca em garantir por parte dos Estados-membros o cumprimento de suas normas e das decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça. E o que tem se percebido é que a ação por incumprimento<sup>72</sup>, após as várias transformações e evoluções sofridas ao longo do tempo, com um contributo direito da jurisprudência do Tribunal de Justiça, tem servido bem a este fim (ABREU, 2011).

É de se observar que, apesar dos objetivos e das funções gloriosas deste instituto, os cidadãos europeus não fazem parte do rol de legitimados ativos que podem dar início a um processo por incumprimento. Esta legitimidade é ofertada apenas a outros Estados-Membros e a Comissão Europeia, conforme determina o artigo 258<sup>73</sup> e 259<sup>74</sup> do TFUE e a posição doutrinária estabelecida.

Ainda assim, os cidadãos não estão totalmente afastados deste mecanismo, na medida que podem apresentar, junto a Comissão, uma queixa referente a eventual ação ou omissão

---

<sup>71</sup> Mesmo que a violação ao direito da União advenha de um órgão ou de uma entidade infra-estadual, será o Estado-membro o responsável pelo ato. No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça tem consolidado que ainda que a violação seja proveniente de um órgão constitucionalmente independente, o Estado-Membro a que ele está vinculado pode ser demandado. Tal entendimento restou firmado quando do Acórdão de 05 de maio de 1990, Processo 77/69, Comissão contra Bélgica.

<sup>72</sup> A ação por incumprimento estão umbilicalmente ligadas, na medida em que o primeiro precisa da segundo para atingir seus objetivos, e a segunda precisa da primeira para poder existir. Não se tratando entretanto de um mesmo mecanismo.

<sup>73</sup> O Artigo 258 do TFUE determina que: "Se a Comissão considerar que um Estado-Membro não cumpriu qualquer das obrigações que lhe incumbem por força dos Tratados, formulará um parecer fundamentado sobre o assunto, após ter dado a esse Estado oportunidade de apresentar as suas observações.

Se o Estado em causa não proceder em conformidade com este parecer no prazo fixado pela Comissão, esta pode recorrer ao Tribunal de Justiça da União Europeia".

<sup>74</sup> O Artigo 259 do TFUE determina que: "Qualquer Estado-Membro pode recorrer ao Tribunal de Justiça da União Europeia, se considerar que outro Estado-Membro não cumpriu qualquer das obrigações que lhe incumbem por força dos Tratados.

Antes de qualquer Estado-Membro introduzir recurso contra outro Estado-Membro, com fundamento em pretenso incumprimento das obrigações que a este incumbem por força dos Tratados, deve submeter o assunto à apreciação da Comissão.

A Comissão formulará um parecer fundamentado, depois de os Estados interessados terem tido oportunidade de apresentar, em processo contraditório, as suas observações escritas e orais.

Se a Comissão não tiver formulado parecer no prazo de três meses a contar da data do pedido, a falta de parecer não impede o recurso ao Tribunal".

imputável a um Estado-Membro e que se revele contrário ao direito da União. A partir desta queixa, fica a Comissão encarregada de verificar os fatos que o particular imputar ao Estado, e se posicionar quanto a procedência de eventual ação por incumprimento (ABREU, 2011). Entretanto, a Comissão não fica obrigada a dar prosseguimento automaticamente, ou mesmo, em emitir um parecer quanto a queixa apresentada por um cidadão europeu.

E é neste aspecto que se assenta parte da crítica doutrinária quanto a este instituto, uma vez que ao não oportunizar aos particulares a prerrogativa de apresentar diretamente sua denúncia ao Tribunal de Justiça, condicionando-os a análise e apreciação da Comissão, sem que esta tenha um obrigatoriedade em emitir um parecer fundamentado sobre a plausibilidade da mesma ou não, indiretamente acaba por limitar a sua aplicação, além de manter os cidadãos europeus afastados do processo de controle (de constitucionalidade) dos atos praticados pelos Estados-membros (ABREU, 2011).

É claro que resta garantido aos particulares a possibilidade de invocarem, perante os Tribunais Nacionais dos Estados-Membros, que são tribunais funcionalmente europeus, tal incumprimento do direito da União e pedirem o ressarcimento dos danos que tal lhes tenha causado através de uma ação de responsabilidade do Estado por violação do direito da União, o que determina que os direitos dos particulares recebem sempre particular acautelamento, sobretudo porque, neste tocante, o reenvio prejudicial desempenha o importante papel ao oportunizar a conexão necessária entre o tribunal nacional e o Tribunal de Justiça, possibilitando ainda que minimamente a correção de eventual ato que pode significar verdadeiro prejuízo aos particulares e aos direitos consagrados no ordenamento jurídico europeu, em especial, aos direitos fundamentais.

Afora esta discussão, figuram inegavelmente como legitimados ativos para propor, perante o Tribunal de Justiça, uma ação por incumprimento, a Comissão Europeia e qualquer dos Estados-Membros. Segundo a inteligência do artigo 258, e conforme bem expõe Abreu (2011), é a Comissão o órgão que demonstra o maior interesse em apontar eventual incumprimento por parte de um Estado, na medida que esta deve se preocupar em assegurar a correta aplicação do direito da União. Em alguns casos de incumprimento a Comissão, por gozar de discricionariedade para o acionamento do Tribunal ou não, se quer chega a acionar este órgão, vez que ela pode alinhar com o Estado infrator a sua conformação e atendimento do direito da União sem a necessidade de instauração de um procedimento formal. Caso essa conformação não acontece, e sem a

necessidade da comunicação de uma queixa, na medida que a Comissão pode agir por iniciativa própria enquanto guardião dos tratados, pode ela dar início a um processo por incumprimento.

Já em relação a legitimidade dos Estados-Membros, estes podem, nos termos do artigo 259 do TFUE, propor perante o Tribunal de Justiça uma ação por incumprimento na qual busquem reconhecer a violação do direito da União por um ou mais de seus pares. Caso decida exercer esta prerrogativa, o Estado reclamante deverá primeiramente apresentar sua queixa junto a Comissão Europeia para que esta oportunize ao(s) denunciado(s) a apresentação de alegações de defesa. Deve a Comissão emitir, em até três meses, parecer devidamente fundamentado acerca da existência ou não da violação em questão (ABREU, 2011). Cumpre destacar que em não havendo pronunciamento da Comissão neste prazo poderá o Estado-Membro dirigir-se diretamente ao Tribunal de Justiça.

Vê-se com esta prerrogativa a preocupação da União em garantir que a inércia ou omissão dos seus órgãos não impeça a efetivação e aplicação de seus direitos e o atingimento de seus objetivos, algo muito semelhante com as intenções do constituinte brasileiro que, ao redigir a Constituição do Brasil, fez o reconhecimento, por meio do parágrafo 3º do artigo 5º, da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. De outra banda, essa forma de ser faz com que haja, ou deveria haver<sup>75</sup>, no âmbito da união certa fiscalização recíproca entre os Estados-Membros de modo a evitar violações ou a diminuição dos direitos da União.

Já no que se refere aos legitimados passivos, como já é de se concluir a partir do que já foi apresentado até aqui, este corresponderá sempre ao(s) Estado(s)-membro(s) que de alguma forma infringiu ou colocou em causa o direito da União. Acerca deste ponto importa destacar que não pode figurar no polo passivo do procedimento por incumprimento, quaisquer dos poderes ou dos órgãos que fazem parte deste Estado, uma vez que a responsabilidade pela aplicação do direito da União é do Estado-Membro na sua globalidade (QUADROS; MARTINS 2005). Este posicionamento ficou sedimentado na jurisprudência, ainda dos anos de 1970, quando da análise do processo 77/69<sup>76</sup> - Comissão x Bélgica, onde o Tribunal de Justiça reconheceu que mesmo se tratando de um órgão constitucionalmente independente, a responsabilidade pelo incumprimento ainda recairia sobre o Estado-membro, uma vez que é este o ente responsável pela tomada de todas as ações necessárias à aplicação e o respeito ao direito da União em seu território.

---

<sup>75</sup> Esta fiscalização recíproca acaba não sendo muito efetiva pois os Estados-Membros de modo geral evitam de todas as formas apontar para a Comissão eventuais violações de seus pares, isso fica evidente quando observado que até 2006 apenas quatro ações por incumprimento haviam sido iniciadas a partir de uma denúncia feita por um Estado-Membro. Essa complacência se dá pelo fato de que os Estados geralmente acabam, mesmo que de modo restrito e em casos isolados,

<sup>76</sup> O processo objetivava a declaração de que a Bélgica não cumpriu as obrigações a ela imputada por força do artigo 95 do então Tratado da Comunidade Econômica Europeia.

Resta observar ainda que a dinâmica de funcionamento e processamento da Ação por Incumprimento se dá em duas fases, um pré-contenciosa e uma contenciosa. Esta primeira fase pré-contenciosa consiste no cumprimento de duas formalidades, o envio de comunicação ao Estado-membro suspeito do cometimento de incumprimento para que apresente suas considerações, e a formulação pela comissão de um parecer fundamentado sobre o incumprimento do Estado-membro.

Percebe-se que o intuito da Comissão nesta fase, além de oportunizar ao Estado-membro o envio de suas considerações e defesa, é possibilitar que este Estado apresente sua justificativa ao incumprimento e possa proceder com a reposição da legalidade amigavelmente (QUADROS; MARTINS, 2005). Assim, vê-se nesta iniciativa uma espécie de aplicação de controle de constitucionalidade a partir da conformação e ajustes entre as partes, algo incomum e que não faz, mas que poderia fazer muito bem, do ordenamento jurídico Brasileiro, especialmente nos casos de omissão por parte do ente legiferante. Quando no campo da conciliação pré-litigiosa não se obtém êxito, e o Estado-membro não atua conforme instruções e indicações preconizadas no parecer da Comissão, esta procederá com a ação por incumprimento perante o Tribunal de Justiça.

A fase contenciosa está configurada na Ação por incumprimento propriamente dita. Uma vez notificado o Estado quanto a necessidade de correção de violação ao direito da União, violação esta devidamente reconhecida e destacada no parecer fundamentado emitido pela Comissão, e este não procedendo com as medidas necessárias ao saneamento desta violação, se dá início ao processamento da Ação junto ao Tribunal de Justiça. Conforme destaca Abreu (2011) a depender da gravidade da violação e de modo a mitigar os feitos desta aos cidadãos, pode a Comissão propor uma providência acauteladora contra o Estado-membro.

É importante destacar que abertura de uma Ação por Incumprimento não necessariamente culminará no reconhecimento de um ato ilegal praticado pelo Estado-membro e sua consequente punição. Conforme relatório emitido pelo Tribunal de Justiça no ano de 2018, em 60 ações e recursos diretos em que este órgão foi chamado a se posicionar acerca de infrações cometidas pelos Estados-Membros, em 30 deles foi reconhecido o incumprimento, em alguma medida, por parte daqueles, o que evidencia, por outro lado, que em uma quantidade significativa de ações o Estado havia agido dentro da legalidade e de suas prerrogativas.

Já a decisão exaurida pelo Tribunal de Justiça em sede da Ação por incumprimento assume a natureza de acórdão. Neste acórdão, que tem natureza meramente declaratória, o

Tribunal dispõe se determinado Estado-membro procedeu ou não com o incumprimento das obrigações a ele impostas pelo direito da União (ABREU, 2011). Resta destacar que o Tribunal está apenas adstrito a este reconhecimento, não agindo de forma a determinar as medidas ou ações necessárias e capazes de superar a situação de incumprimento. Esse modo de ser se dá pela prerrogativa de não intervenção da União nos assuntos internos dos Estados-membros (SILVEIRA 2011). Devendo estes se conformarem e conscientizarem quanto à necessidade da efetiva aplicação do direito da União. É claro que enquanto esta conformação não se dá por livre e espontânea vontade, fica o Estado-membro sujeito a sanções e penalidades aplicadas pela União Europeia.

Nesta perspectiva, vê-se neste instituto uma clara ferramenta ao serviço do controle de constitucionalidade no território da União, vez que está relacionado a uma revisão constitucional abstrata feita por um tribunal especialista (ABREU, 2017). Um controle que se dá em uma sistemática multinível, de interação entre vários entes – Comissão, Estado-membro e Tribunal de Justiça, e que é fundamental para a efetiva implantação e aplicação do direito da União por todos os Estados que a constituem.

Por tudo isso, fica evidente que há uma relação de completude e interdependência entre o reenvio prejudicial e a ação por incumprimento, na medida que na falta de um será o outro o responsável por proceder, ainda que minimamente e dentro das limitações e barreiras impostas pelo ordenamento jurídico europeu, com a devida, e ainda não reconhecida, revisão constitucional. Revisão esta que tem, por meio do papel singular e muitas vezes inovador do TJUE, feito com que haja um avanço significativo na proteção, implementação e aplicação dos direitos fundamentais a nível da realidade jurídica da União Europeia.

E mais uma vez recorrendo a Abreu (2017), percebe-se que a decisão prejudicial, produto de uma ação por incumprimento, estar ao serviço da proteção dos direitos fundamentais, além de possibilitar um controle constitucional *sui generis* por meio do Tribunal de Justiça, ao considerar inválida uma regra jurídica europeia, estará fazendo quando tomar por referência legal os Tratados constitutivos e a CDFUE.

Já no cenário brasileiro, o mandado de injunção desempenha um papel coadjuvante e de pouca importância no que se refere ao controle de constitucionalidade e garantia dos direitos fundamentais plasmados no texto magno de 1988. Assim, se não fosse a ação dos demais meios de controle de constitucionalidade, a revisão judicial e a fiscalização constitucional estariam feridas de morte. Entretanto, a culpa por esta inefetividade não deve recair unicamente sobre o instituto,

vez que desde o seu nascedouro o ente legiferante brasileiro não traçou um caminho claro a ser seguido quando do uso deste instrumento, e ainda, outorgou a outras ferramentas muito mais efetividade na defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos.



#### **4. A DEMOCRACIA DO SÉCULO XXI E A NECESSIDADE DE NOVAS FERRAMENTAS POSSIBILITADORAS DE MAIOR PARTICIPAÇÃO POLÍTICO-CIDADÃ**

A democracia tornou-se o regime político adotado na quase totalidade dos Estados modernos, fato este que fez com que esta seja onipresente em várias partes do mundo. Este sistema político tem sido objeto de estudo e de interesse do ser humano desde o início da história ocidental, prova disso são alguns textos escritos por Platão e Aristóteles acerca do tema ainda no século IV e III antes de Cristo<sup>77</sup>. Cumpre destacar que, apesar disso, a democracia moderna difere por completo daquela pensada e teorizada por estes e outros autores antigos<sup>78</sup>. Esta Democracia atual, com as características hoje aplicadas e exercidas pelos Estados, tem sua origem num tempo muito mais recente, mais precisamente no final do século XIX (BEÇAK, 2013).

É Tocqueville (1959) um dos principais responsáveis por refundar o conceito de democracia na modernidade, vez que esta esteve sempre vinculada a ideia de governo tirânico da maioria onde a desordem imperava. Destaca o autor que o florescente Estados Unidos da América então seria, enquanto Estado, a forma mais autêntica da democracia dos modernos em contraposição a democracia dos antigos, a mudança radical deste sistema se deu pela figura da representação política como condição essencial para a participação de todos<sup>79</sup> na política<sup>80</sup> e no seu processo.

Com o surgimento dos partidos políticos em meados do século XIX, o modelo de representação política começa a ganhar novos contornos, vez que esta até o momento só se dava timidamente por meio de associações de classe pouco ou nada organizadas. Destaca-se que inicialmente os partidos políticos sofreram grande resistência da sociedade, em especial por serem considerados enquanto verdadeiras agremiações com interesses particulares que tinham como objetivo a prevalência destes interesses em detrimento dos demais, assim, significavam uma verdadeira ameaça à existência do bem comum (DALARI 2009).

---

<sup>77</sup> Em partes dos textos de “A República”, “Apologia de Fédon” e “Criton” Platão já traz algumas referências sobre a Democracia, por sua vez, em fragmentos de “A Política”, “Ética a Nicômaco” e “Arte Retórica e Arte Poética” Aristóteles também aborda o tema da democracia.

<sup>78</sup> Para os gregos a democracia era uma relação inerente a pólis (cidade). A sociedade era considerada o próprio Estado, não havendo nenhuma separação entre estes, ainda, havia a subordinação da vida privada ao interesse público, assim como, apenas os cidadãos da pólis é que poderiam participar da vida política desta. É importante destacar que haviam várias condicionantes empregadas aos indivíduos de modo geral para que estes fossem considerados cidadãos.

<sup>79</sup> O conceito de “todos” ao que o autor se refere está recheado de limitações naturais e históricas empregadas há época, como um bom exemplo pode ser verificado que o voto estava franqueado somente aos homens, livres, com condições censitárias específicas e limitadoras. Sob a ótica atual se verificará que uma grande parcela da sociedade estava à margem da representação política, não tendo, quer direta ou indiretamente, quaisquer influências sobre esta.

<sup>80</sup> O termo “política” é utilizado nesse trabalho em uma acepção ampla, que transcende uma conotação partidária ou de luta pelo poder.

E a partir da evolução e teorização acerca da função e do objetivo dos partidos políticos, estes passam a assumir, e o povo compreendeu esta função, o papel de representação das expressões e da heterogeneidade do povo formador do Estado<sup>81</sup>. A partir desta virada conceitual a democracia passa, antes de tudo, a significar representação política, representação esta que só poderia se dar por meio dos partidos políticos devidamente organizados. Assim, associação dos partidos políticos com a democracia torna-se imprescindível, na medida que são aqueles os intermediadores do poder político da sua origem no povo, até a sua aplicação por meio das instituições do Estado.

Entretanto, não só os partidos políticos podem ser considerados como principais fiadores da democracia moderna, uma vez que a própria origem do Estado Democrático de Direito se dá em um momento muito anterior ao surgimento daqueles. Este Estado, que tem suas bases estabelecidas na necessária participação popular no processo decisório, no controle do poder estatal e no estabelecimento de direitos e garantias fundamentais, tem sua origem nas lutas travadas ainda no século XVII e XVIII contra o absolutismo, assim como, na busca pelo reconhecimento de direitos naturais inerentes a pessoa humana. Aqui a influência de teóricos jusnaturalistas, a exemplo de Locke e Rousseau, foi imprescindível para o estabelecimento das bases daquilo que hoje o constitucionalismo contemporâneo reconhece como dignidade humana.

