



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

ALVARO RAMON SOUTO OLIVEIRA

**OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL E A TUTELA JURISDICIONAL:
BUSCA PELA MÁXIMA EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS**

NATAL

2014

ALVARO RAMON SOUTO OLIVEIRA

**OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL E A TUTELA JURISDICIONAL:
BUSCA PELA MÁXIMA EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia) apresentado ao Departamento de Direito Público da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. José Diniz de Moraes

NATAL

2014

Catálogo da Publicação na Fonte.
UFRN / Biblioteca Setorial do CCSA

Oliveira, Alvaro Ramon Souto.

Omissão legislativa inconstitucional e a tutela jurisdicional: busca pela máxima efetividade das normas constitucionais/ Alvaro Ramon Souto Oliveira - Natal, RN, 2014.

66 f.

Orientador: Prof. Dr. José Diniz de Moraes.

Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Centro de Ciências Sociais Aplicadas. Curso de Graduação em Direito.

1. Inconstitucionalidade – Omissão legislativa - Monografia. 2. Tutela jurisdicional – Monografia. 3. Normas constitucionais - Máxima efetividade - Monografia. I. Moraes, José Diniz de. II. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. III. Título.

RN/BS/CCSA

CDU 342

ALVARO RAMON SOUTO OLIVEIRA

**OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL E A TUTELA JURISDICIONAL:
BUSCA PELA MÁXIMA EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS**

MONOGRAFIA apresentada ao Departamento de
Direito Público da Universidade Federal do Rio
Grande do Norte, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em: ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor José Diniz de Moraes
Orientador
UFRN

Professor Fabrício Germano Alves
Examinador
UFRN

Professor José Miquéias Antas de Gouveia
Examinador
UFRN

À minha família,

Minha mãe – Jailma;

Meu pai – Moacir;

Meus avós maternos – Vovó Raimunda e Vovô Manoel;

Meus avós paternos – Vovó Liu e Vovô Justiniano;

Minha irmã – Ana Liz;

Minha noiva – Kelly;

pelo amor.

À Ranyere Holanda Rezende (*in memoriam*), pela amizade.

“Configurar-se-ia verdadeira subversão da ordem jurídica, apresentando-se a omissão do legislador infraconstitucional mais eficaz que a atuação do constituinte, a inexistência de norma regulamentadora mais vinculante que a existência de norma constitucional.”

(FLÁVIA PIOVESAN)

RESUMO

A presente monografia tem por escopo estudar o fenômeno da omissão legislativa inconstitucional, no intuito de buscar, através da tutela jurisdicional, a máxima efetividade das normas constitucionais. Para tanto, desenvolve um conceito adequado de Constituição em sua relação com as diferentes formas de Estados. Posteriormente, analisa a evolução histórica do Estado Absolutista para o Estado Liberal Clássico, Estado Social, até o Estado Democrático de Direito. Nesse escorço histórico destaca-se o surgimento de imposições do Poder Constituinte ao Estado (Poder Constituído), que geram deveres de prestações positivas, dentre elas, os direitos sociais e o dever específico de legislar. Após, afasta-se qualquer tentativa doutrinária que se opõe a juridicidade-imperatividade das normas constitucionais e a existência de um sistema escalonado do ordenamento jurídico em que esta figura como ápice. Identifica-se a necessidade de manutenção de um sistema de controle de constitucionalidade, no qual se pressupõe a rigidez e a supremacia da Constituição frente às demais normas do direito interno. Por fim, analisa-se a tutela jurisdicional da omissão pelos institutos do Mandato de Injunção, art. 5º, LXXI (na tutela incidental e concreta de direitos subjetivos constitucionais) e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, art. 103, §2º, (no controle abstrato pela via principal) propondo à aplicação da teoria concretista no combate a problemática da erosão da consciência constitucional e da síndrome da inefetividade das normas constitucionais.

Palavras-chave: Omissão Legislativa Constitucional. Tutela Jurisdicional. Máxima Efetividade das Normas Constitucionais.

ABSTRACT

The present study focuses on the phenomenon of the unconstitutional legislative omission and its main goal is pursuing the maximum effectiveness for constitutional regulations. In order to do that, it is developed an adequate concept of the Constitution and how it relates to the different forms of States. Furthermore, the present study analyzes the historical evolution from the Absolutist State, The Classic Liberal State, the Social State, up to the current Democratic State of Law. With this historical analysis, it is possible to observe the emerging impositions of the Constituent Function of the State (Constituted Function) which, therefore, generate duties of positive nature among which are the social rights and the specific power to legislate. It is put aside any doctrinaire attempt which opposes the jurisdictional-imperativeness of the constitutional regulations and the existence of a scaled legal system above which stands the Constitution. It is possible to highlight the necessity of maintaining a system of constitutionality control which is based on the strictness and supremacy of the Constitution over other norms regulations of the internal law. To sum up, it is analyzed the jurisdictional tutelage of the Mandates of Injunction on omission, art. 5º, LXXI (incidental and concrete tutelage of subjective constitutional rights) and also the Direct Action of Unconstitutionality by Omission, art. 103, §2º, (on the abstract control through main course of action), which proposes the application of the concrete theory on combating the problem of constitutional conscious erosion and the ineffectiveness syndrome of the constitutional regulations.

Keywords: Legislative Constitutional Omission. Jurisdictional Tutelage. Maximum Effectiveness of Constitutional regulations.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 CONSTITUIÇÃO E ESTADO	12
2.1 ESTADO LIBERAL DE DIREITO	13
2.2 ESTADO SOCIAL.....	14
2.3 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	16
2.4 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE (SUPREMACIA E RIGIDEZ CONSTITUCIONAL).....	18
2.4.1 Sistema Americano (Difuso)	20
2.4.2 Sistema Austríaco (Concentrado).....	21
2.5 CONSTITUIÇÃO POLÍTICA, SOCIOLOGICA, JURÍDICA E ESTRUTURAL.....	22
3 PLANO DE VALIDADE, EFICÁCIA E EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS	25
3.1 VIGÊNCIA (VALIDADE) E EFICÁCIA (EFETIVIDADE) NA OBRA DE HANS KELSEN.....	25
3.2 IMPRECISÃO TERMINOLÓGICA.....	26
3.3 VALIDADE	26
3.4 EFICÁCIA.....	27
3.4.1 Classificação das normas constitucionais quanto a sua aplicabilidade	28
3.4.1.1 Coercitivas e Dispositivas, Mandatórias e Diretorias.....	28
3.4.1.2 Self Executing e Not Self Executing	28
3.4.1.3 Classificação de José Afonso da Silva	29
3.4.1.4 Classificação de Maria Helena Diniz	32
3.4.1.5 Roberto Barroso.....	32
3.5 EFETIVIDADE.....	34
4 OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL	36
4.1 DEVER DE LEGISLAR	37
4.2 MORA LEGISLATIVA E A QUESTÃO DO TEMPO RAZOÁVEL.....	38
4.3 OMISSÃO TOTAL E PARCIAL	39
4.4 DIREITO COMPARADO.....	41
5 INSTITUTOS DE DEFESA EM FACE DA OMISSÃO LEGISLATIVA CONSTITUCIONAL	44
5.1 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO.....	44
5.1.1 Conceito.....	44
5.1.2 Legitimidade e Competência e Procedimento	45
5.1.3 Medida Cautelar	46
5.1.4 Efeitos da decisão	47
5.2. MANDATO DE INJUNÇÃO	49
5.2.1 Conceito e objeto.....	49
5.2.2 Legitimidade, Competência e Procedimento.....	50
5.2.3 Efeitos da decisão	51
5.2.3.1 Tese da subsidiariedade ou não concretista (MI 107-DF).....	51
5.2.3.2 Tese resolutiva ou concretista individual (MI 283 e 721).....	53
5.2.3.3 Concretista geral ou tese da independência jurisdicional (MI 708/788)	56
5.3 As questões da separação dos poderes	60
5.4 A SUMULA VINCULANTE Nº 33	62
6 CONCLUSÕES	64
REFERÊNCIAS	66

1 INTRODUÇÃO

A inconstitucionalidade das normas é um dos temas de maior destaque na doutrina e representa um dos grandes marcos jurídicos do século XX.¹ Esse tema é geralmente estudado sobre seu aspecto comissivo, como forma de afastar a incidência de uma norma jurídica em desacordo com o parâmetro constitucional.

Existe, porém, outro lado da inconstitucionalidade ainda controverso que tem desafiado a doutrina e a jurisprudência. A questão da inconstitucionalidade por omissão traz a tona uma problemática, talvez, mais danosa e complexa que a primeira. Isso porque, “enquanto a inconstitucionalidade por ação se resolve numa questão de invalidade, a omissão inconstitucional opera no campo da eficácia e da efetividade” (PUCCINELLI JÚNIOR, 2007, p. 35).

As dificuldades de estudar esse fenômeno jurídico também decorrem da origem comissiva do controle de constitucionalidade. Tanto a teoria austríaca do controle concentrado/abstrato quanto a anglo-saxã do controle difuso aplicam o pensamento de limitação dos poderes constituídos frente à Constituição, funcionando o Poder Judiciário como “legislador negativo”, ao retirar do ordenamento jurídico a norma que com ela não se coaduna.

Tais premissas, contudo, não se adequam ao pensamento do controle da inconstitucionalidade por omissão.

Neste, a Constituição, norma jurídica máxima, emite ordem dotada de imperatividade, a qual faz surgir um direito, que por sua vez necessita de posterior regulamentação para ser exequível. Regulamentação que ficará a cargo do Parlamento. Mas se o Parlamento permanecer inerte, como o direito poderá ser exercido? Aqui reside o cerne e a importância do presente estudo.

Em determinados casos, os cidadãos simplesmente não podem exercer o direito garantido na Constituição pela falta de norma que lhes dê a pretendida efetividade. Ocorre que o indivíduo não pode ficar a mercê do Estado como se ainda se submetesse ao “*ancien regime*”, aguardando o voluntarismo político do monarca absoluto.

No Estado Democrático de Direito a soberania é do povo. A atualidade do tema é alarmante, sobretudo no Brasil, dotado de uma constituição extensa e prolixa, que deixa

¹ Segundo Barroso (2012, p. 33), uma das grandes descobertas do pensamento moderno foi a Constituição entendida como lei superior, vinculante até mesmo para o legislador.

diversos tópicos abertos para a atuação legislativa constituída. Embora alguns temas já tenham sido disciplinados, a exemplo da Defesa do Consumidor (art. 5^a, XXXII), ainda é recorrente o abandono do parlamento. Diante dessa omissão faz nascer uma patologia jurídica: a *síndrome da inefetividade das normas constitucionais*, que deve ser tão combatida quanto à inconstitucionalidade por ação.

Para tanto, a própria constituição traz mecanismos de garantia da efetividade de suas normas, seja ao estabelecer no art. 5^o, §1^o que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, seja pela Ação Direta de inconstitucionalidade por Omissão, ou ainda pelo Mandato de Injunção.

Tendo em vista a Força Normativa da Constituição, esta não pode mais ser vista como uma folha de papel, mas como instrumento que “procura imprimir ordem e conformação à realidade social”². Constitui missão de toda a sociedade, e precipuamente do Poder Judiciário, dar vida ao texto constitucional. Dessa forma, o presente estudo pretende contribuir para elaboração de critérios científicos para uma teoria concretista no controle da omissão legislativa inconstitucional.

² HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991. p. 15.

