



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS**  
**DEPARTAMENTO DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**Laís Morais de Andrade**

**OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS E A EFICÁCIA DAS DECISÕES NO  
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA OMISSÃO**

**Orientador: Prof. Paulo Roberto Dantas de Souza Leão**

**NATAL-RN**

**2013.1**

LAÍS MORAIS DE ANDRADE

**OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS E A EFICÁCIA DAS DECISÕES NO  
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA OMISSÃO**

Artigo apresentado ao Curso de Graduação em Direito como parte dos requisitos para a obtenção do Título de Bacharel em Direito do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, sob a orientação do Prof. Paulo Roberto Dantas de Souza Leão.

**NATAL-RN**

**2013.1**

## PARECER DO ORIENTADOR

De acordo com a RESOLUÇÃO nº. 01/2012 – CORDI, 16 de março 2012 do Colegiado do Curso de Direito, do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Federal do Rio Grande do Norte que dispõe sobre a apresentação do Trabalho de Conclusão de Curso - TCC, componente curricular obrigatório para a conclusão do Curso de Graduação em Direito, avaliamos o trabalho aqui apresentado, sob a forma de artigo Científico, e, considerando que este se encontra em consonância com a legislação vigente e as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT.

Somos pela:

Aprovação ( ) e atribuímos a nota \_\_\_\_\_ ( )

Não aprovação ( ) justificativa: \_\_\_\_\_

Natal, 02 de junho de 2013.

Orientador – Prof. MSc Paulo Roberto Dantas de Souza Leão

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>5</b>
<b>2</b>	<b>APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS.....</b>	<b>6</b>
<b>3</b>	<b>INCONSTITUCIONALIDADE.....</b>	<b>7</b>
<b>4</b>	<b>OMISSÃO INCONSTITUCIONAL.....</b>	<b>9</b>
<b>5</b>	<b>CONTEXTO HISTÓRICO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>6</b>	<b>MANDADO DE INJUNÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>7</b>	<b>AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO.....</b>	<b>12</b>
<b>8</b>	<b>CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA OMISSÃO E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.....</b>	<b>13</b>
<b>9</b>	<b>EVOLUÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM DECISÕES PROFERIDAS EM MANDADO DE INJUNÇÃO .....</b>	<b>15</b>
<b>10</b>	<b>EVOLUÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM DECISÕES PROFERIDAS EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO.....</b>	<b>18</b>
<b>11</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>20</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>21</b>

## OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS E A EFICÁCIA DAS DECISÕES EM CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA OMISSÃO

### RESUMO

O presente artigo faz uma abordagem do controle de inconstitucionalidade da omissão, definindo o que seria inconstitucionalidade, omissão inconstitucional, traçando a evolução histórica dessa espécie de controle, explicando o mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão, bem como analisando as decisões do Supremo Tribunal Federal nesses processos. Verificou-se que muitos temas importantes ficaram sem regulamentação, tornando inviável o exercício de direitos fundamentais, em virtude da inércia do legislador. Nesse contexto, o Supremo Tribunal passou a adotar uma postura mais ativista, uma vez que a conduta de apenas decretar a mora do poder omissor mostrava-se inócua. Agindo assim, o STF evoluiu para uma nova perspectiva, passando a dar efetividade ao controle das omissões constitucionais e possibilitando o exercício de direitos fundamentais, conforme foi verificado em vários exemplos encontrados na jurisprudência.

**Palavras-Chave:** Inconstitucionalidade. Omissão. Mandado de Injunção. Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão. Supremo Tribunal Federal.

### 1 INTRODUÇÃO

Durante décadas, discutiu-se sobre a crise de aplicabilidade da Constituição, notadamente no que diz respeito às normas constitucionais de eficácia limitada. Em virtude da inércia estatal, especialmente do Congresso Nacional, os mandamentos constitucionais que necessitavam de regulamentação posterior permaneciam paralisados na Carta Maior.

No intuito de enfrentar esse problema, a Constituição de 1988 abriu a possibilidade para o controle de constitucionalidade da omissão do legislador com a introdução do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Entretanto, as inovações promovidas pelo legislador não foram precedidas por estudos e reflexões acerca do significado, conteúdo, natureza e alcance desses institutos, restando um clima de insegurança.

A forma adequada de eliminar do ordenamento jurídico a omissão inconstitucional do legislador sem violentar a própria sistemática constitucional ainda não foi encontrada, constituindo a questão da inconstitucionalidade por omissão um dos mais controversos temas do direito constitucional moderno, na medida em que envolve problemática da concretização dos direitos previstos na Constituição e eficácia das normas constitucionais, bem como dos limites da atuação do Poder Judiciário.