E tomando como base a observação feita por Dallari (2009), foram três grandes movimentos político-sociais os responsáveis por transpor do plano teórico para o prático estes ideais e princípios que até hoje norteiam e conduzem o Estado Democrático de Direito. O primeiro deles aconteceu na Inglaterra, no século XVII, a chamada revolução gloriosa, ou revolução inglesa, teve como resultado a produção de uma *bill of rigth* que garantia aos nobres ingleses direitos oponíveis a qualquer outro cidadão inglês, inclusive o próprio monarca. O principal avanço trazido por esta carta se encontra em dois pontos básicos, o objetivo de estabelecer limites ao poder absoluto do monarca e a maior influência do protestantismo, tais aspectos acabaram contribuindo para o reconhecimento dos direitos naturais dos indivíduos, que nasciam livres e iguais, e a noção de governo da maioria, que deveria ser exercido por meio do poder legislativo (DALLARI, 2009).

Já o segundo movimento político social que influenciou diretamente na construção deste estado democrático de direito está plasmado na revolução americana, cujos princípios foram expressos na declaração de independência das treze colônias americanas em 1776. Foram estes

---

<sup>81</sup> Um exemplo claro da evolução de grandeza do papel dos partidos políticos pode ser percebido quando verificado que em 1850 apenas os Estados Unidos da América possuíam, no sentido moderno do termo, partidos políticos devidamente constituídos. Já em 1950, decorridos pouco mais de um século, estes existiam e funcionavam na quase totalidade das nações civilizadas, e mesmo naquelas onde estes ainda não haviam sido instituídos, já havia fortes movimentos para sua institucionalização.

princípios que guiaram a redação da primeira Constituição moderna, a Constituição Americana de 1787, e que deram o pontapé inicial para a teoria do constitucional contemporânea (LEAL, 2009). Por fim, a revolução francesa de 1789, que teve como principal virtude o reconhecimento da universalidade de alguns direitos inerentes ao cidadão. Tais direitos foram condensados na Declaração Universal do Homem e do Cidadão, que até os dias atuais serve de inspiração para a redação de textos de tratados internacionais, sendo um exemplo claro disso a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Foram estes movimentos e essas ideias, expressões máximas do pensamento político da Europa do século XVIII<sup>82</sup>, que determinaram e determinam as diretrizes da organização do Estado Democrático de Direito. Assim, o Estado Democrático de Direito, que ficou consolidado como ideal supremo a ser atingido por todos os Estados modernos, tem sua base estabelecida em três pontos fundamentais: a supremacia da vontade popular, que deve ter a ela garantida meios eficazes de participação no jogo político, a preservação da liberdade, liberdade esta entendida como a garantia de não intervenção do Estado para além daquelas legalmente autorizadas e justificadas, e a igualdade de direitos, concebida enquanto proibição de distinções no gozo e no acesso a direitos, sejam eles fundamentais ou não.

Neste contexto, as democracias modernas são caracterizadas, conforme bem destaca (GRIMM, 2006), por nelas o poder político ser outorgado e exercido de forma consensual e dentro de algumas regras. Este poder político emana diretamente do povo, e é exercido, por meio da outorga deste, por órgãos que necessariamente precisam responder perante o povo por suas ações e condutas. Todavia este povo não é uma unidade uniforme e homogênea, cuja vontades e manifestações são pré-existentes e apontam para uma mesma direção.

Este povo, ou comunidade, é composto por indivíduos que possuem uma vasta heterogeneidade, onde na maioria das vezes as suas opiniões, posicionamentos e interesses estão em polos opostos, antagônicos e/ou conflitantes entre si. Assim, a outorga e exercício do poder político deve ser feita por meio de um processo político onde as instituições formadoras do Estado tentam chegar, por meio de negociações, a maior unidade possível. Unidade esta que possa congrega o maior número de indivíduos possível, devendo sempre ser respeitados as garantias e direitos fundamentais das minorias e dos grupos opostos.

---

<sup>82</sup> A Revolução Americana tem sua origem na também insatisfação com o absolutismo inglês, que apesar de desempenhado e exercido do outro lado do atlântico, acabava por interferir diretamente na vida política e no governo das treze colônias. Foi a par de uma posição antiabsolutista na Inglaterra e pela influência protestante que os norte-americanos partiram para a busca de sua independência.

Um dos problemas centrais deste sistema, onde a posse e o poder público em si estão separados, está assentado na tarefa de mediar a relação do povo com os órgãos e instituições do Estado, estando estas, órgãos e instituições, na maioria das vezes buscando certa autonomia e dominação em relação ao primeiro (GRIMM, 2006). A solução encontrada para esta constante disputa, em que na maioria das vezes o povo se saíra perdedor, foi o estabelecimento de uma lei maior que fosse capaz de organizar e limitar o poder político, congregando todos os principais direitos reconhecidos dentro do Estado, proceder com a separação dos poderes e garantir a eleição periódica e a alternância de poder, são estas finalidades que a Constituição busca atingir.

De outra ótica, e trazendo à baila as lições de Bobbio (2018), a democracia deve ser considerada enquanto o sistema político onde há um conjunto de regras, primárias e fundamentais, que estabelece quem está autorizado a tomar as decisões que impacta e dizem respeito a toda a sociedade, assim como, em quais condições e que procedimentos devem ser respeitados quando do exercício desta prerrogativa. Os sujeitos chamados a tomada da decisão, ou a colaborar com esta, devem estar reconhecidos e autorizados a assim agirem pela lei fundamental que rege o Estado, em havendo qualquer desrespeito a estas premissas, não será possível afirmar a existência de uma democracia autêntica e, por consequência, de um Estado de Direito pleno.

Já para Leal (1997), para que uma sociedade ou Estado seja considerado democrático, é necessário a existência de alguns mecanismos e procedimentos que possibilitem a formação da vontade política, assim como, que exista um núcleo de direitos fundamentais invioláveis que de forma efetiva e mais abrangente possível possibilitem a participação dos cidadãos na tomada das decisões públicas.

E afora os desacordos que podem se dar em torno do conceito de democracia moderna, é de se concluir que esta expressão está sempre relacionada a um sistema político que tem suas bases estabelecidas em princípios consagradores da liberdade e da igualdade de todos os indivíduos, onde há um documento político-jurídico que serve de norte na condução da vida social em conformidade com tais valores. Além disso, a tomada de decisões neste sistema se dá por meio da ação direta dos cidadãos, ou, como é mais comum de acontecer, por meio de representantes eleitos por aqueles (MELLO, 1998).

Assim, a salvaguarda deste documento político-jurídico, a Constituição, para além de ser uma garantia aos indivíduos, é um dever para estes enquanto cidadãos. É a constituição a própria essência da legitimidade, e sem legitimidade não há democracia, e por sua vez, sem democracia

o Estado de Direito não tem como se sobressair e prevalecer. Para além disso e conforme defende BONAVIDES (2001), a democracia na atualidade deixou de ser apenas uma forma de governo, se transformando mesmo em um princípio constitucional de alta juridicidade na hierarquia dos ordenamentos jurídicos, devendo inclusive ser reconhecida enquanto direito de quarta geração, que congrega todos os outros direitos fundamentais.

E no que se refere ao papel da Constituição, Dallari (2009) defende que esta se apresenta enquanto vontade política de um povo, que está condensada em uma lei que é superior a todas as outras e que “visando a proteção e a promoção da dignidade humana, estabelece os direitos e as responsabilidades fundamentais dos indivíduos, dos grupos sociais, do povo e do governo” (2009, p. 23). Na mesma direção, Frei Caneca, citado por Silva, defende que a Constituição “não é outra coisa, que a ata do pacto social, que fazem entre si os homens, quando se ajuntam e associam para viver em reunião ou sociedade” (SILVA, 1998, p 92).

Sobre esta visão, cumpre observar que a Constituição brasileira logo no seu artigo primeiro de forma clara e taxativa deixa registrado que a república brasileira se constitui em um Estado Democrático de Direito. Além disso, da leitura sistemática da carta constitucional fica evidente que a democracia, para além de um primado, se estabelece enquanto direito fundamental imprescindível a existência, manutenção e desenvolvimento do Estado brasileiro. No mesmo sentido, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, logo no parágrafo segundo do seu preâmbulo, estabelece que a União Europeia está assente em princípios democráticos e do Estado de Direito. Além disso, segundo o seu preâmbulo, a Carta está baseada nos valores universais da dignidade humana, da liberdade, da igualdade e da solidariedade, valores estes indispensáveis para a aplicação e exercício da democracia e do desenvolvimento do ser humano.

Quanto ao valor jurídico deste preâmbulo, Freixes (2013) esclarece que, apesar de serem poucas as Constituições que contam com este introdutório, sempre houve constante debate acerca da eficácia jurídica destes textos que precedem os artigos da Constituição. Neste contexto foram vários os Tribunais Constitucionais Europeus, a exemplo do Conselho Constitucional Francês e o Tribunal Constitucional Espanhol, a se posicionarem no sentido de reconhecer a força normativa do conteúdo destes textos introdutórios.

Nesta perspectiva, e seguindo o mesmo critério do Tribunal Constitucional Espanhol, Freixes conclui que “tal preâmbulo contém critérios hermenêuticos que deverão presidir à interpretação de qualquer artigo da Carta dos Direitos Fundamentais, tanto quanto for aplicada

pelas instituições e órgãos da União no quando das suas competências[...]” (FREIXES, 2013, pag. 29).

E igualmente da leitura sistemática da CDFUE, percebe-se que o princípio democrático norteia todos os direitos nela estabelecidos, na medida que não há possibilidade em se falar em dignidade, liberdades, igualdade, solidariedade, cidadania e justiça, valores máximos consagrados no texto da Carta, em um contexto autoritário onde os cidadãos, neste caso os cidadãos europeus de forma geral, não fazem parte dos processos decisórios e não são, em último fim, os reais titulares dos poderes políticos.

Ao constar nos textos da Constituições como uma norma a ser seguida, a democracia assume, além de sua perspectiva filosófica e política, um conceito jurídico, neste sentido Barzotto leciona que:

A democracia, ao se fazer presente no texto constitucional, torna-se um conceito jurídico, tendo o seu sentido determinado a partir do texto constitucional. A filosofia do direito deve propor modelos de interpretação que, partindo do postulado hermenêutico de que o texto constitucional forma uma unidade de sentido, explicita o conceito de democracia de um modo coerente com os fundamentos do constitucionalismo contemporâneo, como, por exemplo, as noções de Estado de Direito, direitos fundamentais e bem comum. (BARZOTTO, 2003, p. 9)

Para além disso, tanto o texto constitucional brasileiro quanto os tratados da União Europeia buscam dar uma nova compreensão ao papel do Estado Democrático de Direito na vida dos cidadãos. Concepção esta que começou a ser aplicada especialmente no pós-Segunda Guerra, com o surgimento do *Welfare State*, ou Estado de Bem-Estar Social<sup>384</sup>. Como consequência deste novo paradigma ocorreu um processo de publicização de vários ramos do direito público, esse fenômeno caracteriza-se pela intervenção do Estado no direito com vias a proteger os indivíduos hipossuficientes, além disso, além disso, houve um extenso processo de profunda constitucionalização do direito privado. Estes fenômenos contribuem significativamente para uma maior participação do indivíduo na vida política destes dois entes políticos.

Neste sentido, e trazendo a lição de Boaventura de Sousa Santos, o direito público passa a ter a função de evitar o retorno do absolutismo, especialmente a partir da adoção de mecanismos

---

<sup>384</sup> O Estado de Direito, assentado principalmente na ideia de um Estado Liberal, já havia passado por uma grande transformação quando nos fins do século XIX e início do século XX começou a não só considerar direitos fundamentais sociais, mas também a buscar efetivá-los. Com o fim da Segunda Guerra Mundial, e pelos horrores enfrentados neste período, o ideário de um Estado de Bem-Estar Social começa a ser fortemente teorizado e buscado especialmente na Europa. No Brasil este só vai ganhar corpo efetivamente a partir da Constituição de 1988, entretanto, não logrou até o momento os mesmos êxitos que os países Europeus.

<sup>385</sup> Conforme bem destaca Bonavides (2004), o Estado de Bem-Estar Social não pode ser confundido com o Socialismo. Este último é uma doutrina que se opõe drasticamente ao capitalismo selvagem, e que busca mudar radicalmente o eixo político do Estado, de forma a solucionar os problemas sociais que atingem o Estado e superar definitivamente o capitalismo. Já o Estado de Bem-Estar Social, mantém a aplicação do capitalismo, ou qualquer outro sistema de governo, vez que seus objetivos, de consagração e atingimento de direitos sociais, não dependem diretamente destes.

de limitação do Estado e de uma efetiva separação de poderes, assim como, a partir da promoção censitária da “melhor sociedade” na sociedade política, estes aspectos seriam imprescindíveis para uma participação pluralista e extensiva de toda a sociedade no processo decisório a cargo dos poderes públicos. Já o direito privado deveria buscar resguardar, por meio de uma quantidade limitada de leis, a liberdade, a igualdade e a propriedade dos cidadãos (SANTOS, 2000).

Na mesma direção Silveira (2011) esclarece que a democracia é muito mais que apenas legitimar o exercício do poder político, ela também é essencial para a existência da diversidade e do pluralismo, características estas inerentes aos seres humanos, o que permite, como já citado, a convivência e acomodação de opiniões e interesses diversos. E uma sociedade plural é o resultado do funcionamento de instituições independentes e livres, vez que ela expressa distintas ideias e interesses, e de um arcabouço normativo forte no que se refere a prescrição de direitos, na medida em que estes possibilitam o florescer desta pluralidade.

Por tudo isso fica evidente que o paradigma do Estado Democrático de Direito necessita, conforme defende Theodoro Filho (2005), de um direito participativo, heterogêneo e aberto. Que possa ser capaz de compreender direitos sociais difusos (direitos de terceira geração) e dar real significado aos direitos de liberdades e de igualdade (direitos de primeira e segunda geração), introduzindo-os efetivamente no debate público. Ao agir assim o Estado possibilita que a comunidade assuma um papel relevante na atividade política e no processo decisional que está em seu entorno.

Apesar deste cenário, de busca de maior participação popular, de outorga aos cidadãos de mecanismos de controle e fiscalização dos poderes públicos e etc., a democracia tem enfrentando alguns questionamentos e algumas crises nos últimos tempos. Estas têm se dado especialmente pela desconfiança nos poderes legislativos e executivos, pelos avanços tecnológicos que têm trazido para um Estado moldado sobre as necessidades do século XVIII e XIX problemáticas das quais este, ao menos momentaneamente, não está suficientemente preparado para lidar, pelas novas complexibilidades apresentadas no seio social, enfim, pela natural evolução da sociedade e de seus anseios.

Estes fatores que têm convulsionado o quadro clássico da democracia, suscitam, conforme destaca Bandeira de Mello (1998)<sup>85</sup>, a busca por mecanismos que aprofundem ainda mais a participação democrática, e que possam efetivamente protegê-la dos ataques das maiorias

---

<sup>85</sup> Celso Antonio Bandeira de Mello direciona sua crítica em especial para o aumento do poder executivo em relação aos outros poderes do Estado, Legislativo e Judicial. Esta preponderância se daria especialmente pelo fato do poder Executivo, enquanto sucessor natural do poder do soberano, cedo buscar recuperar, em detrimento das Casas Legislativas, os poderes normativos e divisionais que as revoluções liberais lhe haviam retirado.

passageiras, ou de governos autoritários, tendo sempre como pano de fundo, a garantia da dignidade humana, dos direitos fundamentais e de um Estado de Bem-Estar Social.

Acerca deste cenário Beçak vem esclarecer que:

Apesar da evidente ampliação do espectro dos habilitados a participar da cidadania ativa, a ânsia por mais e melhores práticas que permitissem uma busca mais efetiva de legitimidade na democracia, fará com que se acentue a busca por práticas de democracia semidireta. A democracia parecia a muitos ser um bonito nome para um sistema meramente formal e de tal forma afastado da concepção idealizada que, seguramente, não havia como estabelecer paralelo razoável entre a vontade do eleitor e a do eleito. A existência dos desprestigiados “governos de Assembleia” acentuava tal acepção, na medida em que estavam mais para câmaras burguesas de representação da vontade desta classe social ou pior, de interesses unipessoais (BEÇAK, 2013, p. 5).

No contexto europeu Grimm (2006) destaca que o necessário processo de mediação da democracia há muito já não tem decorrido de modo satisfatório a nível dos Estados-membros, por um lado devido ao aumento da autovinculação dos partidos políticos, por outro, devido às semelhanças dentro da representação de interesses<sup>86</sup>. Além disso, os *déficits* no sistema de comunicação, que a nível da União direciona seus enfoques muito mais a temas econômicos e de mercado, deixando de lado a formação da opinião pública e a participação política.

Segundo o mesmo autor, faltam a nível da União mesmo até condições prévias e uma estrutura intermediária que possibilite a criação de um sistema partidário europeizado, sendo este sistema dominado muito mais por facções e grandes grupos de interesse. Além disso, não há uma cooperação<sup>87</sup> articulada entre partidos políticos com programas similares que pudesse causar, ainda que apenas no momento das eleições, uma integração entre a população europeia.

De outra banda, a falta de uma mídia europeia forte e integrada<sup>88</sup>, assim como, a inexistência de associações e movimentos populares a nível da União, representam outro fator motivador a crença de uma democracia funcional e sistematicamente inferior a vivenciada à nível da realidade dos Estados-membros. Esses fatores têm ensejado a busca por mecanismos que

---

<sup>86</sup> É infundada a alegação de que na União Europeia existe um déficit democrático que supostamente seria uma das causas que mais impactaria para o não reconhecimento desta enquanto um ente político verdadeiramente democrático. É infundada esta alegação na medida que a União Europeia possui tribunais que garantem os direitos e as liberdades dos indivíduos, no âmbito de uma União de direito orientada por padrões de jusfundamentalidade, o que por si só já demonstra uma democracia substantiva e material, mas também pelo fato de que os cidadãos europeus e os Estados-membros participarem ativamente da concessão e limitação do poder político.