2 CONSTITUIÇÃO E ESTADO

O primeiro passo para subsidiar esse estudo é alcançar um conceito sobre Constituição. De início, cumpre verificar que o termo Constituição possui significado polissêmico, uma vez que não está adstrito ao seu sentido jurídico. Assim, coloquialmente, constituição é o conjunto de elementos essenciais de uma coisa, sua organização ou composição. Até mesmo para a ciência jurídica o conceito de constituição não é unívoco, tendo em vista que existe uma estreita relação entre a Constituição, o modelo de Estado e a Teoria Constitucional adotada³. Como demonstra Dirley da Cunha Júnior:

Ainda assim, vai-se perceber que o conceito de Constituição estatal ou constituição do estado desafia uma abordagem plurívoca, haja vista que ela pode se apresentar sob variados sentidos e significados, consoante a teoria constitucional que se adota. Assim, a constituição pode apresentar-se como a ‘garantia do *status quo* econômico e social (ERNEST FORSTHOFF); como um instrumento de governo (W. HENNIS); como ‘processo público’ (PETER HÄBERLE); como ‘conjunto de normas constitutivas para a identidade de uma ordem político-social e do seu processo de realização’ (BÄUMLIN); como ‘elemento regulativo do sistema político da sociedade’ ou como acoplamento estrutural entre sistema político e o sistema jurídico enquanto subsistemas do sistema social’ (NIKLAS LUHMANN); como ‘programa de integração e de representação nacional (H. KÜRGER); como ‘ordem jurídica do processo de integração estatal’ (R. SMEND); como ‘ordem jurídica fundamental do Estado’ (W. KAGI); como ‘limitação e racionalização do poder e como garantia de um livre processo da vida política’ (H. EHMKE); como ‘ordem jurídica fundamental, material e aberta de uma comunidade (KONRAD HESE); como ‘Legitimação do poder soberano segundo a ideia de Direito’ (G. BURDEAU), entre outros significados (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 16).

Em que pese à infinidade conceitos, há consenso mínimo de que a Constituição Moderna estrutura as atividades do Estado, organiza a distribuição dos poderes estatais e estabelece os direitos e garantias fundamentais. Como preceituou o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 no qual “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida à separação de poderes não tem Constituição”.

Diferente da pluralidade do termo constituição, este não se confunde com constitucionalismo moderno, que pode ser dito como movimento constitucional crescente no sec. XVIII com o propósito de limitar o poder, assegurando a divisão e separação dos poderes estatais, bem como o respeito a um núcleo de direitos e garantias fundamentais. O constitucionalismo moderno surgiu como reação ao Estado Absolutista, no qual todo poder era centrado na mão do Soberano, que detinha irrestrito comando sobre bens e seus súditos.

³ Piovesan (2003, p. 23) e Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 13).

No Antigo Regime, o poder do Soberano não encontrava limites materiais ou formais, também não era responsável pelos seus atos, uma vez que "o rei não errava" (*the king can do no wrong, ou le roi ne peut mal*). A personificação desse modelo é encontrada em Luís XIV de Bourbon, Rei da França, a quem é atribuída à frase "o Estado sou eu" (*L'État c'est moi*). A irresponsabilidade jurídica dos monarcas em relação aos seus atos, somada as altas cargas tributárias, os privilégios irracionais, e outros problemas sociais como a fome, levaram a derrocada do modelo absolutista/mercantilista e o nascimento do Estado de Direito Liberal.⁴

A contribuição do constitucionalismo moderno, como movimento que fez nascer as primeiras Constituições escritas, foi o de impor limites ao poder estatal e institucionalizar o pensamento iluminista que dariam origem ao Estado de Direito. Com a apresentação dos passos da evolução histórica dos modelos de Estado até a configuração atual, não se pretende afirmar que os fatos transformadores tenham ocorrido de maneira linear, negando-se a evidente influências de um sobre o outro na atual conjuntura. Reconhece-se, entretanto, um processo de consolidação de conquistas de direitos que podem identificar três principais estruturas de Estado: o Estado Liberal de Direito, o Estado Social e o Estado Democrático de Direito.

2.1 ESTADO LIBERAL DE DIREITO

A primeira institucionalização de submissão e regulamentação do poder político a certos limites de caráter geral e vinculante de natureza jurídica é encontrada no Estado Liberal de Direito. Esse modelo de Estado, proposto pela Revolução Francesa, teve como lastro filosófico as ideias iluministas de pensadores como Locke, Rousseau, Montesquieu, entre outros, que consagravam como máximas a liberdade do indivíduo e igualdade de todos perante a lei (liberalismo, individualismo e as limitações do poder).

O Estado Liberal de Direito identifica na organização da sociedade um contrato social, no qual os cidadãos, livres por natureza, renunciam parte de suas liberdades para criação de uma instituição capaz de garantir coercitivamente o exercício pleno de tais prerrogativas. Nesse sentido, o Estado detém o exercício legítimo da força para garantir à ordem, em estrita obediência a convenção das liberdades. Tal convenção é celebrada entre os próprios cidadãos,

⁴ "Sem ignorar ideias e instituições que alcançaram florescimento na antiguidade clássica, soterrados com a queda do Império Romano, o constitucionalismo moderno só surge no limiar do sec. XVIII, irmanado ao liberalismo na dissolução do sistema de privilégios absolutistas" (BARROSO, 2000, p. 77).

por meio de um órgão representativo, denominado Parlamento. O Parlamento garantiria, portanto, a igualdade dentro da sociedade, uma vez que os próprios indivíduos livres editariam as normas gerais, fiscalizando-se mutuamente.

O modelo é pensado como oposição ao Absolutismo, em que as funções legiferantes, executivas e jurisdicionais eram centralizadas ilimitadamente em um só órgão. Assim, além do Parlamento, responsável pela edição das normas gerais e abstratas, haveria a distribuição do poder estatal entre um órgão de execução das normas criadas, e outro para a solução de eventuais controvérsias, aplicando a norma no caso concreto.

Nesse sistema, embora distribuído o poder estatal em diferentes órgãos, observa-se um destaque a função legislativa, que determina a atuação dos demais poderes. Essa constatação não contradiz o sistema, uma vez que o Estado de Direito, na verdade, deve ser entendido como o império da lei, fruto da convenção harmônica dos indivíduos livres politicamente organizados.

O Estado deve, portanto, abster-se de interferir na vida dos particulares, limitando-se a proteção da sociedade da violência interna e externa, e a garantia da liberdade em sociedade. Pode-se identificar no Estado Liberal a pretensão de resguardar os direitos fundamentais a liberdade e da propriedade, a não intervenção do estado na vida dos cidadãos, a atuação condicionada à disposição legal e o papel do estado na defesa da ordem e da segurança pública.

Ocorre que as referidas pretensões somente foram consagradas de maneira formal, artificialmente, sem correspondência no mundo dos fatos. Na verdade esta até se verificava, no sentido da proteção do interesse econômico frente ao poder político. Tal modelo de Estado estava a serviço da classe burguesa ascendente e criava o meio mais propício ao desenvolvimento da livre iniciativa, a potencialização dos lucros e a livre movimentação de capitais.

Assim, o liberalismo político respaldava-se no liberalismo econômico, tendo o Estado de Direito como instituição a serviço dos fins da classe burguesa. Com a mesma intensidade, a Constituição institucionalizou-se em defesa das liberdades civis, rígida separação dos poderes e abstenção do estado nas questões particulares.

2.2 ESTADO SOCIAL

O Estado Liberal de Direito pregava a igualdade, mas agravou as desigualdades sociais. A proposta de uma sociedade livre e igualitária apenas se notabilizou formalmente, como ilusão material. A revolução da burguesia contra a aristocracia absolutista foi desmascarada, pela continuidade da estagnação social, em benefício exclusivo de uma minoria, que detinha os meios de produção.

O quadro agravou-se ainda mais com a Revolução Industrial, que expôs as chagas de novas mazelas de homem recém-urbano. As instalações urbanas precárias, a fome, a deficitárias instalações sanitárias entre outros problemas sociais, despertaram uma consciência social de insatisfação crônica. Desumana foi a exploração do trabalho nesse período, que somente poder-se-ia comparar a pior forma de escravidão. No plano material, a sociedade continuava estamental e Estado não tinha uma agenda para mudança desse quadro.

Filosoficamente, os escritos do Manifesto Comunista de Karl Marks e Friedrich Engels expuseram a luta de classes e sintetizaram uma doutrina socialista, combatendo a ilusão constitucional do regime liberal.

Após período de crescimento exponencial, o liberalismo entra em crise e se socorre ao Estado, que abandona sua postura abstencionista para assumir compromissos decisivos na produção e distribuição de bens e infraestrutura. O Estado passa a intervir nas relações econômicas em suprimento ao modelo liberal esgotado.⁵

Tais argumentos conduziram a formulação de um Estado que operacionalizasse os direitos civis materialmente e que, além disso, provesse outras necessidades de bem estar social. O *Welfare State*, ou Estado de Bem Estar Social incluiu um rol mais extenso de direitos, na sua maioria de cunho social, que impuseram ao Estado atuação positiva. Bonavides (2011, p.232-23) leciona que a inclusão de tais direitos provocou um drama jurídico às constituições escritas.⁶ Por sua origem liberal abstencionista e sintética, o direito constitucional clássico não sabia lidar com esse tipo de obrigação comissiva estatal. Os

⁵ Sob o argumento de que todos são iguais perante a lei, critica Paulo Bonavides, *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 2011 P. 60 “se lográssemos, sem cair no exagero da generalização, fazer amplo e categórico acerto, diríamos que a crise do Ocidente é, principalmente, a crise da liberdade na sua conceituação clássica, oriunda do liberalismo, e caduca, perante os novos rumos que tomaram a evolução social”.

⁶ Paulo Bonavides, curso de direito constitucional. 2011 P. 232. “Quando as constituições do liberalismo, ao construírem um Estado de Direito sobre bases normativas, pareciam haver resolvido a contento, durante o século XIX, esse desafio, eis que as exigências sociais e os imperativos econômicos, configurados de uma nova dimensão da sociedade a inserir-se no corpo jurídico dos textos constitucionais, trouxe à luz a fragilidade de todos os resultados obtidos. As antigas constituições, obsoletas ou ultrapassadas, viram então criar-se ao redor de si o clima de programaticidade com que os modernos princípios buscavam cristalizar um novo direito, por onde afinal se operou a elaboração das constituições do séc. XX: inaugurava-se assim a segunda fase – até agora não ultrapassada – de programaticidade das Constituições. Programaticidade que nós queremos seja “jurídica”, e não “programática” isto é, sem positividade.”

direitos sociais, devido à imaturidade temporal da constituição, passaram a ser cunhados com o adjetivo de “programáticos”, em razão da impossibilidade fática de concretização imediata. Já as constituições que possuísem normas dessa natureza, passaram a ser chamadas “dirigentes”, pois expressam os fins a que o Estado deve perseguir, por vezes, de concretização prospectiva.

Entretanto, não perderam o caráter jurídico. Nas lições de J.J. Gomes Canotilho (1994 p. 365), a força normativa de tais direitos apenas inverte o objeto clássico da pretensão jurídica fundada num direito subjetivo. De uma pretensão de omissão dos poderes públicos, direito a exigir que o Estado se abstenha a interferir nos direitos, liberdades e garantias individuais; transita-se para uma proibição de omissão, direito a exigir que o estado intervenha ativamente no sentido de assegurar prestações positivas.⁷ Discorre Dirley da Cunha Júnior:

Pode-se até entender que, no constitucionalismo liberal, a omissão dos poderes públicos era a melhor garantia de respeito à esfera individual do cidadão. Todavia, essa concepção perde totalmente o sentido quando o Estado, já sob as vestes do Estado do Bem-Estar Social, assume, jurídica e politicamente, a responsabilidade de assegurar um grau ótimo na realização das necessidades sociais, de tal modo que a intervenção dos poderes públicos representa, nesse novo paradigma de Estado, uma condição indispensável à efetivação dos direitos fundamentais, sobretudo os sociais ou de segunda dimensão, contra os quais omissão dos poderes apresenta-se como uma das mais odiosas formas de violação da supremacia da constituição” (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 118).