É possível perceber que a separação dos Poderes sempre foi princípio balizador do posicionamento do Supremo Tribunal Federal nas decisões proferidas nos casos de omissões do Poder Público, entretanto, a evolução natural do pensamento jurídico, pode justificar mudanças no posicionamento da Suprema Corte, pois as decisões proferidas até o presente momento, parecem ser insuficientes para abarcar o complexo fenômeno da omissão inconstitucional.

O presente artigo aborda os limites das decisões do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade da omissão, lançando, primeiramente, breves considerações sobre essa forma de controle de constitucionalidade, para, posteriormente, partir para uma análise acerca da eficácia das decisões do Supremo no julgamento dos mandados de injunção e das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão.

## **2 APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS**

Normas constitucionais são todas as regras e princípios que compõem uma Constituição escrita e rígida. Em geral, todas as normas constitucionais apresentam eficácia, algumas jurídica e social, outras apenas jurídica.

Uma norma possui eficácia social quando tem potencialidade para regular determinadas relações, sendo efetivamente aplicada aos casos concretos. Por sua vez, uma norma com eficácia jurídica já está apta a produzir efeitos nas relações concretas, pois sua simples edição resulta na revogação de todas as normas anteriores que com ela conflitem.

José Afonso da Silva sistematizou a aplicabilidade das normas constitucionais, classificando-as em normas de eficácia plena, contida e limitada<sup>1</sup>, tendo sido esse critério o adotado pelo Supremo Tribunal Federal, conforme RT 723/231.

---

<sup>1</sup> SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 7 ed. Re. E atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

De acordo com a classificação do referido jurista, as normas constitucionais de eficácia plena possuem aplicabilidade direta, imediata e integral, pois estão aptas a produzir todos os seus efeitos no momento em que entram em vigor, independentemente de norma integrativa infraconstitucional. Geralmente criam órgãos ou atribuem aos entes federativos competências, criam situações subjetivas, desde logo exigíveis. Como exemplos podem ser citados os arts. 2º, 19, 20, 21, 22, 60, 70 e 266 da CF/88.

As normas de eficácia contida ou prospectiva são aquelas com aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral, pois embora tenha condições de produzir todos seus efeitos a partir da promulgação da Constituição, poderão ter sua abrangência reduzida por norma infraconstitucional ou outras situações, como motivo de ordem pública, bons costumes e paz social. Em suma, são as normas que tem eficácia plena, enquanto não materializado o fator de restrição. São exemplos os arts. 5º, inciso XII; 15, inciso IV; 37, inciso I e 170, parágrafo único, todos da CF/88.

Por sua vez, as normas de eficácia limitada são as que, de imediato, não produzem todos os seus efeitos, pois precisam regulamentação, a ser feita posteriormente pelo Poder Público. Em virtude disso, possuem aplicabilidade mediata e reduzida, ou, segundo alguns autores, aplicabilidade diferida.

### **3INCONSTITUCIONALIDADE**

As constituições rígidas possuem um processo especial de revisão, que lhes confere estabilidade ou rigidez bem superior às leis infraconstitucionais. Além disso, as Constituições rígidas distinguem o poder constituinte e poderes derivados.

Disso compõe-se uma hierarquia entre as normas, bem como resulta a superioridade da lei constitucional, obra do poder constituinte, sobre a lei infraconstitucional, decorrente de ato do poder derivado, poder inferior, de competência limitada pela própria Constituição.

O órgão legislativo, ao exercer o poder derivado, não pode introduzir no sistema jurídico leis contrárias às disposições constitucionais. De acordo com Paulo Bonavides, essas leis se reputariam nulas, inaplicáveis, sem validade, inconsistentes com a ordem jurídica estabelecida<sup>2</sup>. Sem o controle de constitucionalidade das normas, a supremacia da Constituição não teria motivo para existir, pois estaria sendo frustrada a máxima

---

<sup>2</sup>BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

vantagem que aridez constitucional traz para o funcionamento equilibrado do Estado, especialmente no que diz respeito à garantia dos direitos contidos na lei fundamental.

É possível violar a Constituição praticando um ato que esta proíbe ou deixando de praticar um ato que ela exigia. Em virtude disso, a violação da Carta Maior pode ocorrer por via de ação, através de uma conduta positiva, ou por via de omissão, com uma inércia ilegítima.

Para José Afonso da Silva, a Constituição de 1988 reconhece duas formas de inconstitucionalidades: a inconstitucionalidade por ação (atuação) e a inconstitucionalidade por omissão<sup>3</sup>.

A inconstitucionalidade por ação ocorre quando a produção de atos legislativos ou administrativos contraria normas ou princípios da Constituição. As normas que não forem compatíveis com esta serão inválidas, pois as normas constitucionais funcionam como fundamento de validade das normas inferiores.