<sup>87</sup> Nos últimos anos, a preocupação com as mudanças climáticas e a crise migratória têm sido pautas capazes de gerar união e integração de um número significativo de cidadãos dos mais diversos países europeus em busca de soluções e alternativas para tais problemas. Entretanto, a união em torno destes temas por si só não pode ser considerada como movimentos sociais capazes de gerar a necessária integração a uma efetiva participação democrática a nível da União Europeia.

<sup>88</sup> Uma mídia forte e integrada a nível da União Europeia não pode ser confundida com o aumento de informações sobre temas europeus na mídia nacional, vez que esta se direciona a um público nacional e fica restrita às visões, perspectivas, vícios e hábitos da mídia nacional, que em muitos lugares é dominada por grupos de interesses.



possibilitem aos cidadãos europeus participar mais ativamente do processo decisório e do controle do poder político no nível da União.

Afora todas estas questões, outro grande obstáculo que impossibilita uma maior integração democrática no contexto de interjursfundamentalidade e de interjurisdicionalidade da União se encontra na diversidade linguística presente no território da União. É indiscutível que a comunicação está ligada a capacidade das pessoas manterem interações sociais, bem como adquirirem conhecimento e interpretarem o mundo e as relações que as cercam. Ou seja, é condição indispensável para a participação democrática uma integração linguística mínima, e esta integração não necessariamente significa a disposição das pessoas falarem o mesmo idioma, mas sim, destas possuírem condições de interação e comunicação. Ainda, as informações e a participação na vida política, condições básicas para uma existência democrática, só são transmitidas e praticadas através do exercício destas duas condições (GRIMM, 2006).

Assim o fato de a União congregar um total de 24 línguas oficiais<sup>89</sup>, das quais nenhuma abrange uma maioria significativa da população, mesmo o inglês o francês e o alemão<sup>90</sup> não conseguem atingir tal fim, dá uma boa dimensão do papel que esta desempenha enquanto obstáculo a uma maior participação democrática a nível da União. E mesmo havendo um esforço hercúleo da União e de suas instituições<sup>91</sup>, esforço este louvável e que verdadeiramente busca diminuir as barreiras impostas pela língua, ainda assim nestas há um predomínio destas três línguas. Há quem defenda, como Abreu, Silveira e Moreira, o contrário, ou seja, que no contexto onde há esta farta multiplicidade linguística, a União ao buscar a integração e se fazer comunicar por meio de todas elas, acaba por aumentar ainda mais o valor e o apreço democrático neste cenário.

É nesta perspectiva que tanto no Brasil quanto na União Europeia, há tempos se vem debatendo formas de aprofundamento da democracia e por que meios isso deve acontecer, ou ainda, se este aprofundamento é realmente necessário e se a democracia moderna ainda é capaz de domar as forças apolíticas do século XXI. Acerca desta crise vivenciada em ambos os territórios, muito bem pontual Silveira ao advogar que:

---

<sup>89</sup> São elas: Búlgaro, Croata, Checo, Dinamarquês, Neerlandês, Inglês, Estónio, Finlandês, Francês, Alemão, Grego, Húngaro, Irlandês, Italiano, Letão, Lituano, Maltês, Polaco, Português, Romeno, Eslovaco, Esloveno, Espanhol e Sueco. Pesquisado em: [https://europa.eu/european-union/about-eu/eu-languages\\_pt](https://europa.eu/european-union/about-eu/eu-languages_pt) acesso em 25.11.2019.

<sup>90</sup> Segundo relatório publicado em 2009 pela Comissão Europeia, 34% dos habitantes da União falavam e escreviam bem em inglês, 12% de todos os habitantes da União Europeia falavam alemão como língua alternativa e 11%, o francês. <https://www.dw.com/pt-br/alem%C3%A3o-%C3%A9-o-segundo-idioma-mais-falado-na-ue/a-1720183> acessado em: 26.11.2019

<sup>91</sup> A publicação dos Acórdãos do Tribunal de Justiça são um bom exemplo deste esforço. É singular e significativo o impacto que esta medida causa na aplicação dos tratados em toda a União, assim como, representa um ponto crucial no desenvolvimento e no processo de integração junto aos Estados-membros.

Se nos cingirmos à componente estritamente formal da democracia, assente no voto e afeta à vontade da maioria que o voto permite identificar – em detrimento de uma componente material e valorativa da democracia, assente na dignidade humana e afeta à proteção de direitos fundamentais –, sequer podemos categorizar as manifestações populistas como antidemocráticas. Na realidade, é a própria dinâmica formal da democracia que gera manifestações populistas, habitualmente como reação àquilo que o eleitorado não compreende ou não lhe foi explicado, uma forma de reação democrática – formalmente democrática – de certos grupos determináveis de eleitores. (SILVEIRA; FROUFE, 2018, p. 318)

Não se pode fugir a mente que boa parte destes anseios, e da sensação de falta de democracia, também encontra sua razão imensa complexibilidade que se instala na sociedade. O cidadão de agora possui anseios, perspectivas e necessidades que outrora estavam longe do imaginário democrático, e muitas vezes estes interesses são opostos e variam tanto quanto a cultura de cada localidade. Assim, e somando a capacidade cada vez maior de mobilização que as redes sociais possibilitam, a formação de grupos de interesse e de movimentos populistas dão ainda mais notoriedade a estas questões. Desta forma, como então criar um espaço político-democrático que acabe por reconciliar e promover compromissos entre perspectivas antagônicas? A resposta para este questionamento muito provavelmente envolverá o fortalecimento dos direitos fundamentais, do Estado de Direito e na garantia de mais transparência acrescida da simplificação nos processos de decisão – aquela que identificamos como a dimensão material da democracia.

E nesta perspectiva, se o controle de constitucionalidade busca fazer com que o Estado respeite e promova determinados direitos tidos como fundamentais, assim como acaba por colocar limites à ação e a supremacia deste, seria possível identificar, ainda que em pouca medida, a possibilidade de ser o exercício do controle de constitucionalidade um dos mecanismos capazes de possibilitar aos cidadãos maior participação democrática?

No contexto atual, no cenário brasileiro esta possibilidade se encontra restringida e pouco provável, em especial, se analisada a partir da ótica do mandado de injunção na medida que este instituto possui amarras e limitações que os impedem de representar algo para além do que já representa. Já o reenvio prejudicial no cenário da União Europeia, acaba estando efetivamente ao serviço da tutela jurisdicional efetiva e à concretização de uma proteção mais elevada aos direitos fundamentais. Deste modo, acaba por funcionar como um mecanismo efetivo de adensamento da componente democrática – uma democracia material, via proteção de direitos fundamentais.

## **4.1 A relação dos direitos fundamentais com a democracia: interdependência?**

### **Completeness?**

Como avançado anteriormente, é perceptível que há uma relação umbilical entre a democracia e o fundamento jurídico-constitucional de uma ordem normativa. A primeira só se tornou um sistema justo e garantidor de melhores condições de vida e de segurança para o povo sob sua tutela, a partir do estabelecimento e da consagração de direitos fundamentais elencados, bem como da imposição de limites ao poder do Estado, ambas as ações consagradas no texto constitucional. Além disso, é a democracia o meio capaz de promover a interação entre o indivíduo e o coletivo, e por sua vez, entre estes e o Estado, possibilitando assim a redução da complexidade das relações que são inerentes a estes. Já o fundamento constitucional de uma ordem jurídica estabelece o sedimento político relativo à organização e à limitação dos poderes dentro de uma ordem jurídica, além de estabelecer a forma como se este será concedido e como deverá ser exercido. Além disso, é através deste sedimento constitucional que se traçam as linhas mestras que dão sustentação a todo o sistema jurídico vital para o reconhecimento de um Estado Democrático de Direito ou de uma União de direito baseada num princípio democrático.

Mas há um fio condutor que deve ser observado como o fiel da balança aquando da análise do grau de democracia em um determinado ordenamento jurídico: é passa por analisar o grau de proteção e de efetividade que se consegue atribuir aos direitos fundamentais nesse contexto. Há Estados que possuem uma Constituição escrita, e que congrega, ao menos no papel, todas as formalidades que a ela são imprescindíveis, entretanto, não é possível afirmar que estes são plenos Estados Democráticos de Direito devido ao fato de não haver, ou mesmo apesar da existência estes serem corriqueiramente violados, um sistema de controle e proteção dos direitos fundamentais<sup>92</sup>. Do mesmo modo, num espaço pautado por uma integração jurídica que conduziu ao reconhecimento de um sedimento jurídico-constitucional imanente – como é o caso da União Europeia – também cabe equacionar se os mecanismos jurisdicionais de que esse ordenamento jurídico dispõe são capazes de plenamente promover a observância desse padrão jurídico-constitucional que tem a sua máxima exteriorização através de uma efetiva proteção dos direitos fundamentais consagrados.

Esta relação, entre proteção dos direitos fundamentais e democracia, é tão marcante e esclarecedora que a mensuração do nível de democracia de um ordenamento se dá a partir da

---

<sup>92</sup> São exemplos de Estados que possuem uma Constituição que, ao menos no papel, procede com a separação dos poderes, delimita o campo de atuação dos agentes públicos, estabelece direitos fundamentais e busca efetivar a participação popular no processo da tomada de decisões, mas apesar disso são de longe reconhecidamente antidemocráticos e autoritários, a Turquia, a China, o Egito, a Venezuela entre outros.

medição do grau de expansão dos direitos fundamentais e da afirmação destes pelo judiciário. Há, portanto, uma inegável relação entre tais direitos e a democracia.

É necessário observar que os direitos fundamentais representam, em outra perspectiva, a positivação dos direitos humanos, direitos estes pelos quais é possível a consagração da dignidade humana. Há uma variada e extensa bibliografia que busca diferenciar estes dois termos, na medida que esta diferenciação é fundamental para se delimitar o conteúdo concreto e a extensão dos direitos fundamentais. Acerca desta busca GORCZEVSKI destaca:

Os termos “direitos humanos” e “direitos fundamentais” não raras vezes são utilizados como sinônimos. Contudo, muitas são as tentativas doutrinárias que buscam explicar o respectivo alcance de cada uma das expressões. Chegou-se a uma propensão doutrinária e normativa de reservar o termo “direitos fundamentais” para designar os direitos positivados em nível constitucional interno, enquanto que a designação “direitos humanos” seria mais usual para denominar direitos naturais, valores éticos e utopias e, para alguns pensadores, os direitos expressos em documentos internacionais. Então, enquanto os direitos humanos possuem uma pretensão à universalidade, os direitos fundamentais somente são exigíveis no âmbito territorial de um Estado. (GORCZEVSKI, 2016, p. 51)

E historicamente se tem percebido que o regime democrático é o responsável por consolidar e propiciar a realização dos direitos fundamentais nos ordenamentos jurídicos. E isso dá-se, em primeiro lugar, pelo reconhecimento da inerência de alguns direitos a figura do ser humano – direitos humanos. Por este fato, a democracia apresenta-se como o regime mais coerente com a concretização dos direitos humanos<sup>93</sup>. Silva (2008) esclarece que a democracia funciona como uma espécie de garantia geral de realização dos direitos humanos, pois é nela que o cidadão tem a possibilidade de coordenar por meios acessíveis e necessários à realização de sua felicidade pessoal.

E é a Constituição que transporta esses direitos humanos de sua abstração dogmática para a positivação e concretude normativa; desta forma, a relação entre constitucionalismo e direitos fundamentais é evidenciada pela necessidade de materialização destes direitos por aquela. Por sua vez, é a partir do reconhecimento da supremacia axiológica e material da Constituição que o Estado Democrático de Direito pode surgir.

Assim, pode-se mesmo se falar em uma democracia constitucional, uma vez que para além de não existir nenhuma contradição entre a democracia e o constitucionalismo, muito pelo contrário conforme observado até agora, este último é o meio pelo qual há a codificação das normas e procedimentos que sustentam e dão forma a outra. Não é possível, portanto, que um

---

<sup>93</sup> Da leitura dos artigos 21 e 29, alínea 2, da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 é de se compreender a Democracia como o único regime político compatível com o pleno respeito aos direitos humanos.

ordenamento político que pretenda ser reconhecido como democrático atente contra a Constituição e seus termos.

E a interdependência existente entre a Constituição e democracia tem como produto o condicionamento da validade e compreensão do direito à garantia de direitos fundamentais e a promoção da dignidade humana, o que acaba por estabelecer as linhas mestras para a efetivação da política. Assim, e trazendo à baila a lição de Comparato (2003, p. 140), tem-se que “(...) o regime democrático já não é, pois, uma opção política entre muitas outras, mas a única solução legítima para a organização do Estado”.

Esta relação também pode ser evidenciada quando se observa que a congregação de uma Constituição efetiva com a democracia possibilita uma participação massiva de todos os atores no jogo democrático. E, neste sentido, para além da importância que os direitos fundamentais têm enquanto instrumentos de limitação do Poder Público, eles acabam por exercer, por intermédio da Corte Suprema, uma função contramajoritária, o que assegura a existência e defesa de posições juridicamente garantidas contra eventuais maiorias políticas momentâneas (ABBOUD, 2013).

E mais uma vez trazendo as lições de Miranda (2017), é importante destacar que o instrumento de controle da maioria se dá por meio da aplicação da justiça constitucional, a partir do respeito aos limites materiais e aos procedimentos por ela estabelecidos, assim como, pela da garantia e aplicação dos direitos fundamentais. Ou seja, a legitimidade democrática se apresenta como a legitimidade do controle jurisdicional como legitimidade das minorias frente à maioria, e “nem se verifica aqui contradição, mas sim complementaridade. A justiça constitucional só se afigura contramajoritária ao inviabilizar esta ou aquela pretensão da maioria, não no contexto global do sistema” (MIRANDA, 2017, p. 32).

Cabe bem observar aqui, segundo muito bem advoga Silveira (2018), que atualmente há, tanto na União Europeia quanto nas Américas, um crescente movimento populista, que atrai uma grande parte do eleitorado e que defere vários ataques contra as instituições do Estado, contra a democracia e contra alguns direitos garantidos a minorias. E os mesmos direitos fundamentais que garantem a estes grupos, dentro de certos limites legais é claro, a prerrogativa de se manifestarem e exporem suas opiniões, também resguardam estas minorias. O que demonstra a forma como os direitos fundamentais interagem e são essenciais para as relações sociais desenvolvidas no Estado.

Ainda, é na perspectiva de buscar identificar os elementos essenciais formadores da democracia que Habermas (2012) acaba por elencar os três componentes que dão base de sustentação a qualquer comunidade política democrática, não podendo se falar em democracia sem a presença destes três, são eles: a) a divisão de competências no âmbito de uma organização que possibilite por meio administrativos, a capacidade de ação coletiva dos cidadãos que residem naquele Estado; b) a construção de uma comunidade de pessoas jurídicas, em uma associação de cidadãos livres e iguais em direitos; e c) um horizonte de vida partilhado, no qual há possibilidade de se formar, comunicativamente, uma vontade coletiva.

Segundo o autor, os dois primeiros elementos dizem respeito aos direitos fundamentais e à organização e divisão jurídico-constitucional do poder, enquanto o último se refere a um contexto político-cultural necessário, em termos funcionais, a construção de uma opinião e vontade democráticas, bem como a legitimação do exercício do poder (HABERMAS, 2012)

Sobre o papel do judiciário nesta construção democrática, o ex-ministro do STF, Carlos Ayres Brito, defende que o Poder Judiciário deve se vocacionar à tarefa de realizar o projeto democrático de forma ativa, uma vez que, sem uma atuação forte, não há do que se falar em um verdadeiro Estado Democrático de Direito (BRITO, 1995):

Em verdade, falta-nos uma cultura da Constituição e por isso é que o nosso Judiciário tem sido arreado ao itinerário lógico que vai da Lei Maior à Lei Menor, e não o inverso. No seu cotidiano institucional, custa-lhe muito vivenciar que a jurisdição tem que começar não pelo julgamento da lide em concreto, mas da própria norma pós-constituição (a partir das emendas); supostamente aplicável à mesma lide. Operação mental que, se bem conduzida, tem o condão de jorrar para a zona da materialidade da norma inferior as luzes todas dos princípios constitucionais comuns, fundamentais e profundos, a significar, por conseqüência, um banho de imersão da norma pós-Constituição na fonte dos valores que dão mais denso conteúdo à idéia do justo por si mesmo, sabido que a Constituição é a mais progressista das normas jurídicas e, por isso mesmo, a de maior arejamento ético político. (BRITO, 1995, p. 193).

Entretanto, apesar de toda esta relação intimamente desenvolvida entre a Democracia e o constitucionalismo contemporâneo garantidor de direitos fundamentais, há esta ou aquela escola da teoria do Estado que entende o Constitucionalismo como uma doutrina antidemocrática. Essa defesa dá-se pelo fato de que as Constituições, de um modo em geral, e os tratados da União Europeia não fogem a esta regra, buscam afastar algumas decisões do processo democrático, ou seja, acabam por impedir que a maioria consiga, em seu proveito, por termo a todo arcabouço constitucional e normativo estabelecido pelas gerações anteriores. Desta forma, a Democracia restaria presa em algum tipo de camisa de força, representada pela Constituição (CLÉVE, 2016).

Apesar deste importante destaque, esta argumentação não pode prosperar, haja vista que um dos papéis mais importantes desempenhados por uma Corte Constitucional nos dias atuais é sua função contramajoritária. Não significando esta uma imperfeição, mas sim, importante ferramenta contra, como já mencionado, abusos orquestrados por maiorias de momentos contra garantias fundamentais. Esta função tem inclusive sido um dos temas mais estudados e analisados pela teoria constitucional em diferentes países.