Por esse motivo, o surgimento desses novos direitos está intimamente ligado ao estudo da omissão legislativa inconstitucional, resultado de uma série de normas constitucionais não autoaplicáveis, que necessitam de regulamentação infraconstitucional para operar seus efeitos.

Assim, a missão de concretizar os direitos enunciados pela Constituição não é mera faculdade política do Estado, mas sim, um dever, também, de natureza jurídica. No Estado Social, as constituições não apenas organizam as competências de Estado, como também prescrevem um plano normativo de sociedade politicamente organizada, na imposição de condutas prestacionais de justiça social - como observado na Constituição de Weimar de 1919 e Constituição Mexicana de 1917, primeiras constituições a incluir direitos sociais e normas-fins.

2.3 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

⁷ em CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra ed. 1994, p. 365.

No contexto do Pós-Segunda Guerra Mundial, um novo modelo de Estado surge na tentativa de consolidar as conquistas do Estado de Direito e do Estado Social. Buscou-se aprender com as experiências anteriores a fim de conceder maior sentido às disposições constitucionais. Dessa forma, foram introduzidos novos instrumentos de participação social, mecanismos de soberania popular, tutelas jurisdicionais específicas da supremacia da constituição, bem como instrumentos para efetividade dos direitos humanos e fundamentais.

O exercício da Constituição, anteriormente praticado pela simples preponderância da maioria, foi reelaborado para a defesa também das liberdades das minorias. De tal sorte que o exercício da maioria não pudesse mais se transformar em opressão. Ampliou-se, em suma, o conceito de democracia como o governo de todos em respeito às maiorias e minorias.

Se o Estado Liberal de Direito instituiu as bases da Constituição escrita, a limitação do poder estatal e a separação dos poderes; e o Estado Social reservou função social ativa ao texto constitucional; o Estado Democrático de Direito busca o equilíbrio entre o princípio democrático e a força normativa da Constituição. Dessa forma, renova-se a ideia de legitimidade da ordem constitucional pela ampliação dos mecanismos de representação da soberania popular e do respeito às minorias. Reestruturaram-se conceitos clássicos como a separação de poderes; adicionam-se atribuições típicas e atípicas aos órgãos constituídos, como a tutela dos direitos fundamentais e o controle de constitucionalidade; mantendo-se o equilíbrio das instituições, com o refinamento dos mecanismos de freios e contrapesos.⁸

Somente nesse ambiente harmônico é possível o desenvolvimento material dos direitos fundamentais. Do império da lei, ao império da maioria, passa-se ao diálogo da convivência pacífica de entre sujeitos de interesses múltiplos. O meio mais apto ao convívio harmônico está juntamente na manutenção da supremacia material e formal da Constituição, frente, inclusive, da força majoritária eventual, como aponta Ferrajoli (2005, p. 28):

“ Uma constituição não serve para representar a vontade comum de um povo, mas para garantir os direitos de todos, inclusive frente à vontade popular. Sua função não é expressar a existência de um *demos*, é dizer, de uma homogeneidade cultural, identidade coletiva ou coerência social, mas, ao contrário, a de garantir, através daqueles direitos, a convivência pacífica entre sujeitos e interesses diversos e virtualmente em conflito. O fundamento da sua legitimidade, diversamente do que ocorre com as leis ordinárias e as opções de governo, não reside no consenso da maioria, mas em um valor muito mais importante e prévio: a igualdade de todos nas liberdades fundamentais e nos direitos sociais, ou seja, em direitos vitais conferidos

⁸ Importante a análise de Paulo Bonavides, na obra “Do Estado Liberal ao Estado Social”. 2011 P. 65: “A separação dos poderes é, como vimos, técnica em declínio, sujeita a gradual superação, imposta por requisitos novos de equilíbrio político e acomodação a esquemas constitucionais de formalismo na proteção de direitos individuais, conforme o teor clássico de sua elaboração inicial e finalidade precípua do velho liberalismo.”

a todos, como limites e vínculos, precisamente, frente às leis e aos atos de governo expressados nas contendentas maiorias.”

Assim, no Estado Democrático de Direito, verifica-se o pluralismo de ideias e a consagração de institutos de democracia direta e indireta, tais como plebiscito, referendo e iniciativa popular. Observa-se também preocupação com a efetividade dos direitos fundamentais, assegurados mediante remédios jurisdicionais constitucionais, como *Habeas Corpus*, Mandado de Segurança, *Habeas Data*, Mandado de Injunção etc.

As imposições constitucionais, também oponíveis contra vontades majoritárias, fizeram surgir deveres para os órgãos constituídos, operando obrigações de fazer e não fazer ao Poder Executivo, Legislativo e Judiciário. Intensificam-se no Estado Democrático de Direito os sistemas de controle de constitucionalidade na análise de atos normativos e concretos dos órgãos estatais, no instituto de manutenção da unidade e supremacia da Constituição.

Quanto aos limites impostos ao Legislador, tema do presente estudo, destaca-se, além da fiscalização da compatibilidade do conteúdo de leis com a Constituição (controle de constitucionalidade por ação), o surgimento de deveres específicos de legislar, em obediência à força normativa da Constituição, de maior hierarquia interna (controle de constitucionalidade da omissão).

Noutro giro, não se espere que apenas o texto constitucional e a tutela jurisdicional de tais mandamentos sejam capazes de encerrar todas as dificuldades da vida em sociedade. Por muitas vezes presenciamos disposições que vão além dos limites materialmente possíveis. Os chamados “excessos do constituinte” (BARROSO 2000, p. 78) devem ser interpretados no sentido de conceder a máxima efetividade possível, muitos desses, pelo atual estágio do Direito Constitucional, “trata-se de tema à espera de um autor” (BARROSO 2000, p. 78).

2.4 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE (SUPREMACIA E RIGIDEZ CONSTITUCIONAL)

A constituição, que antes se reduzia à mera condição de símbolo, torna-se ápice do ordenamento jurídico. No contexto do sistema escalonado, a Constituição ganha *supremacia* normativa, que revela a posição hierárquica mais elevada no sistema jurídico. Assim, a Constituição é o fundamento de validade de todas as demais normas.

A partir dessa compreensão, o direito interno subordina-se, em última análise, a ordem constitucional e faz surgir à necessidade de um sistema de controle da sua supremacia para preservar-lhe a obediência e unidade.

Mas se o processo de elaboração das normas constitucionais for igual ao processo de elaboração das demais normas, não há sentido em manter sua superioridade, pois a constituição sempre será modificada ao sabor de maiorias simples eventuais. Ademais, no hipotético conflito, a norma posterior revogaria a norma anterior. Em contrapartida, também não é salutar a impossibilidade absoluta na sua modificação, sob pena de engessamento ou fossilização do texto constitucional. Nesse sentido, intimamente ligado ao conceito de *supremacia*, está o da *rigidez* constitucional, que constitui em processo mais dificultoso de elaboração de normas de natureza constitucional, em relação às demais normas internas.

Embora existam várias classificações sobre a estabilidade das constituições e na própria Constituição de 1988 existam pontos imutáveis, a ponto de Alexandre de Moraes (2008, p. 10) considerá-la *super-rígida*, são pressupostos do controle de constitucionalidade a *supremacia* e *rigidez* constitucional. Como dito, a supremacia traduz superioridade da constituição, enquanto a rigidez protege seu conteúdo de modificações majoritárias eventuais.

Na doutrina é comum verificar o conceito de controle de constitucionalidade como o estudo da validade ou invalidade das normas frente aos ditames constitucionais com a finalidade de retirar do sistema o ato normativo viciado. Tal conceito não está equivocado, mas apresenta conteúdo insuficiente. Isso porque só enfrenta o controle de constitucionalidade dos atos comissivos e se ouvida do fenômeno da omissão inconstitucional, que será estudado em capítulo próprio.

Por esse motivo, o presente trabalho prefere conceituar o controle de constitucionalidade sob uma acepção ampla de mecanismos de garantia da eficácia e da efetividade das normas constitucionais, derivadas de condutas omissivas e comissivas de violação direta. Desse modo, a inconstitucionalidade deriva da violação vertical, imediata e antagônica a um comando constitucional. “Esse comportamento estatal - pode ser positivo ou negativo – pode ser normativo ou não normativo, geral ou individual, abstrato ou concreto” (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 115).

Destaca-se assim, que a inconstitucionalidade não se limita apenas aos atos comissivos, mas também a situações jurídicas omissivas. Transgride-se a Constituição tanto quando se faz o que ela proíbe, como quando não se faz o que ela impõe. No mesmo sentido, Luiz Roberto Barroso (2009. p. 223):

É possível, portanto, violar a constituição praticando um ato que ela interditava ou deixando de praticar um ato que ela exigia. Porque assim é, a constituição é suscetível de violação por via de ação, uma conduta positiva, ou por via de omissão, uma inércia ilegítima.⁹

Cuida-se a inconstitucionalidade por omissão, nas lições de Dirley da Cunha Júnior (2008, p.114) de sanção jurídico-constitucional dirigida aos órgãos do Estado pelo silêncio transgressor da constituição e destina-se a evitar a erosão da força normativa da constituição dirigente. Ainda conforme o autor, a inconstitucionalidade por omissão torna-se uma consequência jurídica do próprio modelo imperativo e dirigente da Constituição de 1988.

2.4.1 Sistema Americano (Difuso)

Observa-se no controle de constitucionalidade dois principais sistemas, o americano e o austríaco-europeu.¹⁰ O sistema americano (*judicial review*) remonta a origem do controle de constitucionalidade, com o primeiro precedente atribuído ao caso *Marbury v. Madison* em 1803. Nesta decisão, a Suprema Corte americana deixou de aplicar uma lei, por considerá-la em desacordo com os ditames constitucionais. No julgado destacou-se a supremacia da constituição e declarou-se a nulidade da lei que a contrariou.

Para o sistema americano de controle, a decisão judicial tem natureza declaratória, portanto os seus efeitos são *ex tunc*, ou seja, retroagem a data da emissão da norma, uma vez que desde a sua criação não emanou nenhum efeito, por sua incompatibilidade ao sistema jurídico. Assim, as relações jurídicas com base nela devem voltar ao *status quo ante*.

Além da nulidade absoluta das normas inconstitucionais, outro ponto característico é que a competência para exercer o controle é atribuída a todos os órgãos do Poder Judiciário. O denominado controle difuso estabelece a análise do controle de constitucionalidade por via de exceção, de modo que qualquer tribunal ou juiz pode exercer o controle, cabendo às vias recursais a uniformidade da jurisprudência.

Nesse sistema, questiona-se se a multiplicidade de decisões poderia enfraquecer o sistema constitucional, gerando insegurança jurídica. Entretanto, no sistema anglo-saxão, embora as decisões tenham efeitos principais *inter partes*, tem repercussão *erga omnes*, uma vez que no *stare decisis*, a *ratio decidendi* vincula outros julgamentos. Desse modo, o sistema

⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 223.

¹⁰ Cappelletti (1999) estuda o controle americano e austríaco sob os aspectos: *subjetivo* (a que órgão compete o controle), *modal* (de que maneira questiona-se a constitucionalidade) e *funcional* (quais os efeitos da decisão prolatada pelo órgão competente).

americano encontra nos precedentes a uniformização da jurisprudência, que garante a segurança jurídica do sistema difuso.

Assim, o *judicial review* adota a teoria da nulidade absoluta, a natureza declaratória da decisão e é do tipo difuso, pois todos os órgãos do poder judiciário têm competência para afastar a aplicação de uma lei que afronte a constituição.