Essa inconstitucionalidade se manifesta de duas maneiras: formalmente, quando as normas são criadas por autoridades incompetentes ou em desacordo com as formalidades e procedimentos estabelecidos na constituição e; materialmente, na hipótese de o conteúdo de tais leis ou atos contrariar preceito ou princípio da Constituição.

Por sua vez, a inconstitucionalidade por omissão é verificada nos casos em que não sejam praticados atos legislativos ou administrativos, requeridos na Constituição, para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais.

Luís Roberto Barroso define a inconstitucionalidade por omissão como um fenômeno novo que se refere à inércia na elaboração de atos normativos necessários a realização dos comandos constitucionais<sup>4</sup>. De acordo com este autor, legislar, como regra, é uma faculdade do legislador, inserida no seu âmbito de discricionariedade. Entretanto, nos casos em que a Constituição impõe ao órgão legislativo o dever de editar norma reguladora, sua abstenção configurará caso de inconstitucionalidade por omissão.

---

<sup>3</sup>SILVA, José Afonso Da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 34. ed.rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

<sup>4</sup>BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.



#### **4 OMISSÃO INCONSTITUCIONAL**

A Constituição não basta em si mesma. A tarefa de construção do Estado Constitucional compete às instancias políticas e ao legislador, que devem emprestar conformação da Carta Maior de 1988 à realidade social.

A omissão legislativa é reconhecida, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quando se verifica o inadimplemento do dever constitucional de legislar. Com isso, temos que nem toda inércia dos órgãos constituídos afronta a ordem constitucional. A omissão constitucional seria, então, aquela na qual a abstenção em implementar satisfatoriamente determinadas providencias necessárias, tornar inaplicável a norma constitucional. Nesses casos, há um descumprimento de uma exigência constitucional de ação.

A omissão pode ser total ou absoluta, quando não houver o cumprimento do dever constitucional de legislar, ou seja, na hipótese do legislador não empreender a providência legislativa reclamada.

A omissão legislativa também pode ser parcial, que se subdivide em omissão parcial propriamente dita e omissão parcial relativa. A primeira ocorre quando a lei existe, mas regula de forma deficiente o texto, como, por exemplo, o art. 7º, inciso IV, da CF/88, que estabelece o direito ao salário mínimo. Neste caso, a lei fixa o valor do salário mínimo existe, entretanto, o regulamenta de forma deficiente, pois o valor fixado é inferior ao razoável para cumprir as garantias da referida norma. Por sua vez, a omissão parcial relativa é reconhecida quando a lei existe e outorga determinado benefício a certa categoria, mas deixa de concedê-la a outra, que deveria ter sido contemplada.

#### **5 CONTEXTO HISTÓRICO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA OMISSÃO**

O tema “omissão inconstitucional” era, até pouco tempo, segundo Gilmar Ferreira Mendes, monopólio da dogmática constitucional alemã, na qual o reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão é também um fenômeno relativamente recente<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup>FERREIRA MENDES, Gilmar; MARTIRES COELHO, Inocêncio; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

Segundo o mesmo autor, em 1911, a configuração de um dever do Estado de editar determinada lei afigurava-se inadmissível na dogmática constitucional alemã. A constituição de Weimar, de 1919, negava igualmente a possibilidade de se formular qualquer pretensão contra o legislador, tendo em vista o fato de que este atuava no interesse da coletividade e possuía a irrestrita liberdade legislativa.

Com o advento da Lei Fundamental de 1949, essa concepção sofreu significativa mudança, tendo a doutrina, em 1951, passado a admitir a possibilidade de responsabilização do Estado por atos normativos.

No fim da década de 1950, a Corte Constitucional alemã admitiu, expressamente, o cabimento de medida judicial contra omissão parcial do legislador, oportunidade na qual reconheceu que este poderia atentar contra o princípio da isonomia se cumprisse de forma defeituosa o seu dever de constitucional de legislar. Em decisão de 1958, a Corte constatou a ofensa a direito constitucional dos impetrantes, em virtude da omissão legislativa, mas não declarou a nulidade do ato normativo.

Era imperioso desenvolver técnicas de decisão que fossem capazes de eliminar do ordenamento jurídico a omissão inconstitucional do legislador. Inicialmente, a Corte recusou a possibilidade de substituir o legislador na eliminação das lacunas identificadas, entendendo que a tarefa de concretização da Constituição foi confiada ao este. Os princípios da separação dos Poderes e o postulado da democracia impediam que os Tribunais suprissem as omissões identificadas.