Este papel contramajoritário se apresenta como o poder que as Cortes Constitucionais possuem para invalidar leis ou atos normativos, expedidos quer seja pelo Poder Legislativo, quer seja pelo Poder Judiciário. Essa possibilidade de juizes não eleitos sobrepõem a sua interpretação da Constituição a agentes públicos eleitos ou que detêm o poder dentro do Estado de forma legal, recebeu o nome de “dificuldade contramajoritária” (BARROSO, 2018). No cenário europeu, o Tribunal de Justiça, enquanto um dos principais responsáveis por decodificar e interpretar em última instância os tratados, acaba por emitir acórdãos que justificam o afastamento de determinado ato produzido pelo Estado-membro quando este não está em conformidade com o preconizado pelo direito da União. Neste cerne, o reenvio prejudicial tem um papel de relevo pois vai legitimar o juiz nacional, chamado a decidir um caso concreto em que o direito da União é mobilizável, a afastar o direito interno incompatível com o direito da União, promovendo a sua aplicação harmoniosa e evitando discriminações entre os cidadãos dos diversos Estados-Membros.

Neste sentido destaca Barroso (2018), a despeito das diferentes visões e interpretações quanto a esta prerrogativa, que dúvidas não há de que esta representa uma função legítima dos tribunais, nomeadamente quando atuam em nome da Constituição, para resguardar a proteção dos direitos fundamentais e as regras do jogo democrático, ainda que esta ação esteja em dissonância com a vontade da maioria.

De igual forma, a separação dos poderes – ou uma organização dos poderes que acabe por produzir os mesmos efeitos, assim como na União Europeia, apesar de constituir um dos pilares fundantes do constitucionalismo contemporâneo, ainda é usualmente percebida a partir de uma perspectiva negativa, vez que para alguns, especialmente aqueles que não conhecem a fundo a dinâmica de formação do Estado e de divisão dos poderes, ela se apresenta como um meio de obstar interferências entre os poderes (CLÉVE, 2016). Esta impressão resta afastada quando se entende que a divisão dos poderes é fundamental para realçar um governo atento as sensibilidades populares, e ainda, que este princípio é o responsável por assegurar que os anseios e preocupações dos cidadãos sejam representadas no processo legislativo. E é o arranjo

constitucional com poderes sistematicamente divididos e orientados, que tem a condição de exigir do governo uma maior preocupação com a opinião pública. Acresce que o direito da União acaba por acautelar, através de uma dinâmica que não se explica pela separação de poderes, mas por um equilíbrio institucional, uma dinâmica de participação e de escrutínio democráticos mais profundos, na medida em que convoca várias instituições europeias a participarem nos processos decisórios de natureza legislativa e administrativa.

Para além de tudo isso, as Cortes Constitucionais, responsáveis em último plano por fazer a interpretação da carta política, desempenham em diversas situações um papel representativo, ou em outras palavras, de conexão dos anseios sociais com a efetivação de direitos, sobretudo, os de caráter fundamental. Essa dinâmica ocorre precisamente em duas situações, a primeira para atender demandas sociais que de alguma forma não foram satisfeitas a tempo pelo Poder Legislativo<sup>94</sup>, a segunda ocorre quando necessária a integração ou complementação da ordem jurídica quando da omissão inconstitucional do legislador, vê-se neste caso o mandado de injunção e a ADIN por omissão como ferramentas importantes à disposição do cidadão brasileiro para fazer esta comunicação com o judiciário.

Cabe destacar aqui, uma vez mais, que a ação por incumprimento poderia cumprir uma função ainda mais importante no ordenamento jurídico da União Europeia, dado que poderia conectar os cidadãos europeus ao Tribunal de Justiça quando estes se encontrassem diante de uma omissão do Estado-membro que acaba por tolher ou impedir o exercício de um direito. Para isso seria necessário, entretanto, que este recurso pudesse ser operado também por cidadãos europeus e não apenas pela Comissão Europeia e pelos Estados-membros.

É importante destacar, entretanto, que não é interesse, como se depreende da própria análise da atuação do Tribunal de Justiça, no cenário da União Europeia a existência de um órgão que possa desempenhar esta função representativa, dado que não há neste território uma separação de poderes tão específica quanto a existente em um Estado contemporâneo, podendo isso significar um grande conflito entre a União e o Estado-membro destinatário desta decisão, na medida que não há uma relação de supremacia da União face aqueles, bem como que resta

---

<sup>94</sup> Um bom exemplo deste agir por parte do Supremo Tribunal Federal brasileiro pode ser observado na decisão deste tribunal que reconheceu como inconstitucional toda e qualquer nomeação de parentes até o terceiro grau para cargos públicos de livre nomeação em todos os Poderes da República. Convencionalmente, seria necessário a existência de lei federal e leis estaduais que acabassem por impor esta restrição aos agentes públicos, entretanto, apesar do grande anseio da sociedade brasileira que em várias situações demonstrou interesse na redação destas leis, o poder legislativo federal e estadual nada fizeram para proceder com esta regulação. Diante disso, o Tribunal em um entendimento extensivo extraiu tal proibição dos princípios constitucionais da moralidade administrativa e da impessoalidade. Cabe aqui destacar que ao mesmo tempo que esta ação representativa da Corte brasileira pode ser vista como uma saída para a solução de questões caras a sociedade mas deixadas a margem pelo poder legislativo, entretanto, ainda resta obscuro os limites a esta atuação, ou mesmo, até onde ela pode ir sem representar uma clara usurpação as funções do Poder Legislativo.



necessário o respeito ao princípio da União de Direito, princípio este que deve orientar todas as ações dos órgãos da União e dos Estados-membros.

Percebe-se neste contexto que a proclamação do princípio democrático está intimamente ligada a forma como a Constituição é operacionalizada pelo Poder Judiciário, em especial, pelos tribunais que decidem em última instância em cada ordenamento jurídico. Todavia, e trazendo as lições de Miranda, não basta a proclamação deste princípio e a busca por estabelecer a relação entre vontade política manifestada pelos órgãos de soberania e de vontade popular manifestada através de eleições periódicas. É preciso que haja instituições em que esta vontade se desenvolva plenamente e que cada cidadão tenha a segurança da previsibilidade no futuro, de igual forma, é imprescindível que tanto o elemento subjetivo quanto o objetivo do texto constitucional sejam compatíveis, devendo estes avançarem concomitantemente (MIRANDA, 2017).

Percebe-se, assim, que há um entrelaçamento entre a soberania popular e os direitos fundamentais, que ao andarem juntas garantem por sua vez o princípio democrático e o princípio da liberdade essenciais ao exercício da vida política por parte dos cidadãos. Ocorre que uma postura extremada onde haja domínio irrestrito da maioria, o princípio democrático poderia acarretar a violação dos direitos fundamentais, ao mesmo tempo que uma aplicação sem limites do princípio da liberdade, poderia ocasionar a recusa de decisões políticas por parte daqueles que se achem contrários a estas.

Na mesma direção, Habermas (2001) esclarece que o princípio democrático e o princípio do estado de direito são princípios co-originários, sendo que um não poderia existir sem o outro e ambos se impõem limitações, limitações estas necessárias a existência do Estado Democrático de Direito. Assim, os membros da sociedade não poderiam desfrutar integralmente dos direitos a eles reconhecidos se não pudessem participar do processo decisório de outorga dos poderes necessários ao controle e aplicação destes direitos. E é a partir da compreensão desta relação que a Constituição pode ser percebida como fundamento e não como instrumento de poder, possibilitando a todo cidadão exercer-lo dentro das prerrogativas e condições constitucionais.

No contexto da União Europeia, e a luz do que esclarece Moreira (2017), seu funcionamento e sua organização democrática nos dias atuais constituem verdadeira garantia institucional assegurada mesmo nos tratados da União. Isso pode ser percebido quando se verifica que, logo no seu início, mais precisamente no artigo 2<sup>o</sup><sup>95</sup>, o Tratado da União Europeia destaca

---

<sup>95</sup> Assim dispõe o citado artigo: "A União funda-se nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de direito e do respeito pelos direitos do Homem, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias. Estes valores são comuns aos Estados-Membros, numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre homens e mulheres".

que esta assenta na democracia, no respeito aos direitos do Homem, na dignidade humana e no respeito ao Estado de Direito.

Essa primazia democrática nos Tratados da União Europeia é essencial para a garantia de um regime democrático a nível da União, entretanto, os Estados-membros ao estabelecerem a exigência democrática por meio de suas constituições, dão um enorme contributo para esta, na medida que há uma interação interjurisdicional que possibilita a busca por uma realidade democrática em todas as direções e viabilizada pelo poder judicial. Vale ressaltar que a vivência sob um regime democrático em plenos pulmões é um dos requisitos preponderantes para que um Estado faça parte e se mantenha integrado à União<sup>96</sup> conforme dispõe o artigo 49<sup>97</sup> do TUE.

Tal vinculação é tão importante que algumas Constituições nacionais, a exemplo da Portuguesa e da Alemã<sup>98</sup>, condicionam a manutenção destes países na União Europeia ao respeito a princípios e valores democráticos. Vê-se, desta forma, que o ideário democrático fez e faz parte das preocupações primeiras dos idealizadores da União, haja vista que não haveria em que se falar de uma União de direito onde o poder, mesmo que em uma pequena parte do território, não estivesse sob o controle dos cidadãos e o poder político estivesse condicionado a respeitar determinadas regras e diretrizes.

E neste panorama, cumpre observar que o poder político na União Europeia é exercido e desempenhado em vários níveis, a exemplo do que acontece com a aplicação e formação do direito. Sem ser um Estado federal em termos clássicos, a União, como já apontado, acaba por apresentar várias características federais, especialmente com “a existência de dois níveis de governo: o nível nacional, dos Estados-membros, e o nível supranacional, da União” (MOREIRA, 2017, p. 10).

Para além disso, há na União instituições próprias que acabam por desempenhar as mesmas funções que aquelas exercidas nos Estados por órgãos do executivo, do legislativo e do judiciário. E embora algumas destas instituições sejam representadas por cidadãos indicados diretamente pelos Estados-membros, como por exemplo o Conselho e o Conselho Europeu, tendo eles, entre outras, a função de defender os interesses destes Estados, o que em tese diminuiria o

---

<sup>96</sup> Os requisitos de adesão à União estão destacados no artigo 49º TUE, mas estes foram pela primeira vez explicitados nos chamados “critérios de Copenhague”, uma vez que foram adotados pela primeira vez numa resolução do Conselho Europeu de 1993, quando da reunião deste na capital dinamarquesa.

<sup>97</sup> Assim dispõe o parágrafo primeiro do citado artigo: “Qualquer Estado europeu que respeite os valores referidos no artigo 2.o e esteja empenhado em promovê-los pode pedir para se tornar membro da União. O Parlamento Europeu e os Parlamentos nacionais são informados desse pedido. O Estado requerente dirige o seu pedido ao Conselho, que se pronuncia por unanimidade, após ter consultado a Comissão e após aprovação do Parlamento Europeu, que se pronunciará por maioria dos membros que o compõem. São tidos em conta os critérios de elegibilidade aprovados pelo Conselho Europeu”.

<sup>98</sup> Tal prescrição está prevista respectivamente no artigo 7º da Constituição Portuguesa e no artigo 23 da Constituição Alemã

aspecto democrático da União, há outras instituições que são independentes dos desígnios dos Estados-membros, sendo um exemplo bem claro desta independência o Parlamento Europeu<sup>99</sup> - composto por representantes eleitos pelos cidadãos europeus, o Tribunal de Justiça<sup>100</sup> e a Comissão Europeia – que opera na sua qualidade de guardião dos Tratados<sup>101</sup>.

E por ser uma fonte de direito e de autoridade, não basta a União manter apenas a nível nacional a busca por uma ordem democrática plena e garantidora de participação política aos cidadãos, é para ela e para as suas instituições imprescindível a manutenção de certas exigências democráticas, vez que sua autoridade político-jurídica acaba por afetar diretamente a vida dos cidadãos que estão sob os seus desígnios. Assim, o princípio democrático acaba por exigir da União, pelo fato dela criar direito e obrigações, que os “cidadãos, e não somente os Estados-membros, tenham uma palavra decisiva a dizer no governo da União, particularmente na aprovação da sua legislação e na designação e escrutínio do seu executivo” (MOREIRA, 2017, p. 11).

Ao ser sistematicamente organizada desta forma, a Democracia ao nível da União Europeia acaba por possibilitar um autogoverno, ainda que indiretamente e não a salvo de severas críticas, muito semelhante àquele possibilitado pelos Estados-membros a nível nacional, podendo os cidadãos europeus ter, ainda que indiretamente, a possibilidade de participar do processo decisório e eleger aqueles que fazem o exercício do poder político no cenário da União.

Já no cenário brasileiro, foi a atual Constituição de 1988 que inaugurou um novo período democrático e de respeito aos direitos fundamentais. O anseio<sup>102</sup> pela democracia era tão grande que logo no preâmbulo<sup>103</sup> a carta magna deixou de forma clara estabelecido que vinha instituir um Estado Democrático. Do mesmo modo, e a despeito das grandes deficiências e da enorme desigualdade social que ainda atingem o país, a primazia da dignidade humana, um grande

---

<sup>99</sup> Cumprir observar que os membros do Parlamento Europeu só passaram a ser diretamente eleitos pelos cidadãos europeus a partir de 1979.

<sup>100</sup> Nos termos do disposto no artigo 251 e seguintes do TFUE, o Tribunal de Justiça é composto por um juiz de cada Estado-membro, o que totaliza ao todo 28 juizes, sendo que os mandatos destes se renovam a cada 3 anos. O Tribunal possui um Presidente, eleito pelos seus pares para um mandato de também 3 anos possibilitando reeleição. Além dos juizes, o TJ possui o suporte de 8 Advogados-gerais, responsáveis por apresentar, com imparcialidade e independência, as conclusões relativas as causas que requeriram a sua atenção. Suas indicações nascem das negociações entre os Estados-membros possuindo um mandato de 6 (seis) anos.

<sup>101</sup> A Comissão Europeia é o órgão executivo da UE, sendo politicamente independente. É responsável pela elaboração de propostas de novos atos legislativos europeus e pela execução das decisões do Parlamento Europeu e do Conselho da UE. Fonte: [https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/european-commission\\_pt](https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/european-commission_pt) - acessado em: 02.12.2019

<sup>102</sup> O Brasil então saía de uma dura ditadura militar que teve início em 1º de abril de 1964 com a derrubada do então presidente João Goulart, o período ditatorial se estendeu por longos e violentos 21 anos. Neste período uma nova Constituição, e em seguida uma profunda alteração Constitucional, vieram, com o auxílio do Poder Judiciário subjugar os Direitos Fundamentais e ferir de morte os princípios essenciais a um Estado Democrático.

<sup>103</sup> O preâmbulo da Constituição, que como já mencionado aqui, tem igualmente força normativa e vinculante assim preceitua: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.

arcabouço de direitos fundamentais e um sistema de controle de constitucionalidade e inconstitucionalidade efetivo, têm possibilitado enormes avanços no campo social e de participação popular, e mesmo com as crises institucionais que têm surgido ao longo dos últimos anos, ainda assim a democracia e os direitos fundamentais não estão sendo solapados.

Nesta direção, a Ministra Cármen Lúcia do STF defende que a Constituição brasileira é suficiente para garantir a democracia. Segundo a autora:

O Brasil não precisa de uma nova Constituição ou de um novo milagre econômico, político ou de qualquer ordem. Precisa da mudança de postura social, no sentido de se determinar que a que se tem seja cumprida por todos, especialmente pelos governantes que juraram, ao se assumirem nesta condição, subordinar-se aos seus comandos. Não precisa de mais e novas leis, como se a multiplicação de normas concebesse o milagre da ampliação da democracia. Precisa apenas de novas posturas democráticas dos cidadãos e dos governantes, engajados nos objetivos fundamentais da República, que, de resto, a Constituição aponta explicitamente e que se voltam à realização de uma sociedade aberta, justa e solidária. (ROCHA, 2001, p. 31-32)

Na mesmo sentido Barroso (2008) assevera que a junção destes fatores – defesa da democracia e respeito e garantia de direitos fundamentais, possibilitaram a incorporação definitiva no horizonte político e jurídico do país da defesa de liberdades públicas, como as de expressão, associação, reunião, e de direitos individuais, tais como, o devido processo legal e a presunção de inocência. E apesar dos direitos sociais ainda sofrerem com grandes questionamentos e debates acalorados, tem o Estado brasileiro buscado efetivá-los.

Por fim, e considerando todo este contexto e levando em conta as relações desenvolvidas e mantidas entre a democracia e os direitos fundamentais, resta evidente que ambos são ao mesmo tempo o produto e a gênese do Estado Democrático de Direito, que por sinal, leva em seu nome ambos os princípios. E no que se refere ao questionamento feito no título desta seção, tanto no cenário europeu quanto no brasileiro, só é possível falar respectivamente em um verdadeira União de Direito e em uma República Federativa baseada no Estado Democrático, por conta da relação de completude e de sustentação recíproca desempenhada por aqueles.

#### **4.2 O mandado de injunção e o reenvio prejudicial como produtos de um constitucionalismo dirigente?**

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, e com a democracia em vários aspectos posta em contestação, uma onda de redemocratização, de ampliação da participação popular de forma mais direta no processo decisório dos Estados, assim como, uma maior defesa dos direitos fundamentais, toma conta de boa parte dos países europeus. No contexto brasileiro, essa

tendência só foi sentida ao final dos anos de 1980 quando o país se aproximava da saída de um tempo igualmente obscuro e também caracterizado pelo desrespeito ao Estado de Direito (MELLO, 1998).

No decorrer deste processo de recriação constitucional, não apenas o texto formal das Constituições, mas também o seu conteúdo material, foram radicalmente revistos em alguns aspectos, principalmente no que se refere aos direitos fundamentais, ao controle de constitucionalidade, a forma de aplicação das leis e o exercício do poder político. Esta mudança, sentida mais fortemente na Europa, deu-se por conta da percepção de que o cumprimento irrestrito das ordens emanadas por autoridades competentes e a obediência cega a regulamentos foram utilizadas como argumentos para justificar boa parte das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial<sup>104</sup>, além disso, seria necessário que a teoria constitucional também buscasse dar maior evidencia aos fins e objetivos que as normas constitucionais e o Estado deveriam atingir (CANOTILHO, 1994).