2.4.2 Sistema Austríaco (Concentrado)

Noutro giro, o sistema austríaco, com seu principal expoente em Kelsen, concentra o controle na competência de um único órgão, o Tribunal Constitucional. Nesse sistema, o Tribunal não atua como órgão de jurisdição comum, mas tão somente com a atribuição de apreciar a constitucionalidade das leis, sequer fazendo parte do Poder Judiciário. Diferente do sistema americano, que surgiu da prática da Suprema Corte Americana, o sistema austríaco tem suas origens positivadas na Constituição Austríaca de 1920.

Para esse sistema, o questionamento não é feito incidentalmente em um caso concreto, mas pela via principal. Esse tipo de ação abstrata tem legitimidade especial e só poderá ser proposta por órgãos indicados na própria constituição. Os efeitos da decisão do Tribunal Constitucional têm eficácia *erga omnes*, pois não se restringem às partes do processo.

Outra característica desse sistema é que a natureza da decisão é constitutiva, assim, o Tribunal determina a anulação da norma, com efeitos *ex nunc*. A decisão surte efeitos a partir da sua publicação. Por esse motivo, Kelsen definiu a atuação do Tribunal Constitucional estritamente como legislador negativo.

Nas lições de Mauro Capelletti, as formulações dos sistemas foram diretamente influenciadas pelas matrizes histórico-filosóficas das respectivas regiões e justificaram, em parte, as diferentes abordagens adotadas com relação ao controle de constitucionalidade das leis.¹¹ No sistema americano verifica-se certa desconfiança no Poder Legislativo, herança da influência negativa do parlamento inglês durante o período colonial, que expandiu a doutrina do *checks and balances*, em detrimento da separação absoluta dos poderes. Já o sistema austríaco europeu desenvolveu-se como forma de reação ao antigo regime e preponderância do Poder Legislativo sobre o Executivo e Judiciário, ainda comprometidos com o absolutismo. Atualmente está superada a presente dicotomia entre os dois sistemas, que

¹¹ CAPPELLETTI, Mauro e ADAMS, John Clarke. **Judicial Review of Legislation: European Antecedents and Adaptations** in *Havard Law Review*, vol. 79. n. 6., p. 1207-1224, abr. 1966.

caminham para uma convergência gradual, já que a maioria dos países adota um sistema híbrido.

Com o estudo dos sistemas pode-se perceber que ambos foram construídos com a ideia de controle comissivo de validade das demais normas frente à constituição. Somente com o surgimento do Estado Social e os direitos fundamentais de segunda geração, as constituições passaram dar relevo às imposições de atuação (dever de agir) dirigidas ao Estado, dando ênfase às omissões inconstitucionais, em determinados casos.

Por fim, observa-se que quando existe um comportamento comissivo de violação da constituição apresentam-se meios de remediar a inconstitucionalidade, seja pela teoria da nulidade absoluta ou da anulabilidade, paralisando o ato normativo viciado. Todavia, tanto o sistema americano como o austríaco, base do controle de constitucionalidade, não trataram da problemática do controle da omissão inconstitucional. Os dois apenas verificam a validade da norma frente à constituição e não se prestaram à solução de obrigação de fazer imposta pelo texto constitucional. Em ambos os casos o Poder Judiciário atua como legislador negativo, expurgando do ordenamento a norma inválida. Ocorre que a omissão legislativa inconstitucional não se opera no campo da validade, até mesmo porque sua subsistência implica na ausência de norma. Dessa maneira, não é possível utilizar-se dos mesmos pressupostos dessas teorias como fundamento para impedir a concretude do texto constitucional, em razão de omissão.

2.5 CONSTITUIÇÃO POLÍTICA, SOCIOLÓGICA, JURÍDICA E ESTRUTURAL

Ao longo da Teoria Constitucional, vários autores tentaram explicar a natureza da Constituição e qual o sentido desta na ordem social. José Afonso da Silva elenca os três principais sentidos clássicos em que a Constituição pode ser conceituada: sociológico, político e jurídico.

Em sua concepção sociológica, com representação máxima na obra de Ferdinand Lassalle, a Constituição é vista antes como um fato do que uma norma. Na realidade, o autor distingue a Constituição real e efetiva da Constituição jurídica. Para ele, a Constituição real e efetiva é a síntese da “soma dos fatores reais do poder que regem uma nação” (LASSALLE, 2000, p. 10-11). Dessa forma, relações de poder existentes em determinada comunidade política determinam a verdadeira Constituição e as estruturas sociais e políticas.

Nesse sentido, para se conhecer a verdadeira constituição é necessário identificar quais são os *fatores reais de poder* daquela sociedade. Muito embora a constituição prescreva algo, esta deve estar vinculada a sua realidade social, do contrário, não passará de uma *folha de papel*. Assim, no sentido sociológico, a constituição deve ser examinada, não em si mesma, mas em relação à sociedade que a adota (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 17).

Já sob uma acepção política da constituição, desenvolvida por Carl Schmitt, José Afonso da Silva diz que:

Outros, como Carl Schmitt, emprestam-lhes sentido político, considerando-as como decisão política fundamental, decisão concreta de conjunto sobre o modo e forma de existência da unidade política, fazendo distinção entre constituição e leis constitucionais; aquela só se refere à decisão política fundamental (estrutura e órgãos do Estado, direitos individuais, vida democrática etc.); as leis constitucionais são os demais dispositivos inscritos no texto do documento constitucional, que não contenham matéria de decisão política fundamental (SILVA, 2003, p. 38).

O sentido de constituição adotada por Carl Schmitt destacou o poder da autoridade política, pela qual o Estado se estrutura a partir de uma vontade política que o antecede. Assim, distinguiu a Constituição propriamente dita - decisão política fundamental-, das leis constitucionais apenas formalmente. Esse sentido também conhecido como teoria decisionista, pois pressupõe uma decisão política anterior.

Representativamente, pode-se afirmar que, para o autor, existe uma Constituição (grafada com letra maiúscula) e uma constituição (escrita com inicial minúscula), a primeira contém o poder político fundamental e representa o núcleo essencial, enquanto a segunda não partilha da mesma importância política, muito embora possa estar contida no próprio texto constitucional.

Diferente das duas primeiras concepções, Hans Kelsen sustenta que o fundamento da constituição não é social ou político, mas estritamente jurídico. Sob a concepção jurídica kelseniana, a constituição é concebida como *dever-ser*, norma pura, a qual todos devem obedecer por convenção positivada.

Para este, o sentido jurídico da constituição se divide no lógico-jurídico, estruturado na norma fundamental hipotética, que é pressuposta e serve de fundamento a todo direito posto; e no jurídico-positivo, que equivale à norma positiva suprema, ou seja, conjunto de normas que regula a criação de outras normas, a Lei Maior.

Para Silva (2003b), todos esses posicionamentos se equivocam pela *unilateralidade*. Dessa forma, nenhum deles consegue, isoladamente, explicar a constituição como um todo. Para tanto, este autor sugere como melhor solução uma *concepção estrutural de constituição*, “que a considera no seu aspecto normativo, não como norma pura, mas como norma em sua

conexão com a realidade social, que lhe dá o conteúdo fático e o sentido axiológico” (SILVA, 2003b, p.39).

A adoção da concepção estrutural consegue sintetizar a natureza jurídica da constituição, ou seja, sua imperatividade, sem descuidar de seus reflexos sociais e axiológicos. André Puccinelli Júnior destaca a imperatividade da Constituição:

Como todas as disposições jurídicas, também as normas constitucionais apresentam como nota característica a imperatividade, que traduz a fiel e compulsória obediência dos comandos normativos por seus respectivos destinatários, sejam estes pessoas individuais, coletivas ou os próprios órgãos do Poder Público (PUCCINELLI JÚNIOR, 2007, p. 48).

Nesse sentido, a norma constitucional não pode ser compreendida como mera faculdade ou apenas como norte interpretativo, uma vez que se trata de comando imperativo de um dever extensível a todos os particulares e também Poderes Públicos.¹²

Superadas as tentativas de desqualificação da constituição como norma jurídica, sem retirar seu conteúdo social e político, é certo que todas são dotadas de imperatividade. Entretanto, nem todas as suas normas possuem mesmo grau de eficácia.

¹² “Por longo tempo sustentou-se que as declarações de direitos incorporadas às constituições não seriam mais que princípios filosóficos e morais, sem valor jurídico” (BARROSO, 2000, p. 103).

3 PLANO DE VALIDADE, EFICÁCIA E EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

3.1 VIGÊNCIA (VALIDADE) E EFICÁCIA (EFETIVIDADE) NA OBRA DE HANS KELSEN

Na obra “Teoria pura do direito” encontra-se importante contribuição para as categorias jurídicas da validade (sinônimo de vigência para o autor) e eficácia. Nesta obra, Hans Kelsen elabora a distinção entre o *mundo do ser* e o *mundo do dever-ser*. Em apertada síntese, diz-se que o *mundo do ser* é o mundo real, dos fatos. Nesse campo de normas, para cada causa haverá uma consequência obrigatória, como a terceira lei de Newton “para toda ação há sempre uma reação oposta e de igual intensidade”. Já no *mundo do dever-ser*, campo do comportamento humano, para cada causa projeta-se uma consequência, que muitas vezes não se verifica, a exemplo do comando jurídico “não se deve roubar”. Nas palavras do referido autor, o Direito “é uma ordem normativa da conduta humana (...) com o termo “norma” se quer significar que algo *deve ser* ou acontecer, especialmente que um homem *se deve* conduzir de determinada maneira” (KELSEN, 1998, p. 4).

Com base nesse dualismo, o autor relaciona a validade da norma (também chamada de vigência) pertencente à ordem do *dever-ser*, enquanto a eficácia pertencente ao “*mundo do ser*”. Nesse sentido:

Como a vigência da norma pertence à ordem do *dever-ser*, e não à ordem do *ser*, deve também distinguir-se a vigência da norma da sua eficácia, isto é, do fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos. Dizer que uma norma vale (é vigente) traduz algo diferente do que se diz quando se afirma que ela é efetivamente aplicada e respeitada, se bem que entre vigência e eficácia possa existir uma certa conexão (KELSEN, 1998, p. 4).

Assim, para Kelsen, a validade da norma não tem relação se esta é efetivamente aplicada e respeitada, pois essa discursão repercute no campo da eficácia. “No entanto, este dualismo de *ser* e *dever-ser* não significa que *ser* e *dever-ser* se coloquem um ao lado do outro sem qualquer relação.” (KELSEN, 1998, p. 5). A conexão verificada por Kelsen (1998) entre validade e eficácia é de que o mínimo de eficácia é condição de validade da norma, pois uma norma que é totalmente ineficaz não pode ser considerada válida.

Tal classificação só pode ser aceita nos dias atuais desde que inserida nos pressupostos filosóficos da teoria pura do direito. À contrário senso, a classificação não atende às necessidades do operador do direito contemporâneo, seja reconstrução das circunstâncias

fáticas, sociais e axiológicas, seja pela impossibilidade de separação entre plano ideal da realidade que a norma se destina. Assim, embora não se adote nesse trabalho a vigência e a eficácia nos termos propostos por Kelsen, reporta-se a essa teoria como marco no estudo sobre validade e eficácia.

3.2 IMPRECISÃO TERMINOLÓGICA

Como visto, não é incomum que os vocábulos vigência, validade, eficácia e efetividade sejam aplicados pela doutrina, principalmente considerando o direito comparado, com diversos significados e contextos semânticos diferentes.