Posteriormente, o Tribunal desenvolveu como técnica de decisão aplicável aos casos de lacuna inconstitucional e a incorporou à lei que disciplina o processo perante a Corte Constitucional, a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade. Essa decisão possui caráter mandamental, que obriga o legislador a suprimir o estado de inconstitucionalidade decorrente da omissão.

No Brasil, o controle de constitucionalidade da omissão foi instituído pelo constituinte de 1988, com a criação do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade da omissão.

## **6 MANDADO DE INJUNÇÃO**

O mandado de injunção é um remédio constitucional, que tem como função possibilitar a plena efetividade de direitos fundamentais previstos na Constituição e ainda pendentes de regulamentação, devido a uma omissão legislativa.

Nos termos do art. 5º, inciso LXXI, da CF/88, será concedido mandado de injunção “sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Em virtude disso, temos que o mandado de injunção possui como requisitos que a norma constitucional seja de eficácia limitada, prevendo direitos, liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, bem como que a falta de norma regulamentadora, resultante de omissão do Poder Público, torne inviável o exercício dos direitos, liberdades e prerrogativas acima mencionados.

Conforme preleciona Dirley da Cunha Júnior, o mandado de injunção foi criado como instrumento do controle concreto ou incidental de constitucionalidade da omissão, voltado à tutela de direitos subjetivos. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão, por sua vez, é instrumento de controle abstrato ou principal de constitucionalidade da omissão, sendo assim, seu objetivo o de defender a Constituição<sup>6</sup>.

Qualquer pessoa, natural ou jurídica, nacional ou estrangeira é legitimada para impetrar mandado de injunção, desde que seu direito esteja à mingua de uma norma que o regule. No caso do mandado de injunção coletivo, apesar de não existir disposição constitucional expressa sobre a modalidade coletiva da ação, a jurisprudência vem reconhecendo que os legitimados ativos para impetrá-lo são os mesmos que podem impetrar mandado de segurança coletivo.

No polo passivo deverão figurar aqueles que têm o dever constitucional de regulamentar as normas de eficácia limitada.

Quanto à competência para o julgamento, temos que esta será fixada de acordo com o Poder, órgão ou autoridade omissa. Em relação ao Supremo Tribunal Federal, temos que este Tribunal é competente para julgar os mandados de injunção quando a norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, das Mesas das Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo.

Os efeitos das decisões em mandado de segurança serão analisados mais adiante, quando for tratada a evolução da jurisprudência da Corte em relação ao assunto.

---

<sup>6</sup>CUNHA JÚNIOR, Dirleyda. Controle judicial das omissões do Poder Público. São Paulo: Saraiva. 2004.

## 7A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, prevista no art. 103, § 2º da CF/88, foi uma novidade trazida pelo legislador constituinte de 1988, com inspiração na Constituição Portuguesa de 1976.

O objetivo dessa ação era combater a chamada “síndrome de inefetividade das normas constitucionais”, que corresponde a situação na qual o legislador constituinte determina que o Poder Legislativo ou o Poder Executivo editem um comando normativo para complementar uma norma constitucional. Essa norma corresponde à já mencionada norma constitucional de eficácia limitada que, para produzir seus efeitos, depende da edição de um ato legislativo ou um ato executivo, administrativo. Quando esses atos não são editados, temos a “síndrome da inefetividade das normas constitucionais”.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão faz parte do controle concentrado de constitucionalidade e tem cabimento quando se está diante de uma norma constitucional de eficácia limitada, não regulamentada.

Seu objeto corresponde a uma omissão de cunho normativo, que, nas palavras de Luiz Roberto Barroso são “atos gerais, abstratos e obrigatórios de outros Poderes e não apenas daquele ao qual cabem precipuamente, a criação do direito positivo”<sup>7</sup>. Com isso, temos que a omissão pode ser de qualquer dos Poderes ou de um órgão administrativo.

Os legitimados para a propositura da ação estão previstos no art. 103, incisos I a IX, da CF/88, sendo os mesmos legitimados da ação direta de inconstitucionalidade genérica, conforme art. 12-A, da Lei 9.868/99.

A competência para apreciar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é do Supremo Tribunal Federal, de forma originária.

A lei 12.063/09 abriu a possibilidade de concessão de cautelar nessa ação, que pode ser dada pelo Supremo, por decisão de maioria absoluta de seus membros, em casos de urgência e relevância da matéria, após audiência com os órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão inconstitucional, que deverão de pronunciar no prazo de 05 (cinco) dias, conforme art. 12-F, da Lei 9.868/99. A medida cautelar pode suspender a eficácia de uma lei com omissão parcial, suspender todos os processos judiciais ou administrativos que versem sobre a omissão, bem como determinar outras medidas.

---

<sup>7</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

O art. 103, § 2º, da CF/88, estabelece os seguintes efeitos para a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, *in verbis*:

“Art. 103.