Acerca deste ponto, Barroso e Barcellos (2003) destacam que boa parte dos acusados no Tribunal de Nuremberg alegaram em sua defesa que, quando do cometimento dos crimes praticados durante a Segunda Guerra Mundial, estavam apenas cumprindo a lei e seguindo as ordens emanadas pelas autoridades competentes. Neste contexto, a ideia de um ordenamento jurídico indiferente à valores éticos e a compreensão da lei como uma estrutura meramente formal, sendo esta compreendida como uma “embalagem para qualquer produto”, já não poderiam ser mais aceitas no pensamento jurídico moderno.

Foi nesta nova perspectiva que a doutrina e a jurisprudência constitucional contemporânea começaram a analisar e considerar o conteúdo externo dos textos constitucionais. Fruto deste novo panorama constitucional são os textos magnos de Portugal, promulgado em 1976, e o do Brasil, promulgado em 1988 sob forte influência do primeiro. Canotilho (2000) destaca que ambos os textos constitucionais acabaram por surgir como produto da modernidade que então se projetava e com o otimismo em relação a força transformadora que as normas constitucionais poderiam oferecer a toda a sociedade, além disso, o ideário de um estado de bem estar social

---

<sup>104</sup> Há uma farta bibliografia que busca fazer certa conexão entre as ideias defendidas por Hans Kelsen e Carl Schmitt no tocante a teoria positivista do direito, e a forma como a Alemanha Nazista e a Itália Fascista aplicavam seus respectivos direitos. Neste sentido, a partir de uma interpretação incorreta, já que para Kelsen o fundamento de validade do direito estaria na hierarquia normativa, devendo assim existir subordinação de normas inferiores a outras superiores, restaria afastada qualquer conteúdo valorativo dentro do ordenamento jurídico, bastando para tanto que o processo de criação das leis tivesse seguido o preconizado no texto Constituição. Desta forma, a Lei do Terceiro Reich estaria legítima, por derivar de uma estrutura estatal que validaria tal legislação positiva dentro da mais estrita legalidade. Já resta pacificado, todavia, que a vinculação dos citados autores e do positivismo jurídico com àqueles regimes só pode ser fundamentada a partir da descon sideração de todo conteúdo dogmático produzido respectivamente por Kelsen, Schmitt e por todos os teóricos do Positivismo jurídico.

que pairava sobre a Europa, e que prometia maior felicidade para todos, inclusive para as gerações futuras, também foi um combustível importante para esta nova perspectiva constitucional.

Esta nova perspectiva constitucional surgiu, como apontado por Canotilho (1994), em um momento de fratura e de revolução social, onde havia a busca pela reconstrução do Estado de Direito. É de certo importante destacar que Gomes Canotilho define esta nova espécie de constitucionalismo como um Constitucionalismo Dirigente, no sentido de que, resumidamente, este apontaria as direções a serem seguidas pelo Estado (CANOTILHO, 1994).

Desta forma, a existência de diretivas materiais, de fins a serem atingidos e programas a serem cumpridos, revelaria a necessidade de uma Constituição preocupada com os problemas políticos, sociais e econômicos que afligissem a sociedade, sendo que “a constituição perderia a sua legitimidade se importantes domínios sociais e económicos continuassem esquecidos ou fossem deixados conscientemente abertos à evolução da política e dos tempos” (CANOTILHO, 1994, p. 149).

Já Fachin (2017), buscando interpretar os ensinamentos de Canotilho, assevera que o Constitucionalismo Dirigente tem como fim analisar o vínculo existente entre o Estado e a sociedade, e o programa estabelecido pela Constituição. E buscando desvelar o posicionamento de Gomes Canotilho acerca do constitucionalismo dirigente, assevera que:

Para Canotilho, a Constituição busca racionalizar a política, incorporando uma dimensão materialmente legitimadora ao estabelecer um fundamento constitucional para a política. O núcleo da Constituição Dirigente é a proposta de legitimação material da constituição por meio dos fins e tarefas previstos no texto constitucional. Dessa forma, a Constituição estabelece não apenas as normas definidoras do presente, mas também um programa para o futuro. A teoria da Constituição Dirigente busca, portanto, investigar a vinculação do Estado e da sociedade ao programa transformador estabelecido pela constituição. (PINTO, 2017, p. 104)

Se faz necessário aqui verificar os apontamentos de Silveira, a luz dos ensinamentos de Canotilho, acerca das incompreensões em torno do constitucionalismo dirigente, vez que a vasta doutrina acerca do tema, por vezes, suscita conclusões erradas, segundo a autora:

Neste seguimento, Gomes Canotilho foi desconstruindo as incompreensões teórico-dogmáticas em torno da Constituição dirigente, sobretudo aquela suscitada pela ideia de direito diretamente aplicável – oriunda da Constituição de Bona e transferida para os textos constitucionais de Portugal e do Brasil. Tal incompreensão discursiva corresponde, porventura, ao divisor de águas na evolução do constitucionalismo português e brasileiro. Ora, através da ideia de direito diretamente aplicável – de que beneficiam os direitos, liberdades e garantias em Portugal, nos termos do art. 18.º, n.º 1, da CRP – pretende-se afirmar a força normativa dos direitos fundamentais perante o legislador, através da superação da doutrina da regulamentação das liberdades e da consequente erosão da normatividade constitucional. Assim, os direitos, liberdades e garantias não estão, em princípio, dependentes de lei concretizadora, sendo invocáveis (ou juridicamente acionáveis) na ausência de lei. (SILVEIRA, 2017, p. 186-187)

Percebe-se assim que a principal questão que ronda o espírito do constitucionalismo dirigente está assente no desafio daquela Constituição conectar e vincular os poderes estatais ao seu conteúdo material e valorativo de aplicação imediata ou prioritária. Isso se dá pela compreensão de que somente a partir da união e de uma ação conjunta de todos os poderes é que os fins estabelecidos pelo Estado serão atingidos, ou conforme no presente caso, pela União Europeia.

Ocorre que o próprio Canotilho já declarou a morte da Constituição Dirigente, e por consequência, do dirigismo constitucional. Fez isso ainda no início dos anos 2000, como se pode notar do prefácio da segunda edição de “Constituição dirigente e vinculação do legislador”, publicada em 2001<sup>105</sup>. De toda sorte, apesar do dirigismo constitucional, na visão de Canotilho, já ter encontrado seu termo, isso não significa que “não sobrevivam algumas dimensões de programaticidade constitucional, pois a Constituição não é um mero esquema de governo, mas sim o esquema matricial de uma comunidade – e o legislador tem de mover-se dentro do enquadramento constitucional” (CANOTILHO, 2001, p. 18).

Assim, e tomando por base as ilações de Silveira (2017), o questionamento que se mantém é saber se ainda se faz necessária a cristalização de políticas na Constituição ou se deve haver a abertura para todas as políticas possíveis, sempre tendo no horizonte, que a Constituição, ou no caso europeu, os tratados, incorporam direitos conquistados ao logo do tempo, e os valores democráticos necessários a participação política e efetiva dos cidadãos.

A resposta a este questionamento pode ser encontrada mesmo em Canotilho, quando este faz a defesa de que:

*A crítica da razão constitucional* obriga-nos a perguntar pela relevância do conteúdo da teoria para o mundo real. O desenvolvimento constitucional toma em consideração o arranjo de novas formas organizativas, de novos processos políticos-sociais e de novas soluções para os problemas nascidos dentro dos sistemas ou subsistemas sociais. Se quisermos captar em poucas palavras a dança molecular da teoria da constituição diríamos que ela tem de lidar com problemas de *complexidade dinâmica, adaptabilidade, auto-organização, emergência e evolução*. Neste sentido, a teoria da constituição compreender-se-á como uma teoria emergente. Emergente de que? Do fim da história do progresso do estado de direito democrático-constitucional patrioticamente concebido (patriotismo constitucional) e do começo de novas ordens normativas enquadradas em comunidades políticas mais amplas e em universos económicos globalizantes. A *globalização* será aqui entendida apenas como uma dimensão de uma rede complexa de relações políticas, económicas e culturais. Por isso, continuaremos a considerar o estado de direito democrático constitucional como uma parte fundamental de um **sistema de complexidade**. (CANOTILHO, 2003, p. 1285-1287)

---

<sup>105</sup> Não é a intenção, ou mesmo faz parte dos objetivos da presente pesquisa, esmiuçar o fenômeno do Constitucionalismo Dirigente, motivo pelo qual não se aprofundará no estudo deste fenômeno na presente pesquisa. Se fez menção a este movimento aqui, em primeiro lugar, por sua importância doutrinária, e em segundo, pela relação umbilical que a programaticidade constitucional guarda com o mesmo.

Ou seja, segundo o autor, e conforme também pontua BERNDT (2019), a teoria da Constituição, mesmo a não mais vincular ou disposta a proporcionar um dirigismo constitucional, conforme Canotilho mesmo já defendeu em 2001, ainda assim restaria preocupada em encontrar certa harmonia entre o Estado Democrático de Direito e o conteúdo material da Constituição. Assim, ficaria a cargo da programaticidade constitucional apontar aos legisladores, e demais órgãos dos poderes públicos, certos objetivos a serem atingidos a partir da transposição de dimensões materiais passíveis de serem concretizadas, como por exemplo, o direito à saúde, o direito a uma educação gratuita e de qualidade, o acesso a meios de defesa e de proteção de direitos e etc.

No âmbito da União Europeia esta sistemática acaba ganhando uma outra dinâmica, na medida que as Constituições dos Estados-membros estão condicionadas a uma situação mais modesta, uma vez que a integração transformou as ordens jurídicas nacionais em ordens jurídicas parciais. Assim, essa programaticidade restou diminuída no contexto dos Estados-membros, dado que há uma relação de interconstitucionalidade que os vincula a uma ordem jurídica geral – a União, sendo esta a responsável por traçar, em alguns aspectos, a direção a ser seguida. Ou seja, em que pese as Constituições nacionais continuem a ser a representação máxima da identidade cultural, política e jurídica dos Estados-membros, subsiste uma ordem jurídica superior, produto de um novo fenótipo político-organizacional, que fará com que aquelas tenham que acompanhá-la (SILVEIRA, 2017).

Todavia, por vezes, como já observado no capítulo primeiro do presente trabalho, nem sempre o ente legiferante ou os demais poderes públicos acabam por transpor, ou por vezes quando o fazem, atuam de maneira insuficiente, as dimensões materiais que o texto constitucional traz. Isso dá-se por vários motivos, conforme dispõe Clève (2001), por vezes os preceitos e as determinações constitucionais acabam sendo banalizados ou incompreendidos, e isso pode fazer com que seu espírito e sua unidade discursiva sejam fragmentados e instrumentalizados, passando a Constituição a tomar uma proporção menor, ficando seu discurso subordinado a fatores outros, como a política econômica do Estado, as interesses de determinada classes e assim por diante. E no cenário da União Europeia este risco resta muito mais ampliado pelo fato de que são 28 ordenamentos jurídicos convivendo no mesmo espaço geográfico e político.

E é importante destacar que o discurso constitucional é, antes de tudo, um discurso utópico e idealista, vez que projeta para o futuro um cenário muito melhor do vivenciado no presente, na medida que busca fazer com que o povo que está sob sua égide experimente



condições de vida muito melhores do que as dos seus antepassados, neste sentido é que a programaticidade constitucional faz com que a Constituição não perca sua alma e seu espírito libertário e igualitário.

Ou seja, o legislador restaria vinculado a programaticidade constitucional, e se não cumprisse com os designios por ela imputados, os cidadãos ou órgãos de controle estariam autorizados a provocar o judiciário, por meio de mecanismos eficientes, a exemplo do mandado de injunção e do reenvio prejudicial, que lhes garantisse o acesso aos direitos a eles projetados pelo texto constitucional. E aqui é importante se destacar que essa dinâmica constitucional busca estabelecer e organizar um ordenamento jurídico-político muito diferente daquele conhecido e teorizado no século XIX e no século XX por referência ao Estado-nação, uma ordem mais eficiente e preocupada com o cidadão e com a participação deste na tomada de decisões políticas (CLÉVE, 2001).

Isso faz com que, salvo algumas disposições, todos os dispositivos da Constituição sejam considerados enquanto normas que produzem uma eficácia de vinculação, o que acarreta necessária integração entre todos os poderes e entes estatais, e no cenário da União Europeia, entre os Estados-membros e a União e seus órgãos. Diante disto, surge um novo tipo de atuar jurisdicional comprometido com a plena eficácia do fundamento jurídico-constitucional e dos direitos fundamentais que dele emergem, expressadas, dentre outros fatores, pelo princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais e da proibição de retrocesso social no Brasil, assim como, o princípio do nível de proteção mais elevado e o da interpretação conforme na União Europeia.

E mais uma vez aqui os Tribunais Constitucionais desempenham uma função singular, dado que ao considerar os direitos plasmados nos textos constitucionais a partir da base principiológica e imaterial, acabam por possibilitar que haja um avanço significativo no sentido de realização e concretização da Constituição. Neste sentido, Monial Leal destaca:

Esta referência aos direitos acaba, portanto, por atribuir às Constituições uma natureza aberta, carente de concretização em face da realidade, o que demanda, por sua vez, uma atividade criativa por parte dos Tribunais, de natureza notadamente hermenêutica e dependente de decisões que definem a extensão de cada um desses direitos, especialmente, quando em conflito com outros direitos também fundamentais, caso em que não há uma resposta pronta e acabada, razão pela qual a sua solução fica dependente da argumentação e dos elementos que se conectam com aquela determinada situação, que se apresenta, por sua vez, em momento particular e também em um contexto particular, que precisam ser consideradas. (LEAL, 2007, p. 53-54)

Esta forma de compreensão do texto constitucional, faz com que a Constituição seja percebida como a expressão máxima dos valores da comunidade da qual faz parte, deixando de ser apenas um mero instrumento de garantia contra o poder absoluto do Estado, papel que assumiu no período liberal, ou como um simples documento de direção política, conforme vestimentas que tomou para si no constitucionalismo social (LEAL, 2007). Desta forma, resta evidenciado que este neoconstitucionalismo<sup>106</sup> está assente no reconhecimento de um modelo que percebe a Constituição como norma valorativa do conteúdo prescritivo dos princípios fundamentais.

Um bom exemplo desta valoração normativa no cenário da União pode ser observado, conforme pontual Silveira (2011), quando identificado que, desde os anos de 1980, o Tribunal de Justiça passou a introduzir a ideia de que se um Estado-membro transpõe de forma deficitária ou pouco efetiva uma diretiva, o judiciário nacional e as demais autoridades responsáveis pela aplicação e interpretação do direitos transposto, podem, quando de sua aplicação, fazê-la em conformidade com a letra e o espírito da diretiva deficitariamente transposta.

Essa interpretação conforme, sedimentada nos acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça e posta enquanto obrigação por meio do artigo 4º, parágrafo 3º do TUE e pelo artigo 288º, parágrafo 3º do TFUE, foi pensada para os casos em que uma disposição mal transposta pudesse colocar em risco a efetividade e boa aplicação do direito da União. Vê-se aqui uma preocupação conjunta entre os entes legislativos da União e o Tribunal de Justiça em possibilitar a realização do texto imaterial dos tratados constitutivos da União.

E essa exigência de uma interpretação conforme, nos termos do preceituado material e imaterialmente pelos tratados da União Europeia, foi ganhando cada vez mais proporções, até chegar ao ponto de não mais apenas se limitar à imposição de interpretação das normas nacionais que buscam transpor diretivas europeias para a ordem nacional a luz da correspondente diretiva. Atualmente seus desdobramentos conduziram ao reconhecimento da necessidade de que todo o direito nacional aplicável pelos órgãos jurisdicionais, devessem ser interpretados a luz do direito da União, essa forma de ser acaba por possibilitar que os imperativos de efetividade e boa aplicação do direito sejam seguidos.

O problema neste contexto reside na dificuldade em se estabelecer e definir os limites e alcance/extensão da interpretação conforme ao direito da União, especialmente nos casos onde

---

<sup>106</sup> De forma muito resumida, o neoconstitucionalismo é percebido com um constitucionalismo baseado em princípios, sem, contudo, estar dependente de uma cultura cosmopolita, apesar de muitas vezes uma cultura de cosmopolitismo constitucional o orientar em direção a um complexo processo de articulação de sistemas constitucionais nacionais com "constelações pós-nacionais". Ele busca preservar e proteger os direitos fundamentais a partir de uma nova visão, possibilitada a partir da superação de alguns aspectos do positivismo jurídico.

estão em causa normas europeias que não gozam da prerrogativa de efeito direto<sup>107</sup>, e que por isso, ao menos em um primeiro momento, não poderiam ser invocadas pelos particulares. Acerca deste ponto, Silveira destaca que o TJUE acabou alargando esta perspectiva, de interpretação conforme “às normas do então terceiro pilar (que não gozavam de efeito directo mas podiam, no entender da jurisprudência europeia, ser “invocadas” pelo particular no sentido de obter uma interpretação do direito nacional em conformidade com o direito da União” (SILVEIRA, 2011, p. 142). É necessário, para a compreensão dos pontos limítrofes deste princípio, que a doutrina destrinche alguns acórdãos do TJUE<sup>108</sup>, acórdãos estes que tem apontado os caminhos que este tribunal tem trilhado.

Da análise desta sistemática, fica evidente que paira sobre a União Europeia um certo dirigismo constitucional, talvez não tão contundente quanto o preconizado pelas Constituições de Portugal e Brasil e teorizado por Canotilho, mas ainda assim um dirigismo significativo, na medida que os órgãos da União, em especial o TJUE, tem em mente o caminho que devem tomar para fazer com que a União Europeia continue a ser verdadeiramente uma União de direito, que garanta aos países membros a maior integração possível, sem deixar de lado o respeito ao Estado Democrático De Direito e as realidades e particularidades de cada um dos seus membros – quer sejam os países membros, quer sejam os cidadãos europeus.