É certo que a pretensão desse esboço não atinge toda a gama de teorias sobre a matéria. Entretanto, em razão da diversidade de correntes doutrinárias é necessário dar contornos precisos aos vocábulos, no intuito de superar “maus entendidos” ou até mesmo antinomias.¹³

Assim, a fim de dirimir eventuais dúvidas e questionamentos acerca classificação adotada por esse trabalho, passa-se, agora, a distinguir os conceitos de validade, eficácia e efetividade das normas constitucionais, a serviço da finalidade do estudo, qual seja: busca pela máxima efetividade das normas constitucionais frente à omissão legislativa inconstitucional.

3.3 VALIDADE

O conceito de validade está intimamente vinculado à ideia de aceitação. Não basta a norma existir e estar em vigor. É necessário que esta obedeça as regras de elaboração, conformidade formal; além do seu conteúdo respeitar o sistema jurídico que acabou de ingressar, conformidade material. Sendo aceita formal e materialmente, a norma jurídica é considerada válida. Não por outro motivo, SILVA (2012) trata o conceito de validade tomando-o pelo termo legitimidade.

Piovesan assevera que o conceito de validade é relacional, uma vez que a validade é determinada de acordo com a conformidade com a norma que lhe é de hierarquia superior. Assim, tal conceito segue o raciocínio do sistema normativo escalonado, no qual a Constituição constitui norma jurídica positiva suprema (KELSEN, 1998).

¹³ “Os homens dissentem mais em virtude da equívocidade da linguagem que usem, do que pelas concepções que tenham das realidades em si” (DÓRIA, 1946 *apud* BARROSO, 2000, p. 83).

Esse conceito não se propõe, entretanto, a questão controvertida sobre a condição de validade da própria Constituição.¹⁴ De todo modo, pode-se afirmar, com segurança, que validade de todo o ordenamento normativo é, em última instância, a adequação à Constituição.

Destaca-se por oportuno, que o controle de constitucionalidade por ação repousa na análise da validade da nova norma, frente à conformidade formal e material com a Constituição. Todavia, a omissão inconstitucional localiza-se no campo da eficácia e projeta-se para área da efetividade, que serão estudados a seguir.

3.4 EFICÁCIA

No que se refere ao conceito de eficácia, pode-se afirmar que é a aptidão da norma produzir efeitos jurídicos. Esse conceito é corolário da aplicabilidade da norma, uma vez que “uma norma só é aplicável na medida em que é eficaz”¹⁵. Nas lições de Silva (2012, p. 60), eficácia e aplicabilidade são dois fenômenos complexos e interligados, ou constituem, talvez, o mesmo fenômeno encarado por prismas diferentes: “aquela como potencialidade; e esta como realizabilidade”. Dessa forma, aplicabilidade é qualidade do que é aplicável, enquanto a eficácia significa a capacidade de produzir efeitos jurídicos, ou seja, a possibilidade de aplicação da norma.

No campo estrito da eficácia jurídica, não se cogita saber se a norma produz modificação no mundo exterior - campo da efetividade -, mas tão somente diz respeito à capacidade de produção de efeitos jurídicos, como, por exemplo, a revogação da legislação anterior e conflitante. Varias correntes doutrinárias propuseram classificações das normas constitucionais quanto a sua aplicabilidade, a fim de investigar analiticamente se as normas constitucionais, na sua integralidade, estão aptas a produzirem seus efeitos.

¹⁴ O normativismo puro de Kelsen sustenta que a constituição encontra o fundamento de sua validade na *norma fundamental*, pressuposta e hipotética. E Carl Schmitt diz que a constituição vale em virtude da vontade política existencial daquele que a dá, pois toda espécie de normação jurídica – também a constituição – pressupõe tal vontade como existente (SILVA, 2012, p. 55).

¹⁵ Silva, 2012, p. 55.

3.4.1 Classificação das normas constitucionais quanto a sua aplicabilidade

3.4.1.1 Coercitivas e Dispositivas, Mandatórias e Diretorias

Segundo Silva (2012), a categorização clássica das normas jurídicas quanto a sua eficácia divide as normas em coercitivas e dispositivas. As normas coercitivas, *ius cogens*, determinam uma ação ou omissão independente da vontade das partes. Já as dispositivas, *ius dispositivum*, são aquelas que completam outras ou auxiliam a vontades das partes a atingir os objetivos legais. Essas últimas admitem uma acomodação particular, muito embora sejam aplicáveis obrigatoriamente na ausência de acordo entre os particulares.

Deixando a margem a discussão sobre a existência de normas constitucionais dispositivas, é consenso doutrinário que a Constituição constitui agrupamento de normas imperativas e inderrogáveis pela vontade das partes, porquanto cogentes. Tal classificação, de cunho liberal civilista, é aplicável no direito privado, não sendo admissível na seara constitucionais, posto que são dotadas de imperatividade, e não de aplicação facultativa. Dessa maneira, todas as normas constitucionais são coercitivas, até mesmo porque, constituem o ápice do ordenamento jurídico interno.

Noutro momento, a doutrina norte-americana classificou as normas constitucionais como *mandatory provisions* (mandatórias) e *directory provisions* (diretorias). Aquelas, normas essenciais ou materiais de cumprimento obrigatório e inescusável; estas, de cunho regulamentar e carente de essência constitucional, podendo ser modificadas pelo legislador comum, sem que isso importasse em inconstitucionalidade.

A referida classificação não se adequa a nossa realidade constitucional, haja vista que no nosso ordenamento não se dividem em normas materialmente constitucionais e normas apenas formalmente constitucionais. Isso é comprovado pela indistinta rigidez constitucional, que se traduz em um processo mais dificultoso para modificação de qualquer norma da Constituição de 1988 pelo devido processo legislativo especial das Emendas Constitucionais.

3.4.1.2 Self Executing e Not Self Executing

Posteriormente, a doutrina norte-americana - liderada por Cooley e difundida no Brasil por Ruy Barbosa -, evoluiu e passou a tratar a aplicabilidade das normas constitucionais distinguindo as normas *self-executing* e *not self-executing*.

Por meio dessa classificação, as normas *self-executing*, autoaplicáveis, possuem aplicação imediata, com eficácia jurídica plena, já que independem de legislação posterior para serem aplicadas. Diferenciam-se das *not self-executing*, não autoaplicáveis, pela necessidade de legislação posterior para que possam ser fruídas.

Na senda de Ruy Barbosa, Pontes de Miranda classificou as normas quanto à eficácia adotando terminologia própria. Para esse autor dividem-se em “normas bastantes em si” e “normas não bastantes em si” utilizando-se do mesmo critério das normas autoaplicáveis e não autoaplicáveis, respectivamente. A inovação na classificação de Pontes de Miranda foi o reconhecimento das “regras jurídicas programáticas”, porém “o que se deve ter em vista é a dicotomia das regras jurídicas em bastantes em si e não bastantes em si; porque tanto umas quanto as outras podem ser simplesmente programáticas”.¹⁶

Em que pese essa classificação ser de grande valia - mais especificamente quanto às normas não autoaplicáveis, cerne da omissão legislativa inconstitucional, pois originam o dever específico de legislar -, pode conduzir a uma errônea compreensão da existência de normas constitucionais totalmente ineficazes até sua colmatação. A fim de não comprometer a força normativa e vinculante da Constituição, uma vez que todas as normas constitucionais possuem certo grau de eficácia, novas classificações foram propostas para atender atualidade do tema na ciência jurídica contemporânea.¹⁷

3.4.1.3 Classificação de José Afonso da Silva

Dentre os autores que versam sobre a problemática da eficácia das normas constitucionais, José Afonso da Silva elaborou a mais difundida classificação doutrinária brasileira das normas constitucionais quanto a sua aplicabilidade. Segundo o jurista, inspirado pela doutrina Italiana de Crisafulli, distinguem-se em normas constitucionais de eficácia (i) plena; (ii) contida; (iii) e limitada.¹⁸

¹⁶ Comentários à Constituição Brasileira de 1946, Rio de Janeiro, 1947, vol. 1, p. 85 APUD, CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 62.

¹⁷ “A classificação pura e simples das normas constitucionais em auto-aplicáveis e não autoaplicáveis não corresponde às exigências da ciência jurídica contemporânea, nem as necessidades práticas de aplicação das constituições, pois sugere a existência, nestas, de normas ineficazes e destituídas de imperatividade...” (SILVA, 2012, p.75).

¹⁸ Silva, 2003a.

As primeiras são dotadas de aplicabilidade direta, imediata e integral, as quais no momento em que entram em vigor estão aptas a produzir todos os efeitos, independentemente de norma integrativa infraconstitucional. Consideradas normas autoaplicáveis ou self executing, com normatividade suficiente à sua incidência imediata, são, desde logo, exigíveis. Em síntese, conclui José Afonso da Silva:

Em suma, como já acenamos anteriormente, são de eficácia plenas as normas constitucionais que: a) contêm vedações ou proibições; b) confirmam isenções, imunidades e prerrogativas; c) não designem órgãos ou autoridades especiais a que incumbam especificamente sua execução; d) não indiquem processos especiais de sua execução; e) não exijam a elaboração de novas normas legislativas que lhes completem o alcance e o sentido, ou lhes fixem o conteúdo, porque já se apresentam suficientemente na definição dos interesses nela regulados (SILVA, 2012, p. 99).

Por esse motivo são consideradas autossuficientes, uma vez que regulamentam precisamente a matéria sem a necessidade de regulamentação posterior que lhes dê vida. Têm-se como exemplos de normas constitucionais plenas os art. 1º; 17, §4º; 28; 44; 45; 60 §3º, 76 entre outros.

Em relação às normas de eficácia contida, estas também são dotadas de aplicabilidade direta e imediata, porém possivelmente não integral. Embora aptas a produzirem seus efeitos assim que a constituição entre em vigor, poderão sofrer redução de sua abrangência pela norma infraconstitucional. Dessa forma, enquanto não materializado um fator de restrição, elas guardam eficácia plena.

Algumas normas indicam a possibilidade de restrição através de cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados como: ordem pública, segurança nacional, perigo público iminente. Outras, restringem, fazendo menção à legislação futura, a exemplo do art. 5º, XIII no qual garante a liberdade de profissão, atendidas as qualificações que a lei estabelecer. Esse tipo de restrição não pode ser confundido com as normas de eficácia limitada, posto que são dotadas de eficácia direta e imediata, ou seja, até que seja exigida qualificação legal, é seu exercício é livre.

Dessa forma, o legislador constituinte as formulou com conteúdo suficiente, mas deixou margem expressa para a limitação de sua extensão, seja por conceitos gerais, seja pela indicação da possibilidade de legislação posterior.

Enquanto isso, as normas de eficácia limitada possuem aplicabilidade indireta, mediata e não integral. Estas, *per se*, não têm o condão de produzir todos os efeitos jurídicos pretendidos, precisando de uma lei integrativa infraconstitucional. Identificam-se, geralmente, pelo termo pós-fixados “nos termos da lei” ou “conforme definido em lei”. Para José Afonso

da Silva se dividem em a) normas definidoras de princípio institutivo ou organizativo e b) normas definidoras de princípio programático.

As primeiras são normas que contêm projeto de determinado órgão, entidade ou instituição, cuja efetiva criação e estruturação ficarão a cargo da atividade infraconstitucional a exemplo da §2º do art. 90 da CF, “A lei regulará a organização e o funcionamento do Conselho da República”. Já as de princípio programático, de maior complexidade, envolvem compromissos estatais de questões de cunho econômico e social. Em síntese, distingue José Afonso da Silva:

As programáticas envolvem um conteúdo social e objetivam a interferência do Estado na ordem econômico-social, mediante prestações positivas a fim de propiciar a realização do bem comum, através da democracia social. As de princípio institutivo têm conteúdo organizativo e regulativo de órgãos e entidades, respectivas atribuições e relações. Têm, pois, natureza organizativa; sua função primordial é a de esquematizar a organização, criação ou instituição dessas entidades ou órgãos” (SILVA, 2012, p. 123).