(...)

§ 2º - 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”.

O art. 12-H, da Lei 9.868/99 foi um pouco mais além quando previu que, além da ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias, seria dado o prazo de 30 (trinta) dias para órgãos administrativo suprir a omissão, ou outro prazo razoável a ser estipulado pelo Tribunal, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido.

Constata-se que os efeitos das decisões em ação direta de inconstitucionalidade por omissão, previstos na Constituição e na Lei 9.868/99, parecem ser insuficientes para abarcar o complexo fenômeno da omissão inconstitucional. A questão acerca dos limites das decisões nesses processos será tratada mais adiante, em tópico específico.

## **8 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS OMISSÕES E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES**

Durante muito tempo, o Supremo Tribunal Federal se ateu ao texto constitucional, justificando que não seria tarefa do Poder Judiciário se imiscuir na atividade legiferante, pois qualquer tentativa de colmatar as lacunas constitucionais representaria a usurpação de tarefa do Poder Legislativo e violação ao equilíbrio do sistema político.

Num primeiro momento, o STF, ao se deparar com o controle de constitucionalidade da omissão, firmou entendimento no sentido de que o Poder Judiciário, em respeito equilíbrio do sistema político e ao princípio da separação dos poderes, não está autorizado a suprir as omissões inconstitucionais, porque não lhe foi conferida a função legislativa. Confundia-se a ideia de proferir sentenças normativas que iam acabar coibindo a omissão e sanando o vício, com a atividade legislativa.

O princípio da separação dos poderes é um princípio geral do Direito Constitucional. Está inscrito na Constituição de 1988 como um de seus princípios

fundamentais, previsto em no art. 2º, o qual preconiza: “São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

De acordo com José Afonso da Silva, Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário são expressões de duplo sentido, pois exprimem as funções legislativa, executiva e jurisdicional, bem como indicam os respectivos órgãos, conforme estabelecido no título da “organização dos poderes”<sup>8</sup>.

A função legislativa consiste na edição de leis, normas gerais, abstratas, impessoais e inovadoras na ordem jurídica. A função executiva corresponde à execução das leis, bem como comporta prerrogativas, atos e fatos jurídicos relativos a problemas concretos e individualizados. Por sua vez, a função jurisdicional consiste em aplicar o direito aos casos concretos, visando dirimir conflitos de interesse.

As funções do poder não se confundem com a divisão ou separação dos poderes. A distinção das funções corresponde à especialização de tarefas governamentais, em virtude de sua natureza, independentemente dos órgãos que as exercem. Já a divisão dos poderes consiste em confiar cada uma das três funções governamentais, quais sejam, legislativo, executivo e judiciário, a órgãos diferentes, que recebem o nome das respectivas funções.

Essa divisão de poderes tem como objetivo evitar a concentração dos poderes e fundamenta-se em dois elementos. O primeiro deles é a especialização funcional, na qual cada órgão é especializado no exercício de uma função. O segundo fundamento é a independência orgânica, necessária para que cada órgão seja efetivamente independente dos outros, pela ausência de meios de subordinação.

A independência dos poderes significa que a investidura e a permanência das pessoas em órgãos não dependem da confiança nem da vontade dos outros, bem como que os titulares das atribuições que lhe são próprias não precisam consultar outros poderes, nem necessitam de sua autorização para o seu exercício. Significa ainda que a organização dos respectivos serviços em cada poder é livre, devendo ser observadas apenas as disposições constitucionais e legais.

Por sua vez, a harmonia entre os poderes consiste nas normas de cortesia na relação entre estes e no respeito às prerrogativas e faculdades a que todos têm direito.

É importante destacar que a independência não é absoluta. Existem interferências que estabelecem um sistema de freios e contrapesos, conferindo o

---

<sup>8</sup>SILVA, Jose Afonso Da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 7. ed.rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade, além de evitar o arbítrio de um poder em relação ao outro e em relação aos governados.

Em relação ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal mencionado anteriormente, no qual não caberia ao Poder Judiciário suprir as omissões legislativas, temos que o princípio da separação dos Poderes não pode servir de obstáculo na atuação do Supremo nos casos de omissão. Isso porque a atuação positiva da Corte, nesses casos, ao invés de violar a Constituição, se mostra fundamental para assegurar a própria normatividade desta.

Considerando-se, ainda, ser papel do Poder Judiciário no controle da conformidade dos atos públicos com a Constituição e com os direitos fundamentais, é necessário que haja uma revisão das concepções mais antigas sobre o princípio da separação dos Poderes.