No contexto brasileiro, este dirigismo ainda assume um papel ativo e preponderante, na medida que a teoria apregoada por Gomes Canotilho ainda ressoa de forma contundente nestas terras, isso dar-se, entre outros motivos, pelo fato do Estado brasileiro até o presente momento não ter conseguido romper efetivamente com o panorama político, econômico e social que precedeu a Constituição de 1988, e também, por ainda que minimante não ter dado concretude e materialidade aos principais desígnios estabelecidos pelo legislador constituinte.

Neste sentido Dantas (2009) esclarece que o dirigismo constitucional adequado ao contexto brasileiro, com uma característica não apenas de resistência, mas especialmente de projeção do Estado Social, voltado para a concepção de utopias jurídicas, sejam elas voltadas aos objetivos constitucionais ou aos direitos fundamentais, materializa em si mesma a Constituição

---

<sup>107</sup> O princípio do efeito direto, muito semelhante ao princípio da aplicabilidade imediata das normas fundamentais no direito brasileiro, tem como função permitir que os particulares invoquem diretamente uma norma europeia perante a jurisdição de seu país ou da própria União. Entretanto, possui, como não poderia deixar de ser, certas limitações, sendo empregado apenas para um número restrito de atos. Este princípio, juntamente com o princípio do primado do direito da União, constitui um dos pontos fundamentais do direito europeu. Sua consagração se deu a partir dos acórdãos publicados pelo Tribunal de Justiça ao longo dos anos.

<sup>108</sup> Os acórdãos: Von Colson de 1984 – Processo 14/83, Acórdão Kolpinghuis, de 1987 – Processo 80/86, Acórdão Johnston de 1986 – Processo 222/84, Acórdão Marleasing de 1990 – Processo C -106/89, Acórdão Faccini Dori de 1994, Processo C – 91/92, Acórdão El Corte Inglés de 1996 , Processo C – 192/94, Acórdão Velasco Navarro de 2008 – Processo C – 246/06 e o Acórdão Bernhard Pfeiffer de 2004, traçam de forma muito clara os limites do Princípio da Interpretação Conforme e dão uma boa noção do direcionamento tomado pelo TJUE.

fundamental do Estado Democrático de Direito “cuja atividade de direção e decisão política é impostergavelmente vinculada positiva e negativamente à programaticidade constitucional” (DANTAS, 2009, p. 338).

Resta observar que a discussão acerca do constitucionalismo dirigente em solo brasileiro, está baseada no fato de que em países de modernidade tardia<sup>109</sup>, caso do Brasil, as concepções do Constitucionalismo Dirigente ainda é o farol que ilumina o caminho e as ideias do direito Constitucional, isto porque restam incumpridas as promessas que este Constitucionalismo veio executar. Neste sentido, Streck (2013, p. 29) destaca que, “As noções de Constituição dirigente, da força normativa da Constituição, de Constituição compromissória, não podem ser relegadas a um plano secundário, mormente em um país como o Brasil”.

Diante de todo o exposto, resta concluir que o espírito dirigente, mais presente no constitucionalismo brasileiro, mas também perceptível no território da União, ainda que não encarado sobre esta nomenclatura, enseja com que os entes estatais, em especial os legiferantes e em certa medida o STF e o TJUE, caminhem no sentido de dar concretude a projeto imaterial estabelecido respectivamente pela Constituição e pelos tratados da União Europeia.

É claro que muitas vezes ainda que obrigados a desempenharem esta tarefa, aqueles entes, seja acidental ou deliberadamente, acabam por não as executar. É para evitar esta inação, e que fique claro, não apenas para isso, que o controle de constitucionalidade, e todas as suas ferramentas, sendo o exemplo mais interessante ao presente caso o mandado de injunção e o reenvio prejudicial, exerce parte de suas funções. Dai a concluir que o mandado de injunção e o reenvio prejudicial são produtos exclusivos de um Constitucionalismo Dirigente, é um passo muito grande e em certa medida forçoso, entretanto, não se pode desconsiderar a relação que estes instrumentos mantêm com um constitucionalismo que busca instalar um programa, que por muitas vezes é deixado a margem dos interesses públicos.

#### **4.3 O problema da maior intervenção do judiciário na proteção e fomento dos direitos fundamentais, da democracia e de políticas públicas**

Neste último, se buscará observar o papel do judiciário na proteção e execução dos direitos fundamentais, da democracia e, de um aspecto até então não observado, das políticas públicas. Políticas estas que guardam íntima relação com os dois primeiros aspectos, na medida que estas

---

<sup>109</sup> O termo “modernidade tardia” foi cunhado por Lenio Streck quando da análise dos efeitos dos direitos fundamentais no Estado Constitucional brasileiro, para uma leitura mais aprofundada acerca do tema ver: STRECK, Lenio Luiz. Uma abordagem hermenêutica acerca do triângulo dialético de Canotilho ou de como é ainda válida a tese da Constituição dirigente (adequada a países de modernidade tardia). In: LEITE, George Salomão SARLET, Ingo Wolfgang. (Coord.). Direitos fundamentais e Estado constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

são o fio condutor que leva os desígnios imateriais das Constituições até o uso/exercício pelos cidadãos. Mas antes de se adentrar a questão propriamente dita de como o judiciário interfere ou não nestas searas, cumpre observar que neste ponto o STF e o TJUE desempenham papéis muito diferentes, sendo mesmo em alguns casos antagônicos.

Isso ocorre pela própria natureza que cada um destes tribunais tem, e também pelas influências que recebem. Enquanto o STF, e sob sua inspiração os demais tribunais brasileiros, toma para si a função de buscar dar concretude e viabilidade aos direitos plasmados no texto constitucional brasileiro a partir de um posicionamento altamente ativista<sup>110</sup>, chegando mesmo a produzir normas de caráter legal e coercitivo<sup>111</sup>. Já o TJUE, apesar de também por vezes assumir uma função mais ativista, no sentido de estender a interpretação dos textos dos tratados de modo a garantir maior aplicabilidade aos direitos e princípios da União, especialmente aqueles de caráter fundamental, sem embargo procura unicamente orientar os Estados-membros na decisão a ser tomada e/ou no caminho a ser seguido. Isso pode ser percebido inclusive da análise dos seus acórdãos, vez que estes não buscam resolver ou apresentar uma solução para o caso concreto em questão, mas sim, expor a visão do Tribunal acerca da aplicação do direito da União em questão.

Essa atuação para além de seus limites clássicos é fruto de um debate constitucional que envolve a importância dos Tribunais Constitucionais na jurisdição constitucional (CLÉVE, 2001). Esse debate se iniciou a partir da redemocratização dos países peninsulares da Europa, nomeadamente Portugal, Espanha e Grécia, exceto a Itália, e da compreensão pós Segunda Guerra Mundial de que deveria existir um apelo maior ao juiz em face do legislador. Acerca deste ponto, Cléve destaca:

O que ocorreu neste século, especialmente depois da Segunda Guerra Mundial foi efetivamente o apelo ao juiz contra o legislador. E nessa ordem de configuração, podemos perceber uma mudança na compreensão do princípio da separação dos poderes e uma mudança também na compreensão do papel dos poderes Legislativo e Judiciário, ou mesmo da jurisdição constitucional, conforme estejamos neste ou naquele país. (CLÉVE, 2001, p. 53).

---

<sup>110</sup> Talvez um dos maiores, entre os vários, problemas desta posição assumida pelos Tribunais Brasileiros, esteja no fato de que estes tribunais buscam dar concretude à direitos plasmados no texto Constitucional a partir da sua visão de mundo, sem a participação da população, salvo em raras oportunidades, em qualquer um dos momentos da tomada de decisões. Além do grave risco a separação de poderes, esta atitude acaba por terceirizar a participação democrática para as mãos de indivíduos que por sua função de fiscais das leis, não tem a menor obrigação de se importarem com a participação popular e com o princípio democrático.

<sup>111</sup> É um exemplo claro dessa postura do Supremo Tribunal Federal o julgamento no ano de 2019 do Mandado de Injunção 4.733 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 que acabou por culminar com a criminalização da homofobia. Essa criminalização só foi possível a partir de uma leitura extensiva da Constituição. Os ministros acabaram decidindo que esta conduta passe a ser punida com base na Lei de Racismo (7716/89). Veja que neste caso não havia qualquer normativa expressa que possibilitasse a aplicação da Lei de Racismo ao caso de práticas homofóbicas, sendo esta decisão fruto exclusivamente de um malabarismo interpretativo do Supremo. Há ainda outras decisões recentes que podem muito bem ilustrar esta atuação por parte do Supremo Tribunal brasileiro, são elas: o julgamento acerca da liberdade de expressão e racismo (HC 82424/RS – caso Ellwanger); o julgamento sobre interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54/DF); o julgamento quanto a restrição ao uso de algemas (HC 91952/SP e Súmula Vinculante n° 11), dentre outras.

Também Barroso (2017) destaca a mudança que ocorreu na teoria e na jurisdição constitucional contemporânea a partir da segunda metade do século XX, e o papel que o judiciário, em especial as Cortes Constitucionais, passaram a desempenhar, segundo observa:

Simultaneamente à expansão da jurisdição constitucional no mundo, verificou-se, igualmente, uma vertiginosa ascensão política e institucional do Poder Judiciário. Sobretudo nos países de tradição romano-germânica, juízes e tribunais deixaram de ser uma espécie de departamento técnico especializado do governo para se transformarem em um verdadeiro Poder, que em alguma medida disputa espaço com os demais e atua com grande importância na governança nacional. Há causas de naturezas diversas para o fenômeno. A primeira delas foi o reconhecimento, após a 2ª Guerra Mundial, da importância de um Judiciário forte e independente como elemento essencial das democracias modernas, para a proteção dos direitos fundamentais e do Estado de direito. A segunda causa envolve uma certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral. Há uma terceira: atores políticos, muitas vezes, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade. Com isso, evitam o próprio desgaste na deliberação de temas divisivos, como uniões homoafetivas, aborto ou mesmo descriminalização de drogas leves, como a maconha. (BARROSO, 2017, p. 7).

A partir desta virada copernicana, houve uma significativa mudança paradigmática onde ao invés de se falar em *Constituição nos termos da lei*, na perspectiva de que os cidadãos não tinham acesso direto à Constituição na experiência clássicas, mas apenas a alguns de seus fragmentos, agora passou-se a se falar em *leis nos termos da Constituição*, na medida que a lei passou a expressar a vontade geral, a defesa da sociedade contra o arbítrio dos Poderes Públicos, a declaração dos direitos postos pelo texto magno (CLÉVE, 2001).

Houve assim no decorrer dos tempos a ascensão institucional e política do Poder Judiciário ao redor do mundo, esta por sua vez marcada por fenômenos como a judicialização<sup>112</sup>, o ativismo judicial<sup>113</sup> e o esforço pela justificação da democracia na jurisdição constitucional (BARROSO, 2017). A ilusão inicial de que o legislador e os demais Poderes Públicos seriam incapazes de ofender os direitos fundamentais, a igualdade e a liberdade, pois elas significavam a concretização da vontade popular, também veio corroborar e servir de combustível adicional para esta nova realidade político-judicial.

---

<sup>112</sup> O termo judicialização é empregado para identificar o fenômeno que se caracteriza pela decisão por via judicial de questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral. Trata-se, portanto, da transferência do poder político para as instituições judiciais, em detrimento do Poder Legislativo e do Poder Executivo, instituições políticas tradicionais.

<sup>113</sup> Apesar de certa confusão feita por parte da doutrina, ativismo judicial e judicialização são fenômenos diferentes. A expressão "Ativismo Judicial" foi cunhada nos Estados Unidos para rotular o período em que a Suprema Corte Americana foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Neste período a Corte Estadunidense acabou empregando uma interpretação extensiva quanto a vários artigos da Constituição, possibilitando uma verdadeira transformação no cenário político e social dos EUA. No início o termo Ativismo Judicial era empregado para dar uma conotação negativa, depreciativa, equiparada ao exercício impróprio do poder judicial, atualmente, entretanto este termo serve para identificar uma ação mais extensiva por parte das Cortes Constitucionais, ação esta que possibilita uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, exercendo verdadeira interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes quando da interpretação de dispositivos da Constituição.

E este não é um fenômeno que atinge somente alguns poucos países, no cenário sul-americano, as Supremas Cortes da Colômbia e da Venezuela tem trilhado os mesmos caminhos. No continente norte americano, as cortes constitucionais do Canadá e os Estados Unidos vão têm ido no mesmo sentido. Já na Europa essa tendência pode ser percebida mais fortemente na Hungria, Turquia, Espanha, e mesmo em França com Conselho Constitucional que costumeiramente tem uma ação mais tímida. Também Israel e a Coreia do Sul servem de bom exemplo para a percepção desta tendência (BARROSO, 2017).

A nível da União Europeia, o Tribunal de Justiça também tem caminhado, ainda que mais lentamente, nesta mesma direção. Um bom exemplo disso pode ser percebido no acórdão Melloni<sup>114</sup>- Processo 399/11, onde o Tribunal acabou por ampliar a aplicação do Princípio do Nível de Proteção Mais Elevado, assegurado pelo artigo 53 da CDFUE. Segundo restou da compreensão do acórdão, medidas europeias podem ser aplicadas seguindo os padrões nacionais de proteção de direitos fundamentais, desde que tal aplicação não comprometesse o nível de proteção previsto na CDFUE, caso contrário, deverá o Estado-membro adequar-se internamente para atingir os objetivos expressados na Carta. O acórdão Taricco<sup>115</sup>- Processo C-105/14, é outro bom exemplo desta marcha do Tribunal europeu, ao firmar entendimento sobre o alcance das obrigações dos Estados-membros no combate à fraude em sede de cobrança do imposto sobre o valor acrescentado, o Tribunal mais uma vez impôs aos Estados-membros, no caso em questão a Itália, a necessidade de adequação de sua legislação e jurisprudência aos preceitos estabelecidos em sede da União.

Em todos estes sistemas jurídicos, se tem verificado que, em diferentes graus, o discurso jurídico se sobrepôs de certa maneira à linguagem parlamentar, e os tribunais constitucionais passaram a funcionar como substituto do processo político convencional (BARROSO, 2017). A grande questão a ser resolvida neste caso, se radica em saber até onde esta ação é benéfica, no sentido de possibilitar aos cidadãos acesso a direitos e garantias fundamentais que não podem, quer seja por pressão de grupos de interesse ou por desinteresse das classes políticas, serem a eles concedidas, ou, até onde estas ações pode exprimir verdadeiro abuso por parte do Poder Judiciário as regras democráticas e de divisão dos poderes estatais.

---

<sup>114</sup> Para uma maior compreensão conferir o Acórdão Melloni do Tribunal de Justiça da União Europeia, publicado em de 26 de fevereiro de 2013, processo C-399/11, em especial no considerando 60. Para uma maior compreensão do princípio do nível de proteção mais elevado, verificar Mariana Canotilho, Comentário ao artigo 53.º, in Alessandra Silveira/Mariana Canotilho (coords.), Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada, Almedina, Coimbra, 2013, p. 606 e ss

<sup>115</sup> Acórdão Taricco, de 8 de setembro de 2015, Processo C-105/14, EU:C:2015:555

Já atentos a estes perigos, alguns cientistas políticos, entre eles Tom Ginsburg e Ran Hirschl, têm apontado para o fato de que o fortalecimento das Supremas Cortes e das Cortes Constitucionais ao redor do mundo podem significar o entrincheiramento de direitos e liberdades fundamentais nas Constituições, funcionando mesmo como um “seguro político”<sup>116</sup>, na medida que serviriam como solução para os problemas e incertezas que a política tradicional não tem condições, ou não quer solucionar. Já sob uma outra perspectiva, defendida, dentre outros, por Ran Hirschl, o fortalecimento destes tribunais pode, em alguns países, servir aos interesses das elites dominantes, que veem em suas ações, captadas através do poder financeiro ou político, a oportunidade de se manterem no poder.

Para além destes apontamentos críticos, Barroso também destaca outros problemas presentes nesta atuação mais intervencionista, segundo ele:

As críticas à ascensão do Judiciário e à sua atuação mais expansiva vêm de diversas frentes. Registram-se aqui três delas. A primeira consiste em uma crítica ideológica: o Judiciário é uma instância tradicionalmente conservadora das distribuições de poder e riqueza na sociedade. Nessa perspectiva, a judicialização funcionaria como uma reação das elites tradicionais contra a democratização, um antídoto contra a participação popular e a política majoritária. A segunda crítica diz respeito às capacidades institucionais dos tribunais – que podem não ser o melhor locus para a tomada de decisões envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade – e ao risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejáveis decorrentes dessas decisões. Ambas as circunstâncias recomendam cautela e deferência. Uma terceira crítica diz respeito ao fato de que a judicialização limita, de um lado, a participação no debate aos poucos que têm acesso ao mundo jurídico – com seus ritos formais e custos elevados – e, por outro lado, oferece o risco de politização indevida da justiça. (BARROSO, 2017, p. 15)

Mas o debate em relação a legitimidade e compatibilidade destas ações praticadas pelos Tribunais Constitucionais com preceitos democráticos, e mesmo com a legalidade, é antigo, recorrente e insuperável (CLÉVE, 2001). A doutrina é abundante acerca da célebre polêmica protagonizada de um lado por Hans Kelsen e do outro por Carl Schmitt e que tinha como cerne a preocupação acerca do órgão responsável por fazer a guarda da Constituição e a limitação que deveria marcar o exercício de seu poder. Na experiência estadunidense, que inaugurou esta proeminência das Corte Constitucional em certas situações, é grande o debate envolvendo interpretativistas e não-interpretativistas, originalistas e não-originalistas acerca da dinâmica em que esta proeminência deve tomar e se dar.

Já na Alemanha, há mesmo uma literatura jurídica que faz uma crítica contundente a atuação da Bundesverfassungsgericht (Suprema Corte Alemã) e já ensaia uma reforma do direito.

---

<sup>116</sup> Para uma melhor compreensão da extensão e do significado do termo cunhado por Ginsburg, conferir: *Judicial review in new democracies: Constitutional courts in Asian cases*. New York: Cambridge University Press, 2003.