Nas normas não autoaplicáveis, pendentes de regulamentação integradora, encontra-se o início da compreensão da omissão legislativa inconstitucional. A norma de eficácia limitada, na maioria das vezes, emite uma ordem ao legislador constituído a fim de que esta produza uma norma infraconstitucional capaz de dar operacionalidade ao direito encartado. Assim, a partir do comando, verificado em algumas normas de eficácia limitada, surge um dever específico de legislar.

Diz-se na maioria das vezes, pois existem normas de eficácia limitada que facultam a edição de lei integradora, a exemplo do art. 25 §3º da CF “Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões...” e do art. 22, parágrafo único, da CF “Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo”.

Preliminarmente, adotamos a classificação de José Afonso da Silva, pelo reconhecimento de certo grau de eficácia em todas as normas constitucionais, nos limites objetivos de seu teor normativo. Além disso, pelo diagnóstico de normas de eficácia limitada com eficácia indireta, mediata e não integral (não auto aplicáveis). Convém, porém traçar uma distinção verificada por Luiz Roberto Barroso. O fato de uma norma constitucional contemplar determinado direito cujo exercício dependa de legislação integradora não a torna, por isto, programática ou organizativa. Quanto a este tema adotamos a posição de Luís Roberto Barroso quanto às normas programáticas e sua distinção entre as normas definidoras de direitos (políticos, individuais e sociais).

3.4.1.4 Classificação de Maria Helena Diniz

Em sua tríplice classificação, José Afonso da Silva elabora três graus de eficácia para as normas constitucionais. Maria Helena Diniz aponta a existência de mais um grau, o da norma de eficácia absoluta.

Na classificação adotada por Maria Helena Diniz, as normas constitucionais dividem-se em: a) normas de eficácia absoluta, b) normas de eficácia plena c) normas de eficácia relativa restringível e e) normas de eficácia relativa complementável ou dependente de complementação legislativa. Retirando as de eficácia absoluta, as demais em muito se assemelham a classificação proposta do José Afonso da Silva, respectivamente.

A grande contribuição da autora foi dar classificação própria à categoria de normas constitucionais brasileiras “superrígidas” ou “supereficazes”, àquelas de maior grau de eficácia no ordenamento jurídico e protegidas de maneira intangível pelo art. 60, §4º CF. Por esse motivo, as normas de eficácia absoluta sequer podem ser alteradas por Emenda Constitucional, a exemplo dos art. 1º, 2º e 14 da CF. No restante, a classificação apenas reforçam os argumentos contidos na classificação de José Afonso da Silva.

3.4.1.5 Roberto Barroso

A tipologia das normas constitucionais de Luís Roberto Barroso classifica a normas em: a) normas constitucionais de organização, b) normas constitucionais definidoras de direitos e c) normas constitucionais programáticas.

As normas constitucionais de organização são aquelas que definem a estrutura organizativa do Estado. Tais normas instituem os órgãos, definem as suas competências e o exercício do poder político. Estas não se prestam em disciplinar comportamentos individuais ou coletivos, ou seja, não existe previsão abstrata de um fato pelo qual se opera efeitos jurídicos. De outra sorte, veiculam as decisões políticas fundamentais, criam os órgãos públicos, definem a competência de órgãos constitucionais e estabelecem normas processuais de revisão da própria constituição.

Quanto às normas constitucionais definidoras de direitos, estas enunciam os direitos subjetivos públicos, através de direitos fundamentais dos indivíduos e da coletividade frente à

soberania estatal. Assim, o autor relaciona três categorias de direitos constitucionais: os direitos políticos, individuais e sociais.

Noutro passo, as normas constitucionais programáticas apontam diretrizes destinadas a conformar a ordem econômica e social aos princípios de justiça social. O texto dessas normas não cria conduta determinada, e sim traça linha diretiva de orientação aos poderes públicos. À exemplo dos art. 226, da CF, no qual garante “a família tem especial proteção do Estado”, e art. 215, pelo qual o Estado “apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”.

Por mais paradoxo que possa parecer o termo “norma” (ordem) “programática” (disposição), com isso não se imagine que são destituídas de força normativa. O pensamento clássico de mera exortação moral não pode ser aceito no Estado Democrático de Direito. Tais normas são igualmente vinculantes, porém de menor densidade, pois, pela sua própria natureza, não geram utilidades fruíveis. Assim, muitas vezes indicam os fins, deixando a cargo do poder político dizer os meios. Todo modo, emanam efeitos jurídicos, no sentido do Estado abster-se de praticar atos contrários e observá-las em sua atuação na respectiva área de interesse público. Como observado por Luiz Roberto Barroso, as normas programáticas também geram efeitos imediatos:

Objetivamente, desde o início de sua vigência, geram as normas programáticas os seguintes efeitos imediatos:

(a) Revogam os atos normativos anteriores que disponham em sentido colidente com o princípio que o substanciam;

(b) Carreiam em juízo de inconstitucionalidade para os atos normativos editados posteriormente, se com elas incompatível.

Ao ângulo subjetivo, as regras em apreço conferem ao administrado, de imediato, direito a:

(a) Opor-se judicialmente ao cumprimento de regras ou à sujeição a atos que o atinjam, se forem contrários ao sentido do preceptivo constitucional;

(b) Obter, nas prestações jurisdicionais, interpretação e decisão orientadas no mesmo sentido e direção apontados por estas normas, sempre que estejam em pauta os interesses constitucionais por ela protegidos” (BARROSO, 2000, p. 117-118).

Filiámo-nos à Barroso na distinção entre direitos sociais e normas programáticas. Enquanto na primeira prescreve-se direito subjetivo público, na segunda exterioriza-se um “programa político incorporado ao ordenamento jurídico”¹⁹. Dessa maneira, para norma não autoaplicável gerar o dever específico de legislar, esta deve ser definidora de direitos e não programática.

Enquanto José Afonso da Silva, apenas entende a classificação da aplicabilidade das normas constitucionais no sentido da sua eficácia, a classificação proposta por Luiz Roberto

¹⁹ Crisafulli *apud* Barroso (2000, p. 115).

Barroso tem como foco a relação da norma com os “meios para assegurar a efetividade”.²⁰ A diferença sutil da colocação dos conceitos guarda um dos mais importantes fundamentos de uma teoria concretista de integração das omissões legislativas. Isso porque, enquanto se identificam as normas passíveis de omissões pela sua *eficácia limitada, não auto aplicáveis*, a elaboração da norma só se torna exigível juridicamente pela necessidade de dar a máxima efetividade as *normas definidoras de direitos* da Constituição.

3.5 EFETIVIDADE

Aqui, cumpre distinguir a divergência terminológica entre “eficácia jurídica”, que para efeito desse trabalho é denominada tão somente de *eficácia*, da “eficácia social”, chamada de *efetividade*. Para dirimir qualquer confusão de significado, a primeira, como visto no tópico acima, diz respeito à possibilidade técnico-jurídica de aplicação de uma norma, ou seja, sua potencialidade ou aptidão para produzir efeitos jurídicos, uma vez ocorrida à hipótese fática correspondente.²¹ Esse conceito será elementar para que seja estudada a origem das omissões inconstitucionais. Já a segunda diz respeito à ideia de efetividade, observância prática e concreta das normas constitucionais na vida em sociedade, que servirá de fundamento para a formulação de uma teoria concretista frente à omissão inconstitucional.

Embora a efetividade estudada remeta-se ao conceito de eficácia na obra de Kelsen, diverge-se deste autor na ideia de que a efetividade seja um fenômeno exclusivamente sociológico do *mundo do ser* e exterior ao jurídico, uma vez que, para ele, não pertence ao *mundo do dever ser*. O mundo jurídico não pode ser apartado da sua concretização. Até mesmo isto foi contemplado na teoria pura, na medida em que Kelsen afirma uma conexão entre os dois mundos em que a vigência de uma norma impescinde de um certo grau de eficácia social.

A efetividade, portanto, traduz-se em realização do Direito, a materialização da obra jurídica na realidade social. Para tanto, a efetividade pressupõe a eficácia da norma, ou seja, sua capacidade de surtir efeitos. Outrossim, a efetividade sugere a criação de instrumentos de tutela adequados, aptos a realização prática. Se for certo que na maioria das vezes o direito é obedecido voluntariamente, também é correto identificar a necessidade de meios para garantir seu cumprimento forçado. Nessa senda, passa-se agora ao estudo da omissão legislativa

²⁰ Barroso (2000, p. 83).

²¹ HAGE, Jorge. **Omissão inconstitucional e direito subjetivo**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

inconstitucional e dos mecanismos de defesa da violação da Constituição pela omissão legislativa.

4 OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL

Antes de conceituar omissão legislativa inconstitucional, importante destacar que a inconstitucionalidade por omissão é fenômeno jurídico reconhecido pelo ordenamento brasileiro apenas a partir da Constituição de 1988. Assim, criou-se no ordenamento pátrio uma “sanção jurídico-constitucional dirigida aos órgãos do Estado pelo silêncio transgressor da Constituição” destinado a evitar a erosão de sua força normativa (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 114).

Nas lições de Luís Roberto Barroso, a omissão inconstitucional pode ocorrer por diversas causas:

Diversos são os casos tipificadores de inconstitucionalidade por omissão, merecendo destaque dentre eles: (a) a omissão do órgão legislativo em editar lei integradora de um comando constitucional; (b) a omissão dos poderes constituídos na prática de atos impostos pela Lei maior; (c) a omissão do Poder Executivo caracterizada pela não expedição de regulamentos de execução das leis” (BARROSO, 2000, p. 160).

Em suma, os três poderes constituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário), podem dar causa à inconstitucionalidade por omissão. Entretanto, o presente estudo se propõe apenas à análise da inconstitucionalidade por omissão no campo de atuação do Poder Legislativo, deixando de lado a omissão inconstitucional dos demais poderes constituídos.

Nesse íterim, não se pretende estudar todas as lacunas do ordenamento jurídico ou omissões inconstitucionais, senão a omissão legislativa proveniente de um *dever específico de legislar* estabelecido pela própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Dessa forma, a questão da (in)completude do sistema jurídico e os temas administrativos não são objeto desse trabalho.

O tema do presente estudo limita-se ao Controle Jurisdicional contra o fenômeno da *síndrome da inefetividade das normas constitucionais* pela inação do Poder Legislativo constituído que, ao abster-se de emitir norma legal, impede ou limita arbitrariamente o exercício de direitos de ordem constitucional.

Não é toda e qualquer omissão do Poder Legislativo que é capaz de gerar uma omissão inconstitucional, mas sim a inércia qualificada pela desobediência do Poder Constituído à Força Normativa da Constituição.

Considerando a classificação de José Afonso da Silva sobre as normas constitucionais quanto sua aplicabilidade, pode-se afirmar que somente haverá efetiva violação ao dever específico de legislar nos casos de normas constitucionais de eficácia limitada. Tendo em vista a classificação de Rui Barbosa e Pontes de Miranda, nas normas não autoaplicável e não

bastantes em si. Essas omissões derivam do não cumprimento de imposições constitucionais legiferantes em sentido estrito, que vinculam o Legislador a adotar medidas positivas.

Analiticamente a omissão legislativa inconstitucional deve obedecer aos seguintes critérios: a) violação a certa e determinada norma constitucional de eficácia limitada, não autoaplicável; b) o direito garantido na constituição não pode ser exercido pela ausência de regulamentação, portanto inexecutável; c) ausência de medidas práticas de proteção ao direito judicialmente, como ação ordinária ou mandado de segurança; d) e por fim, a mora legislativa, ou infringência a razoável duração do tempo para regulamentação.