## **9A EVOLUÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NAS DECISÕES PROFERIDAS EM MANDADO DE INJUNÇÃO**

Assim como ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o conteúdo, o significado e a amplitude das decisões proferidas em mandados de injunção vêm sendo analisados de forma diferenciada pela doutrina e pela jurisprudência.

Afirmam alguns autores que este remédio constitucional tem como função somente aferir a existência de omissão que impede o exercício de um direito constitucionalmente assegurado. Outra parte da doutrina acredita que, por se tratar de um instrumento dirigido contra a omissão que impede o exercício de um direito constitucionalmente assegurado, seria permitido ao juiz proferir decisão contendo regra concreta que tornasse possível o exercício do direito pleiteado.

Diante a propositura de inúmeros mandados de injunção, o Supremo Tribunal Federal acabou sendo obrigado a tratar das questões atinentes as decisões nesses processos.

De acordo com Gilmar Mendes, inicialmente, a Corte sustentava o posicionamento de que “a possibilidade de o Tribunal editar uma regra geral, ao proferir decisão sobre mandado de injunção, encontraria insuperáveis obstáculos constitucionais”. Segundo este jurista, essa prática iria de encontro ao princípio da divisão dos Poderes e da democracia. Além disso, também estaria ferindo o princípio da reserva legal, pois “essas regras gerais, que deveriam ser editadas pelos Tribunais,

haveriam de impor obrigações a terceiros, que, nos termos da Constituição, somente podem ser criadas por lei ou com fundamento em uma lei”<sup>9</sup>.

Em virtude disso, num primeiro momento, o Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência no sentido de apenas declarar a inconstitucionalidade da omissão e determinar que o legislador empreendesse as providencias requeridas.

Após o julgamento do Mandado de Injunção n. 107, considerado “leading case” em relação à matéria, o Tribunal passou a efetivar mudanças nas decisões proferidas em mandado de injunção.

No Mandado de Injunção n. 283, a Corte, além de declarar a mora do legislador e determinar a comunicação ao Congresso Nacional e à Presidência da República, estipulou, pela primeira vez, um prazo, no caso, de 45 (quarenta e cinco) dias, mais 15 (quinze) dias para sanção presidencial, para que fosse suprida a mora legislativa em editar lei necessária ao exercício do direito à reparação econômica contra a União, previsto no art. 8º, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Determinou ainda que, ultrapassado o prazo acima, sem a promulgação da lei, seria reconhecida ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, através da via processual adequada, sentença líquida condenatória à reparação constitucional devida.

No Mandado de Injunção n. 232, o Supremo declarou o estado de mora do Congresso Nacional e fixou, novamente, um prazo, agora de 06 (seis) meses, para que fossem adotadas as providências legislativas necessárias para cumprir a obrigação legislativa prevista no art. 195, § 7º, da CF/88. Passado este prazo, sem que a obrigação fosse cumprida, o requerente passaria a gozar da isenção de contribuição para a seguridade social prevista no referido artigo.

No Mandado de Injunção n. 284, tendo em vista o Mandado de Injunção n. 283, no qual, como dito acima, foi reconhecida a mora do Congresso Nacional, bem como foi fixado prazo para supri-la, em relação ao mesmo art. 8º, § 3º, do ADCT, o Tribunal determinou nova comunicação à instituição parlamentar e assegurou aos impetrantes, desde logo, a possibilidade de ajuizarem, imediatamente, a ação de reparação de natureza econômica prevista no mencionado artigo.

No julgamento do Mandado de Injunção n. 758, a Corte acentuou o caráter mandamental e não simplesmente declaratório do mandando de injunção, asseverando que cabia ao Poder Judiciário viabilizar, no caso concreto, o exercício do direito à

---

<sup>9</sup>FERREIRA MENDES, Gilmar; MARTIRES COELHO, Inocêncio; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.



aposentadoria especial, previsto no art. 40, § 4º, da CF/88, adotando como parâmetro o art. 57, da Lei 8.213/91.

Em sessão plenária do dia 15.04.2009, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, à unanimidade, concedeu parcialmente a ordem de comunicar a mora legislativa à autoridade coatora competente e determinar a aplicação, do artigo 57 da Lei nº 8.213/91, no que couber, aos MI 788, MI 795, MI 796, MI 797, MI 808, MI 809, MI 815, MI 825, MI 828, MI 841, MI 850, MI 857, MI 879, MI 905, MI 927, MI 938, MI 962, MI 998.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sessão do dia 02.08.2010, à unanimidade, também concedeu a ordem nos MI 835, MI 885, MI 923, MI 957, MI 975, MI 991, MI 1.083, MI 1.128, MI 1.152; MI 1.182; MI 1.270; MI 1.440; MI 1.660; MI 1.681; MI 1.682; MI 1.700; MI 1.747; MI 1.797; MI 1.800; MI 1.835.