Habermas em seu livro “Direito e Democracia: entre Faticidade e Validade” faz uma minuciosa descrição acerca deste debate, proferindo uma forte crítica a racionalidade material do direito que surgiu após a Segunda Guerra Mundial.

Mesmo com estas preocupações e críticas, não há dúvida de que mundo a fora as Cortes Constitucionais vem interferindo diretamente em alguns domínios da política e mesmo na formulação de políticas públicas. E isso não é um fenômeno exclusivo de democracias recentes, tais como Brasil e África do Sul, vez que sistemas democráticos há muito tempo estabelecidos, a exemplo do Canadá, Estados Unidos e Alemanha, também tem se voltado as suas Cortes Supremas de modo a resolver questões que vão desde disputas entre grupos políticos, conflitos entre defensores de valores tradicionais e mudanças culturais recentemente estabelecidas, até questões geradas pela indignação popular com certas condutas políticas, conflitos que acabam refletindo o fracasso de um governo reconhecer ou implementar direitos constitucionalmente prometidos, e assim por diante.

Acerta deste aspecto, é importante notar que os próprios textos constitucionais já concedem, em maior ou menor medida, uma parcela do poder político a ser exercido de forma natural pelo judiciário. Acerca deste ponto, mais uma vez Barroso (2012) esclarece:

A maior parte dos Estados democráticos do mundo reserva uma parcela de poder político para ser exercido pelo Judiciário, isto é, por agentes públicos que não são eleitos. Quando os órgãos judiciais resolvem disputas entre particulares, determinando, por exemplo, o pagamento de uma indenização por quem causou um acidente, decretando um divórcio ou o despejo de um imóvel, não há muita polêmica sobre a legitimidade do poder que exerce. A Constituição confere a ele competência para solucionar os litígios em geral e é disso que se trata. A questão ganha em complexidade, todavia, quando o Judiciário atua em disputas que envolvem a validade de atos estatais ou nas quais o Estado – isto é, outros órgãos de Poder – seja parte. É o que ocorre quando declara inconstitucional a cobrança de um tributo, suspende a execução de uma obra pública por questões ambientais ou determina a um hospital público que realize tratamento experimental em paciente que solicitou tal providência em juízo. Nesses casos, juízes e tribunais sobrepõem sua vontade à de agentes públicos de outros Poderes, eleitos ou nomeados para o fim específico de fazerem leis, construir estradas ou definirem as políticas de saúde. (BARROSO, 2012, p. 18).

Mas também há outro fator que acaba fazendo com que o poder judiciário tenha que se debruçar cada vez mais sobre questões da vida política e social do Estado. A sociedade contemporânea tem como uma de suas características principais uma crescente complexidade e o surgimento de novos fenômenos sociais, a internet, as redes sociais e a preocupação com a proteção de dados são exemplos claros disso. Nesta perspectiva, as instituições políticas tradicionais não conseguem atender ou dar uma resposta na mesma velocidade que a demandada

socialmente. Sem poder esperar pela atuação política, o cidadão vê no judiciário e em suas decisões a saída natural para a solução destas demandas.

De igual forma, não se pode fugir à mente que Tribunais não são órgãos alheios à realidade e anseios sociais, estes acabam sofrendo múltiplas e variadas influências. São os Tribunais os guardiões de um direito que sofre o influxo da realidade social e econômica que os rodeias, assim como, das maiorias políticas e dos múltiplos atores da sociedade plural na qual está inserido. Estas influências por sua vez acabam se refletindo nas decisões destes órgãos.

Por sua vez, estas decisões acabam por atingir a arena política em cheio, conforme destaca Barroso (2017), quando um tribunal declara inconstitucional uma lei exarada pelo governo, estabelece os limites para a cobrança de um imposto, reconhece a ilegitimidade de uma ação proposta pela oposição ou obriga o Estado a agir em determinado sentido, há sem sombra de dúvidas perdedores e vencedores na esfera política.

Por conta desta atuação destacada, é cada vez mais crescente o debate acerca dos limites que o judiciário deve observar quando de sua atuação. Mas apesar desta ser uma discussão necessário, e atual, ainda não há uma doutrina que seja capaz de ao menos indicar o caminho a ser seguido de modo a não ser posta em risco a separação dos poderes, ou uma organização política que produza os mesmos efeitos, e a paridade entre estes no contexto republicano e de democracia representativa. Neste sentido, cumpre destacar que o nascimento do conflito entre estes poderes, com uma vitória ao menos até o momento por parte do judiciário, tem permitido o surgimento de um fenômeno que, ao mesmo tempo, possibilita a recriação e revisão da teoria constitucional contemporânea e um florescimento de novas técnicas de decisão, de compreensão da norma e da interpretação constitucional (CLÉVE, 2001).

Apesar desta notoriedade do Poder Judiciário, e mesmo sendo a Corte Constitucional o ente legitimamente reconhecidamente como o responsável por proferir a última palavra acerca da interpretação da Constituição, este não é o único, ou mesmo o principal, centro de debate e de reconhecimento da vontade constitucional na modernidade. Isso porque a jurisdição constitucional não suprimiu, ou oprimiu, a vontade popular expressa nas vozes das ruas, nos movimentos sociais, nas associações sindicais e demais movimentos populares.

Assim, a jurisdição constitucional deve funcionar, conforme defende Barroso (2017), como um canal de conexão e interlocução do legislador com os cidadãos, na medida que o poder, operacionalizado pelas intuições ou não, emana do povo e deve a este servir. A grande questão que ronda essa afirmação do nobre jurista, é como compatibilizar a atuação do juiz, que em tese

não tem quaisquer compromissos senão com o respeito e aplicação da lei à luz dos direitos fundamentais e dos princípios estabelecidos na Constituição, com a vontade popular, vontade esta que muitas vezes vai de encontro com a própria lei. Neste caso, seriam os direitos fundamentais os responsáveis por delimitar esta atuação? Pelo exposto até aqui, parece que não apenas estes são suficientes.

Acerca deste papel desempenhado pela jurisdição constitucional, Barroso ainda esclarece:

A jurisdição constitucional pode não ser um componente indispensável do constitucionalismo democrático, mas tem servido bem à causa, de uma maneira geral. Ela é um espaço de legitimação discursiva ou argumentativa das decisões políticas, que coexiste com a legitimação majoritária. Isso vale para democracias tradicionais e pode ser vital para países de democratização mais recente, onde o amadurecimento institucional ainda precisa enfrentar uma tradição de hegemonia do Executivo e uma persistente fragilidade do sistema representativo. As constituições contemporâneas desempenham dois grandes papéis: (i) expressar as decisões políticas essenciais em que se funda uma dada sociedade, inclusive e sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais; e (ii) disciplinar o processo democrático, propiciando o governo da maioria e a alternância no poder. De longa data se tem reconhecido que aí está o grande papel das supremas cortes e cortes constitucionais: proteger e promover os direitos fundamentais, assegurar o governo da maioria e resguardar as regras do jogo democrático. Eventual atuação contramajoritária do Judiciário em defesa dos elementos essenciais da Constituição se dará a favor e não contra a democracia. (BARROSO, 2017, p. 16).

Por sua vez, cumpre destacar que é próprio do constitucionalismo democrático o reconhecimento, a defesa e legitimação de diferentes atores quando do cumprimento da Constituição. Trata-se assim de uma atuação repleta de nuances na qual ninguém, a pesar de alguns destes atores – nomeadamente a Corte Suprema, possuírem certa preponderância, é o exclusivo dono desta função.

Para além disso, importa destacar que no plano de criação dos sistemas, não há como a Política e o Direito serem analisados a partir de perspectivas autônomas e isoladas, isso porque o Direito é o produto da atividade política desempenhada, quer pelo poder constituinte originário, quer seja pelos entes legiferantes em atuação. Conforme destaca Barroso, o Direito em um Estado nada mais é do que “um dos principais produtos da política, o troféu pelo qual muitas batalhas são disputadas. Em um Estado de direito, a Constituição e as leis, a um só tempo, legitimam e limitam o poder político”. (BARROSO, 2017 p. 19).

De todo modo, e apesar deste contexto, ainda assim não é possível afirmar que tenha deixado de existir a separação natural, e essencial para o Estado Democrático de Direito, entre Direito e Política, na medida que ambas ainda têm seus territórios específicos de atuação e ritos próprios de funcionamento. Na Política ainda vigora a soberania popular, o princípio democrático e o princípio majoritário, ao passo que o Direito é regido a partir do primado da lei, o respeito aos

direitos fundamentais e a hierarquia entre as normas. Acerca do enquadramento funcional e da atuação limitada do poder judiciário, é singular a lição de Moreira no que se refere a forma como a União desempenha suas ações, segundo destaca:

Desde cedo, por ação determinante do Tribunal de Justiça do Luxemburgo, a integração europeia prestou tributo incondicional ao princípio da *rule of law*, nas suas diferentes vertentes. Primeiro, a União só pode atuar no âmbito das atribuições e dos poderes que lhe são conferidos pelos Tratados. Segundo, na sua atividade política e legislativa as decisões da União estão sujeitas ao “direito primário” dos Tratados (princípio da constitucionalidade) e na sua função executiva estão vinculadas às leis e acordos internacionais da União (princípio da legalidade), sob pena de invalidade das suas normas e dos seus atos. Por último, os Estados-membros estão vinculados ao direito da União (direito primário e derivado) e devem fazer cumpri-lo na sua ordem interna, sob pena de punição pela União, por iniciativa da Comissão e por decisão do Tribunal de Justiça. Nas palavras de von Bogdandy (2012: 762), o *rule of law* “foi o primeiro princípio clássico de direito constitucional a ser reclamada para o direito da União”. (MOREIRA, 2017, p. 37)

Cumpra observar que apesar de se referir apenas a União, o enquadramento sistemático feito por Vital Moreira igualmente se aplica para todos os Estados onde há o respeito a Constituição. Portanto, para além de necessária, a essa separação<sup>117</sup> entre Política e Direito no plano fático é desejável e corriqueiramente aplicada (DALARI, 2009). E ela acontece principalmente através de duas ações, por meio da independência do judiciário em relação aos órgãos políticos e de governo, na medida que a gerência ou submissão dos juízes e tribunais aos desígnios dos governantes fariam destes mais um instrumento a serviço de projetos políticos particulares. E pela vinculação das ações do judiciário à Constituição e as Leis, devendo aquelas ocorrerem em termos próprios da teoria e da técnica jurídica.

Por fim, e diante de todo exposto até aqui, resta observar que tem sido próprio do direito contemporâneo, muito sob influência da jurisdição constitucional que se desenvolveu a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, a busca por maior autonomia em relação à política, ocorrendo mesmo certo conflito entre este e os poderes responsáveis pelo exercício político. É inegável que o Direito é um produto direto da Política, mas realizado o seu nascimento e cortado o cordão umbilical, este toma caminhos diferentes e suas instituições são as únicas responsáveis por sua operacionalização e aplicação, devendo sempre observar o disposto na Constituição, em especial, naquilo que se refere a defesa e proteção os direitos fundamentais, bem como os objetivos e os fins que aquela elencou como imprescindíveis.

---

<sup>117</sup> A separação entre Direito e Política também é potencializada pela visão tradicional e formalista acerca do fenômeno jurídico. Nela ainda se cultivam ainda algumas crenças, tais como a da neutralidade científica, da completude do Direito e a interpretação judicial como um processo puramente mecânico de concretização de normas jurídicas, a partir de um processo de valoração estritamente técnico.

Porém, no contexto social que atualmente se vive, o judiciário muitas vezes tem sido chamado a solucionar questões que tradicionalmente se resolviam na esfera política. E é aqui que se encontra o ovo da serpente. Não há até o momento uma teoria política ou jurídica, ou mesmo uma fórmula precisa, que ajude a limitar esta ação por parte do judiciário. E em que pese sua atuação benéfica em muitas situações, afinal de contas são inegáveis, no contexto brasileiro e no europeu, os avanços que foram possíveis de serem alcançados graças a interpretações mais extensivas por parte, respectivamente, do STF e do TJUE.

Toda esta dinâmica e complexidade acabam fazendo com que haja certa preponderância do judiciário frente as instituições políticas tradicionais, a exemplo do parlamento, da presidência, das assembleias regionais e etc., e não se sabe até que ponto isso é seguro ou necessário. Não se pode fugir a mente que o Poder Judiciário não tem o apelo popular e de representação que os demais, nem mesmo, mantém uma conexão direta com o povo.

Desta forma, um eventual desequilíbrio de forças significaria mesmo um grave risco a Democracia e ao Estado de Direito, e por consequência, aos direitos fundamentais. Não é de se esquecer que em todos os períodos ditatoriais o judiciário serviu como ferramenta indispensável a tomada e manutenção de poder, tendo inclusive utilizado a justificativa de proteção dos direitos fundamentais para acabar limitando e deturpando estes. Este não é um passado tão distante, e o judiciário ainda hoje mantém suas lembranças deste período.

A saída sempre foi, e deve continuar sendo, política. Ainda que esta esteja eivada de vícios e problemas, sua manutenção e preponderância é fundamental para a sobrevivência de tudo aqui conhecido até o momento.

## 5. CONCLUSÃO

Este último capítulo, dedicado as conclusões do presente trabalho, buscará apresentar de forma sucinta, haja vista todos os pontos debatidos ao longo de toda a dissertação, as prováveis respostas aos problemas propostos no início da pesquisa, os quais se rememoram: 1) O mandado de injunção e o reenvio prejudicial funcionam eficientemente como mecanismos de fiscalização da constitucionalidade? Do mesmo modo, podem eles laborar materialmente como garantidores de direitos fundamentais proclamados em cada uma das ordens jurídicas chamadas à colação? 2) Tais mecanismos servem como instrumentos tendentes ao aprofundamento do exercício democrático? Para além disso, se buscará, nestas conclusões, apresentar as impressões finais acerca do que foi apresentado e debatido nos capítulos anteriores.

Inicialmente importa destacar o papel basilar dos tribunais, nomeadamente o STF e o TJUE, que têm, no seu contexto particular, a possibilidade de proceder a um exercício do controle de constitucionalidade nos seus respectivos ordenamentos jurídicos, bem como a defesa e o fomento que necessariamente decorre deste controle, haja vista sua imprescindibilidade para a garantia dos direitos fundamentais. Assim, as ações destes tribunais são pautadas, tendo sempre no horizonte o ideário de uma proteção efetiva e mais elevada possível, da aplicação imediata e suficiente destes direitos e a noção de que sem direitos fundamentais não se pode falar em Estado de Direito.

É a partir da atividade destes tribunais que o controle de constitucionalidade pode, em maior ou menor grau, ser desempenhado através da provocação oriunda de órgãos/entes normativamente autorizados, como no caso dos Partidos Políticos e do Procurador-Geral da República no Brasil, e da Comissão no cenário da União Europeia, ou por meio de mecanismos que estão à disposição, ainda que indiretamente, dos cidadãos, caso do mandado de injunção e do reenvio prejudicial muito bem pontuado aqui. No contexto europeu é de se destacar que o fenômeno da interjurisdicionalidade desempenha uma função de preponderante valor, na medida em que possibilita a interação entre ordens jurisdicionais distintas, possibilitando significativas implicações na tutela jurisdicional efetiva.

Deste modo, resta evidente que são estes tribunais os principais, apesar de não serem os únicos, responsáveis por efetivamente procederem a uma defesa e proteção dos princípios e normas preceituados nos respectivos textos constitucionais, atividade esta desempenhada

sobretudo por meio de um controle de constitucionalidade multifacetado e adaptado a cada um dos ordenamentos jurídicos.

Entretanto, estes tribunais só podem desempenhar suas funções satisfatoriamente, e por sua vez, os direitos fundamentais só podem estar eficientemente protegidos, se não apenas determinados órgãos/entidades sejam os únicos detentores da prerrogativa de provocar e se comunicarem com estes tribunais, e é aqui que se encontrou a inovação e o ponto forte deste trabalho, na medida que buscou analisar e interpretar dois mecanismos fundamentais para esta atividade, quais sejam, o mandado de injunção e o reenvio prejudicial. Tais mecanismos têm uma propensão natural de possibilitar aos seus cidadãos o acesso a direitos quando estes se encontram tolhidos ou deficitariamente transpostos pelos Estados.

Além disso, tanto o mandado de injunção quanto o reenvio prejudicial se apresentam como mecanismos significativos que podem permitir a observância e adensamento dos termos jurídico-constitucionais vigentes em cada uma das ordens jurídicas correspondentes, podendo ainda desempenhar um papel de monta na efetivação das dimensões associadas à jusfundamentalidade, ou seja, de proteção de direitos fundamentais.

E tanto o TJUE quanto o STF têm, quando a eles oportunizado, satisfatoriamente atendido os anseios e as necessidades dos cidadãos que os tem buscado quando da necessidade de proteção ou efetivação de seus direitos fundamentais, basta verificar a atuação destes tribunais nos casos trazidos na presente pesquisa, atuação esta, frisa-se, que vai ao encontro das necessidades de suas realidades e necessidades político-jurídicas, possibilitando avanços notáveis nas duas realidades jurídicas.

Assim, a possibilidade de os cidadãos poderem ter um canal de comunicação eficiente com aqueles órgãos, além de conferir maior eficácia e amplitude ao exercício do controle de constitucionalidade, também se apresenta como uma ferramenta de importante valor na ampliação da participação política e democrática a partir de uma ótica material.

Ocorre que infelizmente, como demonstrado ao longo da presente pesquisa, o mandado de injunção no contexto brasileiro não consegue cumprir as funções e atingir os objetivos desenhados e projetados quando da sua inserção no texto constitucional de 1988. Tal limitação se dá por vários motivos, em especial pelas limitações impostas a este instrumento pela doutrina e jurisprudência, pela Lei nº 13.300/2016 e pelo fato de o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro possibilitar alternativas, ainda que sempre atreladas a uma representação indireta, de exercício do controle de constitucionalidade.

Esta forma de ser acaba acarretando que mesmo nos casos em que há a ausência de uma norma regulamentadora que torna inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e de prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, o mandado de injunção ainda assim não está entre os remédios mais eficientes à disposição dos cidadãos brasileiros.