4.1 DEVER DE LEGISLAR

O *dever de legislar* como gênero pode ser estudado sob duas espécies: *dever de produção legislativa* e *dever específico de legislar*.²² No dever de produção legislativa há um dever geral de legislar, no qual a Constituição concede competências legislativas sobre determinados assuntos a determinados entes da federação. Neste, o Poder Legislativo desempenha suas funções típicas de produzir normas de caráter geral e abstrato, de acordo com um juízo de conveniência e oportunidade.

Noutro giro, há o dever de legislar específico, que decorre de ordem vinculada da Constituição para o fim de integralizar a norma de eficácia limitada. Diferente do dever genérico de legislar, neste verifica-se uma exigência constitucional de ação, uma ordem de legislar. Aqui, não há espaço para faculdade do legislador, que deve obedecer à ordem Constitucional, realizando, dentro do juízo de uma discussão política, a melhor forma de regulamentar o que foi posto pela Lei Maior.

Em regra, o legislador não tem o dever de legislar e não há um direito subjetivo a legislação ordinária ou complementar. A faculdade e discricionariedade na edição de atos legislativos importa na própria vontade política e do debate do tema no seio da sociedade politicamente organizada. Entretanto, nos casos em que a Constituição impõe ao legislativo a edição de norma para operacionalizar direito por ela já garantido, sua abstenção é ilegítima e configura inconstitucionalidade legislativa por omissão.

²² LEITÃO, Manoela Prado. Omissão legislativa e Poder Judiciário: um “legislador positivo”? *apud* SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de legislar e proteção jurisdicional contra omissões legislativas**. Lisboa, UC, 2003, p. 26.

No mesmo sentido, Piovesan (2003) assevera que o tema se situa na fronteira da discricionariedade do legislador e do dever específico de legislar a que está sujeito. Dessa forma, conclui-se que apenas o dever específico de legislar é capaz de gerar a omissão legislativa inconstitucional.

Nesses casos, as normas constitucionais preveem uma determinação de atuação e não se confundem com normas de natureza programática, que estabelecem um fim a ser alcançado.

4.2 MORA LEGISLATIVA E A QUESTÃO DO TEMPO RAZOÁVEL

Além de caracterizar o dever específico de legislar, outra questão essencial para ocorrência da omissão legislativa inconstitucional é determinar o momento de sua ocorrência. Piovesan aponta duas situações diversas para verificação.

Na primeira, mais simples, a própria Constituição fixa prazo para regulamentação, a exemplo dos art. 12, 20, 48 e 50 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias da Carta de 1988.²³ O art. 48 da ADCT estabeleceu o prazo de cento e vinte dias a contar da data promulgação da Constituição para que o Congresso Nacional elaborasse o Código de Defesa do Consumidor, posteriormente editada Lei 8.078 de 11 de novembro de 1990. Já o art. 50 concedeu o prazo de um ano para que o Congresso fixasse as políticas agrícolas, Lei 8.171 de 17 de janeiro de 1991.

No segundo caso, mais comum e complexo, não há fixação de prazo pela Constituição e o aplicador do direito deve adotar os critérios da razoabilidade de maneira que ao longo desse tempo, esteja comprovado que o legislador não só podia como deveria ter concluído a regulamentação. Lembra-nos Piovesan (2003) que no que tange aos direitos e garantias fundamentais a tolerância há de ser reduzida.

Alguns julgados do STF sobre o assunto indicam que o início da tramitação de projeto de lei é suficiente para encerrar a mora legislativa, e a consequente perda do objeto do processo, como se destaca no MI 361/RJ, da Relatoria do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE:

Mora legislativa: exigência e caracterização: critério de razoabilidade.
A mora – que é pressuposto da declaração de inconstitucionalidade da omissão legislativa -, é de ser reconhecida, em cada caso, quando, dado o tempo corrido da promulgação da norma constitucional invocada e o relevo da matéria, se deva considerar superado o prazo razoável para a edição do ato legislativo necessário à efetividade da Lei Fundamental; vencido o tempo razoável, nem a inexistência de

²³ Piovesan, 2003, p. 94.

prazo constitucional para o adimplemento do dever de legislar, **nem a pendência de projetos de lei tendentes a cumpri-lo** podem descaracterizar a evidência da inconstitucionalidade da persistente omissão de legislar." (grifo nosso) (Rel. Desig. Min. SEPULVEDA PERTENCE, j. 08/04/1994, DJU de 17/06/94, p. 15.707).

Entretanto, esse entendimento vem sendo mitigado, quando comprovado o trancamento do projeto de lei ou a demora excessiva de votação ou de colocação em pauta, como no caso da omissão legislativa inconstitucional quanto à elaboração da lei complementar federal prevista no § 4º do art. 18 da Constituição (criação de novos municípios). Nos termos do trecho do Voto do Ministro Relator Gilmar Mendes:

Não tenho dúvida, portanto, em admitir que também a *inertia deliberandi* das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Dessa forma, pode o Supremo Tribunal Federal reconhecer a mora do legislador em deliberar sobre a questão, declarando, assim, a inconstitucionalidade da omissão. No caso em questão, apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei apresentados visando à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, é possível, sim, constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar federal em referência." (ADI 3.682, voto do Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 9-5-2007, Plenário, DJ de 6-9-2007).

Dessa forma, o STF tem considerado a regra de que desencadeado o processo de edição da norma através da tramitação do projeto legislativo, não verifica-se a ocorrência de omissão legislativa inconstitucional. Todavia, esse entendimento comporta exceções. A *inertia deliberandi* das Casas Legislativas podem ser decretadas judicialmente em cada caso, diante de grave ofensa a ordem constitucional.

4.3 OMISSÃO TOTAL E PARCIAL

Quanto à classificação da omissão legislativa, a referida inconstitucionalidade pode ser total ou parcial. A primeira, omissão própria, corresponde a total inércia do legislador, enquanto na segunda, imprópria, há uma insuficiência da atividade legislativa. Na total, observa-se silêncio absoluto pelo completo vazio legislativo. Já na parcial, o Legislador atua, mas de forma insuficiente e incapaz de responder aos exatos termos do comando constitucional.²⁴

Como se vê, a identificação da omissão legislativa total é de fácil assimilação haja vista a simples inexistência de regulamentação no ordenamento jurídico. Diante da omissão parcial, a identificação reveste-se de maior problemática. Isso porque, a omissão parcial é derivada de atos legislativos concretizadores de normas constitucionais que, na maioria das vezes,

²⁴ Piovesan (2003, p. 96).

“favorecem certos grupos ou situações esquecendo de outros grupos e outras situações que preenchem os mesmos pressupostos facto.”²⁵

Tratando-se de omissões legislativas parciais, a inconstitucionalidade está no seu conteúdo reduzido. Não há propriamente contrariedade da legislação com a Constituição, mas a lei não cumpre totalmente sua função normativa por insuficiência de conteúdo. A inabilidade do dispositivo legal em regulamentar a relação por inteiro afronta o princípio da igualdade, uma vez que beneficia uns em relação a outros que também deveriam ser amparados pela mesma norma.

Em síntese, nas omissões relativas, diferente das absolutas, há uma intervenção legislativa, mas exclui ou discrimina determinado grupo ou situações, ofendendo o princípio da igualdade.

Diante dessa arbitrária exclusão de benefício, admitem-se três posicionamentos no controle de constitucionalidade. O primeiro aplica os efeitos da teoria do controle por ação, removendo a norma incompatível do ordenamento jurídico por violação ao princípio da igualdade. Tal entendimento não é bem aceito pela doutrina como a melhor tutela jurisdicional, até mesmo porque a parte legislada, a princípio, é constitucional. Como ensina Mendes (1999, p. 319):

Evidente, a cessação da norma inconstitucional (declaração de nulidade) não se mostra apta, as mais das vezes, para solver os problemas decorrentes da omissão parcial, mormente chamada exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade. É que ela haveria de suprimir o benefício concedido, em princípio licitamente, a certos setores, sem permitir a extensão da vantagem aos segmentos discriminados.

Assim, na busca de uma tutela adequada e efetiva, a retirada da norma parcialmente inconstitucional não se mostra caminho razoável, não só pela legitimidade do que já está positivado, como não garante ao interessado na equiparação o direito posto.

Em um segundo posicionamento aplicam-se os efeitos clássicos da teoria do controle por omissão, ou seja, é dada ciência ao órgão legislativo competente, notificando-se a mora em legislar. O STF decidiu dessa maneira ao julgar a ADIMC 1458-DF - não em relação ao princípio específico da isonomia entre os sujeitos do direito- mas sobre o tema da insuficiência do valor objetivo fixado para o salário mínimo. No referido julgamento declarou-se a inconstitucionalidade por omissão parcial, limitando-se em cientificar o poder legislativo. Também foram utilizadas as categorias conceituais do direito alemão, como a

²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1035-1036.

declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto e a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade. Diferente da proposta clássica de omissão parcial de inconstitucionalidade por violação ao princípio de isonomia, nesse caso identificam-se peculiaridades, em que a omissão parcial é objetiva do texto e não são discriminatórios os seus efeitos subjetivos, o que o torna ainda mais singular e sem precedentes.

Enquanto os dois primeiros posicionamentos não enfrentam a omissão parcial, mas são com ele, até certo ponto, negligentes, o terceiro posicionamento é o da aplicação de sentenças aditivas. As sentenças aditivas também reconhecem a inconstitucionalidade da norma parcialmente por omissão, mas ao invés de excluí-la por violação à isonomia ou apenas declará-la insuficiente, integraliza seu conteúdo para que os outros grupos e situações que preenchem os mesmos pressupostos de fato tenham resguardados os mesmos direitos. Assim, funcionam como instrumento para restabelecer o princípio da igualdade nas hipóteses em que resta demonstrada carga normativa inferior àquela almejada pela Constituição.

O Supremo Tribunal Federal aplicou esse entendimento no RMS nº 22.307-DF, na qual apreciou a reajuste concedido pelas Leis nº 8.622/93 e 8.627/93 aos servidores militares e não aos civis, com predomínio da isonomia sobre o benefício dado somente em favor dos servidores militares. Nesse julgado a Corte afastou a incidência da súmula nº 339 e determinou a aplicação de percentual de reajuste decorrente das Leis por entender de caráter geral.

Dessa forma distinguem-se duas espécies de omissões legislativas inconstitucionais, nas duas ocorre a ausência de regulamentação indispensável a exequibilidade da norma constitucional, porém na total inexistência de norma, enquanto na parcial a norma existente não atende aos preceitos constitucionais, pois exclui indevidamente determinado grupo ou situações, ofendendo o princípio da igualdade.

4.4 DIREITO COMPARADO

Conceituada a omissão legislativa constitucional, torna-se oportuno estudar esse instituto no direito comparado, com o intuito de entender o seu surgimento, além dos problemas enfrentados pelos demais países.

Jorge de Miranda (*apud* CUNHA JÚNIOR p. 135) aponta como origem do controle da omissão a Constituição da Iugoslávia de 1974, que previa a possibilidade da intervenção *ex officio* do Tribunal Constitucional para instaurar processo para verificação de inconstitucionalidade por omissão. Como se lê no seu art. 337:

Art. 337. Se o Tribunal constitucional da Iugoslávia verificar que o órgão competente não promulgou as prescrições necessárias à execução das disposições da constituição da República Federativa da Iugoslávia, das lei federais e das outras prescrições federais e atos gerais, dará ao fato conhecimento à Assembleia Federativa da Iugoslávia.