Nessas decisões, vemos que o Supremo Tribunal Federal afastou a posição anteriormente adotada, de apenas declarar a mora legislativa e determinar a comunicação do legislador omissor. As decisões acima mencionadas, indicam que o Tribunal aceitou a possibilidade de regulamentar provisoriamente as situações nesse tipo de processo.

Mas a grande virada de jurisprudência veio no julgamento dos MI 670, MI 708 e MI 712, que tratavam do direito de greve previsto no art. 37, inciso VII, da CF/88.

Nas outras oportunidades em que se manifestou sobre a matéria, o Supremo limitou-se a declarar existência de mora legislativa para a edição de norma reguladora específica, sem admitir uma concretização direta da norma constitucional.

Entretanto, nos três casos mencionados acima, o Tribunal, por maioria, conheceu dos mandados de injunção e propôs a solução para omissão legislativa com a aplicação, no que couber, da Lei 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada.

No MI 670, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, este justificou a mudança de postura na situação de insegurança e nas sérias consequências para o Estado de Direito, que a não regulamentação do direito de greve estava gerando.

De fato, como destacou o Ministro relator, era uma situação que desde a promulgação da Carta de 1988, permanecia sem alteração, ficando a satisfação do exercício do direito de greve dos servidores públicos a bel-prazer do juízo de oportunidade e conveniência do Poder Legislativo.

Levando-se em conta que não cabe ao legislador escolher se concede ou não um direito, restando a esse a possibilidade de apenas dispor sobre sua adequada

disciplina, o Supremo Tribunal Federal aceitou a possibilidade de uma regulação provisória pelo Poder Judiciário, sem que isso fosse identificado como uma típica função legislativa.

Sobre a extensão dos efeitos de decisões em mandado de injunção, Gilmar Mendes afirma que estas podem surtir efeitos para além de seus impetrantes, estendendo-se também para os demais casos que guardem semelhanças. Com isso, apesar de as decisões em mandado de injunção possuírem caráter subjetivo, também comportariam uma dimensão objetiva, com eficácia *erga omnes*, na medida em que serviria para tantos quantos fossem os casos que demandassem a concretização de uma omissão do Poder Público<sup>10</sup>.

## **10 A EVOLUÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NAS DECISÕES PROFERIDAS EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO**

O art. 103, § 2º, da CF/88, prevê os efeitos da ADI por omissão. De acordo com esse dispositivo, declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao poder competente (Poder Legislativo) para a adoção das medidas necessárias. Em se tratando de órgão administrativo (Poder Executivo), a omissão deverá ser suprida no prazo de 30 (trinta) dias.

Como visto anteriormente, o art. 103, § 2º, da CF/88, fixou efeitos muito tímidos para as decisões em ação direta de inconstitucionalidade por omissão. A Constituição só se preocupou em identificar qual era o órgão competente para a edição da norma, perante o qual o Supremo Tribunal Federal apenas poderia dar-lhe ciência para que adotasse as medidas necessárias a suprir a omissão. Não existe previsão de sanção nos casos de descumprimento desta obrigação de legislar.

No julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão o avanço foi menor do que o observado das decisões em mandado de injunção.

À semelhança do que aconteceu com o mandado de injunção, inicialmente, o Supremo Tribunal Federal adotou o entendimento segundo o qual a decisão que declara a inconstitucionalidade por omissão autorizaria o Tribunal apenas a dar ciência o órgão inadimplente para que este adote as providências necessárias à superação do estado de omissão inconstitucional.

---

<sup>10</sup>FERREIRA MENDES, Gilmar; MARTIRES COELHO, Inocêncio; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

Com isso, reconhecida a procedência da ação, deveria o órgão legislativo competente ser informado da decisão, para as providências cabíveis.

Em 2007, porém, o Tribunal, levando em consideração as consequências que a inatividade do legislador traziam para a ordem jurídica, passou a considerar a possibilidade de, em alguns casos específicos, indicar um prazo razoável para a atuação legislativa, como ocorreu no julgamento ADI nº 3.682, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

O caso era o da omissão inconstitucional do art. 18, §4º, da CF/88 e dizia respeito à edição de lei complementar responsável por definir o período dentro do qual poderão tramitar os procedimentos tendentes à criação, incorporação, desmembramento e fusão de municípios. Na ocasião, o Tribunal declarou o estado de mora em que se encontrava o Congresso Nacional e determinou que, no prazo de 18 (dezoito) meses, fossem adotadas todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, §4º, da CF/88, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão.