Desta forma os jurisdicionados brasileiros acabam por utilizar de ações próprias ou de incidentes processuais autônomos para terem seus direitos resguardados, ou, de outro modo, precisam buscar o socorro daqueles agentes, sendo eles o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, um partido político com representação no Congresso Nacional ou uma confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, nos termos do artigo 103 da Constituição, autorizados a provocar diretamente o STF por meio de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ou por meio de Ações de Inconstitucionalidade por Omissão,.

Já o reenvio prejudicial tem servido como uma importante ferramenta necessária ao exercício do controle de constitucionalidade no âmbito da União Europeia já que esta ferramenta acaba servindo satisfatoriamente para à tutela jurisdicional efetiva e à concretização de uma proteção mais elevada aos direitos fundamentais, possibilitando, ainda que indiretamente e de modo restritivo em algumas situações, que os cidadãos Europeus possam suscitar perante o TJUE a defesa de seus direitos. Para além disso, este é o principal instrumento que possibilita a ocorrência de uma profunda e dinâmica interjurisdicionalidade, fenômeno sem o qual estaria prejudicada a própria ideia de integração e cooperação europeia.

Por todo este contexto, resta evidente que enquanto o reenvio prejudicial funciona eficientemente como um mecanismo de fiscalização da constitucionalidade no cenário da União Europeia, possibilitado ainda, como mencionado acima, verdadeira interação e completude entre ordens jurídicas diferentes e autônomas, o que por sua vez acaba por possibilitar a integração e uniformização de todo um arcabouço jurídico multinível, o mandado de injunção sofre da sina do que era para ser e não foi, não cumprindo plenamente a função primordialmente a ele atribuída e não oferecendo quaisquer perspectiva de um controle de constitucionalidade efetivo, ainda que nos casos de omissão, à disposição dos cidadãos brasileiros.



Do mesmo modo, no que se refere a possibilidade destes instrumentos laborarem materialmente como garantidores de direitos fundamentais proclamados em cada uma das ordens jurídicas chamadas à colação, fica evidente que esta possibilidade só é satisfatoriamente cumprida pelo reenvio prejudicial e aqui cabe observar, e ao mesmo tempo fazer um desagravo ao mandado de injunção, que enquanto o ordenamento jurídico brasileiro possui outros instrumentos que cumprem eficientemente esta função, relegando ao mandado de injunção um papel, quando muito, coadjuvante, no contexto da União Europeia não há esta mesma diversidade de instituto, ou seja, é o reenvio prejudicial o único que pode desempenhar esta função sob pena de perda significativa da garantia dos direitos fundamentais.

E para a superação de todas as amarras hoje presentes na figura do mandado de injunção, e de modo a fazer com que este instituto possa atingir objetivos semelhantes aos do reenvio prejudicial, é necessário que haja uma reformulação quanto a sua atual configuração, devendo inclusive serem resgatadas as ideias iniciais que deram azo ao seu surgimento e formulação na Constituição de 1988.

Em relação ao derradeiro questionamento feito no início do presente trabalho, importa destacar que resta indiscutível que a existência de instrumentos que possibilitem aos cidadãos buscarem o resguardo e a defesa dos seus direitos fundamentais reconhecidos nos respectivos textos magnos, além de garantir o natural acesso à justiça, característico dos modernos Estados de Direito, acaba por fortalecer a democracia em sua perspectiva matéria, ou seja, na sua real prática e exercício, onde o poder judiciário, fazendo uso de um ativismo saudável, ainda que as linhas deste ativismo saudável não sejam assim tão claras, é capaz de promover a sua dimensão material pela promoção e proteção de direitos fundamentais.

Do mesmo modo, e tomando como base a teoria da Constituição e as novas interações surgidas no seu seio a partir da evolução do constitucionalismo contemporâneo, somada a preocupação de se encontrar certa harmonia entre o Estado Democrático de Direito e o conteúdo material da Constituição, instrumentos como o mandado de injunção e o reenvio prejudicial podem funcionar como ferramentas para o atingimento dos programas estabelecidos a nível de Estado pelas respectivas cartas políticas.

Desta forma, a conjunção de um programa constitucional com mecanismos que possibilitassem a determinados atores, entre os quais os cidadãos, a provocação do judiciário no sentido de buscar a concretização daquela, poderia servir como meio de apontar aos legisladores, e demais órgãos dos poderes públicos, certos objetivos a serem atingidos e que se apresentam

tão caros à população, como por exemplo, o direito à saúde, o direito a uma educação gratuita e de qualidade, o acesso a meios de defesa e de proteção de direitos, dentro, é claro, das limitações, necessidades e particularidades do Estado.

Neste mesmo sentido é necessário observar que o discurso constitucional é, antes de tudo, um discurso utópico e idealista, vez que projeta para o futuro um cenário muito melhor do vivenciado no presente, na medida que busca fazer com que o povo que está sob sua égide experimente condições de vida muito melhores do que as dos seus antepassados, neste sentido é que a programaticidade constitucional faz com que o texto constitucional não perca sua alma e seu espírito libertário e igualitário. A existência de instrumentos que concretizem essa natureza constitucional é o combustível que move estes desígnios.

Assim o legislador e os demais poderes públicos estariam vinculados a programaticidade constitucional, e se não cumprisse com os desígnios por ela imputados, os cidadãos ou órgãos de controle estariam autorizados a provocar o judiciário, por meio de mecanismos eficientes, a exemplo do mandado de injunção e do reenvio prejudicial, que lhes garantisse o acesso aos direitos a eles projetados pelo texto constitucional.

Por fim, resta frisar, mais uma vez, que há muito a participação popular nas democracias contemporâneas também se dá por outros meios afora aqueles tradicionalmente reconhecidos, ou seja, no contexto contemporânea, tal como o direito ao sufrágio universal é um meio indiscutível de representação e participação política, a possibilidade/faculdade de se dirigir ao judiciário de forma eficaz para ver seus direitos fundamentais resguardados, também deve ser compreendida enquanto um meio de participação democrática, ainda que dentro de determinado arcabouço jurídico normativo.

Isso se dá pelo fato de que é impossível, ou mesmo irreal, qualificar um Estado enquanto reconhecidamente democrático e que se pauta pelo direito posto, se nele inexistir um rol claro de direitos fundamentais reconhecidamente consagrados e que são protegidos por um forte sistema de controle de constitucionalidade exercido por diferentes atores, inclusive pelos indivíduos de forma autônoma.

Ou seja, a resposta que se apresenta para este último questionamento é afirmativa, na medida que tais mecanismos podem servir como instrumentos tendentes ao aprofundamento do exercício democrático quando utilizados plenamente e livre de suas amarras.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Introdução à teoria e à filosofia do direito. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ABREU, Joana Rita de Sousa Covelo de. Inconstitucionalidade por Omissão e Ação por Incumprimento - A Inércia do Legislador e Suas Consequências. Porto Alegre: Juruá, 2012.

\_\_\_\_\_. An approach to today's EU constitutionality control – understanding this EU inter-jurisdictional phenomenon in light of effective judicial protection. UNIO - EU Law Journal. Vol. 3, No. 2, July 2017, pp 104-124.

AGAMBEN, Giorgio. Estado de Exceção. Tradução: Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ARISTÓTELES. A política. São Paulo: Martins Fontes, 1998

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

\_\_\_\_\_. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2016.

BARROSO, Luis Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. A nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Argumentação e Papel dos Princípios. In: LEITE: George Salomão. Dos Princípios Constitucionais. Malheiros: 2003.

BARROSO, Luis Roberto. O direito constitucional e a efetividade das suas normas. 8. Ed. Rio De janeiro: Renovar, 2006

\_\_\_\_\_. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2018.

\_\_\_\_\_. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e política no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Revista da Faculdade de Direito- UERJ, 2012.

\_\_\_\_\_. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os Papéis Das Cortes Constitucionais Nas Democracias Contemporâneas. Rio de Janeiro: Direito e Práxis Revista, 2017.

BARZOTTO, Luis Fernando. A Democracia na Constituição. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003.

BEÇAK, Rubens. Democracia Moderna – Sua evolução e o papel da deliberação. Brasília: Revista de Informação Legislativa, 2013, número 199.

BELLAMY, Richard. Constitucionalismo Político: Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia. De la traducción: Jorge Urdániz Ganuza y Santiago Gallego Aldaz. Madrid: 2010.

BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia. Uma defesa das regras do jogo 15. ed. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2018.

\_\_\_\_\_. A era dos direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004 – 10º reimpressão.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 532.

\_\_\_\_\_. Curso de Direito Constitucional. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil 1988

.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Acesso em 10/09/2019 Disponível em:<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/constituicao/>

BRASIL Emenda Constitucional no 1 de 1969. Acesso em 10/09/2019 - Disponível em:  
<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/constituicao/>

BRASIL. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em:  
<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/constituicao/> – Acesso em 10/09/2019

BRASIL. Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em:  
<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/constituicao/> – Acesso em 10/09/2019

BRASIL. Constituição (1937). Constituição dos Estados Unidos do Brasil.  
Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/constituicao/> –  
Acesso em 10/09/2019

BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados  
Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/constituicao/> – Acesso em 10/09/2019

BRASIL. Constituição (1891). Constituição da República dos Estados  
Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/constituicao/> – Acesso em 10/09/2019

BRASIL. Constituição (1824). Constituição Política do Império do Brasil.  
Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/constituicao/> –  
Acesso em 10/09/2019

BRITTO, Carlos Ayres. As cláusulas pétreas e sua função de revelar e garantir a identidade da  
Constituição. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). Perspectivas do Direito Público.  
Estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 175-  
195. p. 193.

CANOTILHO, J. J. Gomes. “Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre  
a historicidade constitucional. 2. ed. Almedina: Coimbra, 2008.

\_\_\_\_\_. [Anais de teleconferência]. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). Canotilho e a Constituição dirigente. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. Jurisdição constitucional e intranquilidade discursiva. In: MIRANDA, Jorge (Org.). Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976. Coimbra: Coimbra, 1996.

\_\_\_\_\_. (coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira). As garantias do cidadão na justiça. São Paulo: Saraiva, 1993.

\_\_\_\_\_. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

\_\_\_\_\_. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

\_\_\_\_\_. Direito Constitucional e Teoria da Constituição – 4<sup>o</sup> edição. Coimbra: Almedina, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 3 ed. Saraiva, 2003.

COSTA, Rogério Barros. O sonho Europeu – 50 Países Unidos na Diversidade – Uma Europa de Lisboa a Vladivostok. Lisboa: Edições Parténon, 2018.

CLÉVE, Clémerson Merlin. A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro. 2<sup>o</sup>. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

CLÉVE, Clémerson Merlin. Controle de Constitucionalidade e Democracia. In MAUÉS, Antonio G. Moreira. Constituição e Democracia. São Paulo: Editora Max Limonad, 2001.

DANTAS, Miguel Calmon. Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade. São Paulo: Saraiva, 2009.

DWORKIN, Ronald. Freedom's Law: The moral reading of the American Constitution. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

\_\_\_\_\_. Levando os direitos a sério. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007 [1978].

\_\_\_\_\_. Liberalismo, Constitución y Democracia. Tradução: Julio Montero y Alfredo Stolarz. Buenos Aires: La isla de la luna, 2003 [1980/1990]

\_\_\_\_\_. O império do Direito. 2. ed. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. Uma questão de princípio. Tradução: Luís Carlos Borges. Coordenação e Supervisão: Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FACHIN, Luiz Edson. In PINTO, Hélio Pinheiro (Coords.), et al. Constituição, direitos fundamentais e política: estudos em homenagem ao professor José Joaquim Gomes Canotilho. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

FREIXES, Teresa. Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. In. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada. Cood. SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana. Coimbra: Almedina, 2013.

GRIMM, Djeter. Constituição e Política. Tradução: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GORCZEWSKI, Clóvis. A fundamentação da democracia: participação política e autocondução como exercício de um direito natural. In.: COSTA, Marli Marlene Moraes da; LEAL, Mônia Clarissa Hennig (Org.). Direitos sociais & políticas públicas: desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. A constelação pós-nacional e o futuro da democracia. In:\_\_\_\_\_. A Constelação pós-nacional. Ensaios políticos. Tradução: Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

\_\_\_\_\_. O Estado nacional europeu – sobre o passado e o futuro da soberania e da nacionalidade. In:\_\_\_\_\_. A Inclusão do outro. Estudos de teoria política. Tradução: Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2004 [1996]. p. 127-151.

\_\_\_\_\_. Mudança estrutural da esfera pública. Tradução: Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984 [1961].

\_\_\_\_\_. Uma visão genealógica do teor cognitivo da moral. In:\_\_\_\_\_. A Inclusão do outro: Estudos de teoria política. Tradução: Paulo Astor Soethe e George Sperber. São Paulo: Loyola, 2004 [1996]. p. 13-62.

\_\_\_\_\_. Um ensaio sobre a Constituição da Europa. Lisboa: Edições 70, 2012.

HACHEM, Daniel Wunder. Mandado de Injunção e direitos fundamentais: uma construção à luz da transição do Estado Legislativos ao Estado Constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. 20. ed. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

\_\_\_\_\_. A Força Normativa da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. A democracia. Tradução: Ivone Castilho Benedetti et alii. São Paulo: Martins Fontes, 2000 [1955].

\_\_\_\_\_. Jurisdição constitucional, São Paulo: Martins Fontes, 2003.



\_\_\_\_\_. Teoria Geral do Direito e do Estado. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000 [1945].

LEAL, Mônia Clarissa Henning. A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Manole, 2003.

\_\_\_\_\_. Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEAL, Rogério Gesta. Teoria do Estado: Cidadania e Poder Político na Modernidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

\_\_\_\_\_. Significados e sentidos do Estado Democrático de Direito enquanto modalidade ideal/constitucional do Estado Brasileiro. Universidade de Santa Cruz do Sul. <[www.unisc.br/universidade/estrutura\\_administrativa/centros/cepejur/publicacoes.htm](http://www.unisc.br/universidade/estrutura_administrativa/centros/cepejur/publicacoes.htm)>. Acesso em 23 de novembro de 2010.

\_\_\_\_\_. Direitos Humanos no Brasil: desafios à democracia. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 1997.

MADURO, Miguel Poiães. A Constituição Plural – Constitucionalismo e União Europeia. Caiscais: Principia, 2006.

MAUÉS, Antonio G. Moreira Maués. (Org.). Constituição e Democracia. São Paulo: Editora Max Limonad, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. Curso de Direito Constitucional – 2. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

MILL, John Stuart. Governo Representativo. Tradução: E. Jacy Monteiro. São Paulo: Ibrasa, 1964 [1861].

\_\_\_\_\_. Manual de direito constitucional. 7ª. ed., Coimbra: Coimbra Ed., 2013.

MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

\_\_\_\_\_. Inconstitucionalidade por omissão. In: Estudos sobre a Constituição. Lisboa: Livraria Petrony, 1977, 1º v.

\_\_\_\_\_. Teoria do Estado e da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. Direito Constitucional e Democracia. Revista de Direito da OAB. Brasília: 2017.

MOREIRA, Vital. “Respublica” Europeia: Estudos de direito constitucional da União Europeia. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

\_\_\_\_\_. A vontade dos cidadãos da União: A democracia supranacional na União Europeia. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017.

MÜLLER, Friedrich. Quem é o povo? A questão fundamental da democracia. 2. ed. Tradução: Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000.

QUADROS, Fausto de e MARTINS, Ana Maria Guerra. Contencioso Comunitário. Lisboa: Almedina, 2005.

RAWLS, John. Justiça e Democracia. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RAMOS, Elival da Silva. Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Constituição e ordem econômica. In: FIOCCA, Demian e GRAU, Eros Roberto (orgs). Debate sobre a Constituição de 1988. São Paulo: Paz e Terra, 2001. p. 9-34. p. 31-32.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. O Contrato Social. São Paulo: Martins Fontes, 1996 [1762].

SALGADO, Eneida Desiree. Constituição e democracia - Tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI Luiz Guilherme; e MITIDIERO Daniel. Curso de direito constitucional. – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. "Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988". In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Direito público em tempos de crise - Estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 30 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

\_\_\_\_\_. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. São Paulo, Malheiros Editores, 1998, págs. 81 e 82.

\_\_\_\_\_. Mandado de injunção e habeas data. São Paulo: RT, 1989.

SILVEIRA, Alessandra. Princípios de Direito da União Europeia: Doutrina e Jurisprudência. 2ª ed. Lisboa. Quid Juris Sociedade Editora, 2011.

\_\_\_\_\_. Autonomia Institucional/Processual dos Estados-membros e Efectividade do Direito da União Europeia Na Jurisprudência Do TJUE (Ou do baile De Pierre-Auguste Renoir). In: Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda. Vol. III Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012.

\_\_\_\_\_. Do dirigismo constitucional à interconstitucionalidade “com cheirinho de alecrim”. In: MIRANDA, Jorge (Org) et al. Nos 40 Anos da Constituição. Lisboa, AAFDL Editora, 2017.

SILVEIRA, Alessandra, FERNANDEZ, Sophie Perez. A Propósito da possibilidade de interposição de recurso do despacho de reenvio prejudicial à luz do direito da União Europeia. Coimbra: Revista Julgar, 2011.

SILVEIRA, Alessandra, FROUFE, Pedro. Integração europeia em crise de identidade: Causas e perspectivas jurídico-constitucionais entre o populismo, a política e o poder. Rio de Janeiro: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social. vol. 11 – nº 2, 2018.

SOUZA, Luciane Moessa de. Normas constitucionais não-regulamentadas: instrumentos processuais. São Paulo: RT, 2004.

STRECK, Lenio L., SARLET, Ingo W., Comentário ao artigo 5º, LXXI. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; (Coords). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almeidina, 2013. P. 479-485.

\_\_\_\_\_. Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica. 4.ed. São Paulo: RT, 2013.

VALÉRIO, Nuno. História da União Europeia. Lisboa: Editora Presença, 2010.

WALDRON, Jeremy. Law and disagreement. Oxford: Oxford University Press, 1999.

\_\_\_\_\_. Do judges reason morally?. In: HUSCROFT, Grant (org). Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory. Cambridge: Cambridge Univ. Press, 2008.