Na mesma ocasião, a Corte avançou no tema de declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade. No julgamento caso do Município de Luís Eduardo Magalhães (ADI nº 2.240, Rel. Min Gilmar Mendes), o Supremo, aplicando o art. 27 da Lei 9.868/99, declarou a inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade da lei impugnada (Lei nº 7.619/00, do Estado da Bahia), e manteve sua vigência pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses, lapso temporal considerado razoável dentro do qual poderia o legislador estadual reapreciar o tema, tendo como base os parâmetros que devem ser fixados na lei complementar federal, conforme decisão da Corte na ADI 3.682.

A opção por uma técnica diferenciada de decisão, assim como ocorreu no mandado de injunção, pode trazer soluções viáveis para as ações diretas de inconstitucionalidade, no sentido de superar a denominada “síndrome de inefetividade das normas constitucionais”.

## **11 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A nossa Carta de 1988 abriu a possibilidade para o controle de constitucionalidade da omissão do legislador, através da introdução do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, no intuito de eliminar a crise de aplicabilidade da Constituição.

Existem normas constitucionais que foram denominadas de normas de eficácia limitada, em virtude do fato de dependem de atuação futura do Poder Público para produzir todos os seus efeitos. Nos casos em que essa regulamentação não for efetivada, teremos uma inconstitucionalidade por omissão, uma vez que atos legislativos ou administrativos requeridos na Constituição não foram praticados.

A omissão legislativa inconstitucional é verificada quando o inadimplemento de um dever constitucional de legislar torna inaplicável uma norma constitucional. Existem dois mecanismos previstos na nossa Constituição que tem como função possibilitar a plena efetividade de normas constitucionais.

O primeiro deles é o mandado de injunção, remédio constitucional encontrado no art. 5º, inciso LXXI, da CF/88, que tutela direitos subjetivos. O outro mecanismo de controle das omissões legislativas é a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, prevista no art. 103, § 2º, da Carta de 1988, instrumento do controle abstrato de constitucionalidade.

No julgamento dos mandados de injunção e das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, o Supremo Tribunal Federal adotou um posicionamento inicial, à partir do qual entendeu não ser tarefa do Poder Judiciário editar uma regra que suprisse a omissão do legislador nesses processos, tendo em vista o princípio da separação dos Poderes.

Após o julgamento de vários mandados de injunção, a Corte aceitou a possibilidade de regular de forma provisória as omissões inconstitucionais, pois isso não era identificado como uma típica função legislativa, de forma que, não feria o princípio da separação dos Poderes.

No julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisões mais tímidas, tendo seu avanço consistido em concessão de prazo razoável para a atuação legislativa.

Depois de fazer uma análise da jurisprudência do Supremo, chegou-se à conclusão de houve uma evolução nas decisões desta Corte. No que diz respeito ao mandado de injunção, o avanço deu efetividade ao controle de algumas omissões constitucionais, possibilitando o exercício de direitos fundamentais, como o direito de

greve do servidor público. Quanto às decisões proferidas em ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, os avanços foram mais tímidos, entretanto, espera-se que o Supremo adote outras técnicas de decisão, para que nesses processos possa ser superada a inefetividade de algumas normas constitucionais.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

CUNHA JÚNIOR, Dirleyda. **Controle judicial das omissões do Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2004.

FERREIRA MENDES, Gilmar; MARTIRES COELHO, Inocêncio; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

FIRMINO, Nelson Flávio. **Mandado de injunção e a interpretação do STF**. Disponível em: <http://www.jurisite.com.br/doutrinas/Constitucional/doutconst72.html>. Acesso em: 30 de maio de 2013.

OLIVEIRA, Ana Carolina Ribeiro de. **Mandado de injunção à luz da separação dos Poderes**. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/mandado-de-injuncao-a-luz-da-separacao-dos-poderes>. Acesso em: 30 de maio de 2013.

SILVA, Jose Afonso Da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

**UNCONSTITUTIONALITY BY OMISSION AND THE EFFECTIVENESS OF THE DECISION IN THE CONSTITUTIONALITY CONTROL OF OMISSIONS**

## ABSTRACT

This article presents an approach about the constitutionality control of omissions, defining what would be unconstitutionality, unconstitutionality omission, by tracing its historical evolution, explaining what is the court injunction and the direct action of unconstitutionality by omission, and analyzing the decisions of the Supreme Court on Brazil in this subject. It was noticed that many important themes remain without regulation, situation that makes the exercising of fundamental rights impossible. In this context, the Supreme Court began to adopt an activist thinking. Acting this way, the Supreme Court evolved to a new perspective, making the constitutionality control of omission effective, allowing the exercising of fundamental rights possible, as can be seen in the many examples found in the decisions of the Supreme Court.

**Keywords:** Unconstitutionality. Omission. Court Injunction. Direct action of unconstitutionality by omission. Supreme Court.