Piovesan (2003) destaca, ainda, que nos casos de omissão, o Tribunal Constitucional não apenas informa a Assembleia desse fato, como também intervém com vistas ao suprimento de omissões legislativas, mediante a apresentação à Assembleia de propostas de elaboração ou modificação de leis ou de outras medidas que tenham por fim garantir a constitucionalidade e a proteção dos direitos da comunidade.

Seguida pela Constituição da Iugoslávia, a Constituição Portuguesa de 1976 dispôs sobre a inconstitucionalidade por omissão nos seguintes termos:

“Art. 283.

1 A requerimento do Presidente da república, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autônomas, dos presidentes das assembleias legislativas regionais , o Tribunal constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais.

2 quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente.”

Pode-se concluir, por muito provável, que foi da Constituição portuguesa que o constituinte brasileiro buscou inspiração para criar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão no art. 103, §2º da CRFB 1988, bem como parâmetros para a inovação do mandado de injunção como remédio constitucional autônomo, nos termos do art. 5º, LXXI da CRFB 1988. Isso porque, o controle português, assim como no brasileiro, não é feito de ofício pelo Tribunal Constitucional, senão quando provocado. Todavia, o sistema brasileiro guarda peculiaridades que serão estudadas nos mecanismos de controle em espécie nos capítulos a seguir.

Miranda (*apud* CUNHA JÚNIOR p. 136) relata que a realidade em outros países como Alemanha, Austrália, Italia e Espanha é da inexistência de texto constitucional expresso sobre o tema. Embora não exista norma constitucional, os respectivos Tribunais Constitucionais têm desenvolvido técnicas de interpretação e integração, que resultam em sentenças aditivas, criativas ou apelativas (PIOVESAN, 2003).

Nesse sentido a jurisprudência Alemã do Tribunal Constitucional (Bunderverfassungsgericht) passou a admitir o controle da omissão através do processo de concretização (konkretisierung), quando a ausência gerava óbice ao exercício de direito fundamentais. Piovesan destaca a jurisprudência concretista alemã diante da omissão parcial decorrente da chamada “arbitrária exclusão de benefício”. Nesses casos, a norma criada é deficitária e viola o princípio da igualdade, por força da decisão judicial, ocorre a extensão de direitos aos segmentos eventualmente discriminados, no sentido de restaurar tal princípio. Ademais, na Itália, a Corte Costituzionale vem solucionando o problema da omissão parcial proferindo sentenças *aggiuntive* ou *additive*, no mesmo sentido.

5 INSTITUTOS DE DEFESA EM FACE DA OMISSÃO LEGISLATIVA CONSTITUICIONAL

5.1 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

5.1.1 Conceito

Dentre os mecanismos de defesa da omissão legislativa inconstitucional, aquele que se destina a proteção objetiva da integralidade normativa constitucional é a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Aqui não se predispõe a defesa de direitos subjetivos, uma vez que a ADO caracteriza verdadeiro controle abstrato de constitucionalidade. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão está prevista no art. 103, §2º da Lei Maior, na qual prescreve:

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.

Em razão de estar disciplinada por um único parágrafo e de maneira singela, não contida em capitulação própria, a doutrina diverge se a ação de inconstitucionalidade por omissão figura como ação específica ou mera extensão da ação direta de inconstitucionalidade por ação. Na visão de Clemerson Merlin Clève, “não há lugar para sustentar-se a existência, no Brasil, de uma ação constitucional especial voltada para, em sede de fiscalização abstrata, esse tipo de questão constitucional” (apud CUNHA JÚNIOR p. 650). Já Dirley da Cunha Júnior, Roque Carrazza, Piovesan, entre outros, entendem que a ADO caracteriza-se como ação específica, destinada ao controle abstrato da constitucionalidade da omissão, muito embora reconheçam a infelicidade do constituinte em descrever simploriamente esse importante instrumento constitucional de modo vago.

A referida ação é regulamentada pela lei nº 9.868 de 10 de novembro de 1999, e ganhou capítulo próprio apenas em 2009, incluído pela Lei 12.063. Devido à semelhança entre os processos de controle abstrato das normas constitucionais, aplicam-se supletivamente as disposições acerca da ação direta de inconstitucionalidade por ação, naquilo que for compatível com a por omissão.

5.1.2 Legitimidade e Competência e Procedimento

Em se tratando de controle concentrado abstrato, a competência para análise por via de ação direta é exclusiva do STF em relação à Constituição Federal e dos Tribunais de Justiça em relação às Constituições Estaduais. Iniciada a ação, não se admite a desistência, tendo em vista o interesse público indisponível em foco.

A legitimidade ativa para a propositura da ação é restrita a determinados órgão, sendo os mesmos habilitados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade por ação, a saber: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembleia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou o Governador do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Nos casos em que o Governador, a Mesa da Assembleia e as entidades de classe de âmbito nacional propuserem a ação direta, exige-se ainda o vínculo objetivo da pertinência temática entre a matéria suscitada e o âmbito de atuação do legitimado especial. Os demais possuem legitimidade universal, podendo questionar qualquer disposição constitucional pendente de normatização integradora. Importante destacar que a Constituição de 1988 retirou o monopólio da legitimidade da ação direta, antes reservado exclusivamente pelo Procurador Geral da República.

Quanto à legitimidade passiva, esta recai sobre os órgãos responsáveis pela iniciativa de edição da norma ou competente para o ato ausente. Nesse sentido, a petição inicial deverá indicar expressamente a omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa; bem como o pedido e suas especificações. Deve também estar acompanhada de procuração, quando for o caso. Sem esse conteúdo mínimo, não fundamentada ou manifestadamente improcedente, a petição inicial será indeferida liminarmente pelo ministro relator, decisão a qual cabe o recurso de agravo ao tribunal pleno.

A lei permite que após o recebimento da ação o relator conceda prazo para que os demais legitimados interessados possam prestar informações ou até mesmo juntar documentos que considerem úteis para o deslinde da matéria, podendo ainda apresentar memoriais.

Supletivamente, é possível a intervenção de entidades da sociedade como *amicus curiae*, em auxílio a corte sobre o tema ventilado.

Tratando de omissão, a jurisprudência do STF dispensava a manifestação do Advogado Geral da União, diante da impossibilidade de defesa da normatividade inexistente. Atualmente, a lei faculta sua manifestação no prazo de 15 (quinze) dias. Mesmo assim, reputa-se necessária a manifestação do AGU nos casos de omissões parciais, haja vista o paradigma ser ato normativo ao qual se imputa deficiência ou insuficiência. Nesse caso envolve-se juízo sobre a constitucionalidade de norma em vigor, a qual imprescinde de defesa institucional. Após, será dada vista ao Procurador Geral da República nas ações em que não for autor, pelo prazo de 15 (quinze) dias.

5.1.3 Medida Cautelar

Até a edição da lei nº 12.063/2009 a jurisprudência do STF e a doutrina majoritária não consideravam válida a possibilidade de concessão de medidas liminares em ação direta de inconstitucionalidade por omissão. O argumento mais relevante para tanto era o de não se podia, em decisão final, expedir norma com o objetivo de suprir a inércia, quiçá poder-se-ia adotar medidas em caráter liminar. Assim, reputava-se incabível dar efeitos provisórios aquilo que não poderia ser concedido em decisão definitiva.

Ocorre que esse entendimento foi modificado por força da legislação especial, que no art. 12-F e 12-G, traçou, em casos de excepcional urgência e relevância da matéria, a possibilidade do Tribunal, por decisão da maioria absoluta dos seus membros, conceder medida cautelar, após a audiência dos órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão inconstitucional, que deverão pronunciar-se no prazo de 5 (cinco) dias. Luiz Roberto Barroso identifica na possibilidade de medida cautelar uma paulatina mudança na teoria da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, no sentido de lhe dar maior efetividade, vejamos:

Em edições anteriores deste livro constava o reconhecimento de que a matéria só ganharia em interesse se e quando se viesse a entender que o Supremo Tribunal Federal pode e deve, dentro de certos limites, ir além da mera comunicação, procedendo a alguma forma de integração da lacuna inconstitucional.

A Lei n. 12.063 parece anunciar essa evolução, prevendo expressamente a possibilidade de medida cautelar nos casos de excepcional urgência e relevância da matéria. A medida poderá consistir na determinação de que seja suspensa a aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial, bem como na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, ou ainda em outra providência a ser fixada pelo tribunal (art. 12-F, §1º). Essa última previsão, de conteúdo aberto, parece abrir caminho para eventuais decisões de

conteúdo aditivo, não apenas em sede liminar, mas também nos provimentos finais (BAROSSO, 2012 p. 291-292).

Assim, existem outros provimentos cautelares que não implicam na integralização da norma, embora eles indiquem uma flexibilização da teoria clássica dos efeitos da decisão declaratória na ADO. Nesse sentido, é viável a suspensão de processos judiciais ou administrativos até decisão final, como também o reconhecimento de medidas cautelares nos casos de omissões parciais, em que é possível a suspensão da lei questionada por violar o princípio da isonomia. Observa-se ainda, que o relator, julgando indispensável, ouvirá o Procurador-Geral da República, no prazo de 3 (três) dias, antes da decisão interlocutória.

5.1.4 Efeitos da decisão

Os efeitos da decisão da ADO obedecem à regra do controle concentrado de inconstitucionalidade pela via principal, no sentido de terem eficácia vinculante e contra todos. Noutra giro, apresentam efeitos limitados, nos termos do art. 103 §2ª, no qual prescreve que “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”.

Como visto, a presente ação pode ser proposta em face de omissões de todos os poderes, e no caso de ser motivada por omissão de órgão administrativo, após a sua declaração, será dado prazo de trinta dias para o órgão complementá-lo, sob pena de responsabilidade do agente público que não o cumpra. Neta hipótese, admite-se, de forma excepcional, a estipulação de prazo razoável, dependendo da complexidade da matéria. Todo modo, não se presta este estudo ao tema omissão administrativa e sim os casos de omissão legislativa inconstitucional.

Verifica-se, de início, que a omissão legislativa inconstitucional deve derivar de uma norma constitucional não autoaplicável, da existência de dever específico de legislar, além do pressuposto da mora legislativa. Portanto, o primeiro efeito da declaração de inconstitucionalidade por omissão é atestar a mora do órgão na sua *inertia deliberandi* que, mesmo após prazo razoável, se omitiu indubitavelmente na edição de norma regulamentadora obrigatória.

Além de declarar a mora, a decisão dará ciência ao Poder competente para iniciativa da norma, o que vem sendo interpretado pelo STF como meio de reprovabilidade institucional e moral.

Nesse ponto a doutrina reconhece a limitação dos efeitos da ADO frente a uma interpretação literal do texto constitucional, tudo em respeito à separação dos poderes. Mas, por outro lado, critica a obsolescência de um instituto fadado à inefetividade. Talvez por essa razão, em mais de 25 (vinte e cinco) anos de vigência da constituição de 1988, apenas 29 ações foram propostas, enquanto que mandado de injunção chegam às centenas. Na maioria das vezes o ordenamento jurídico é obedecido voluntariamente, mas o sistema não pode ser construído sem meios que lhe garantam o cumprimento forçado, tendo em vista a garantia da unidade e a defesa da própria ordem constitucional.

Como o texto constitucional não contempla outros efeitos e meios de coerção indireta para a edição da norma desenvolveu-se a teoria do prazo razoável, em que a Corte indica um lapso temporal que reputa suficiente para a integração da norma constitucional.

Com a possibilidade de medida cautelar e o desenvolvimento da teoria do prazo razoável, a ADO surge paulatinamente como meio de combate mais efetivo em oposição a omissão constitucional, e caminha, a passos lentos, na evolução de seus efeitos, conforme verificado na decisão da ADO nº 24.

Esta ADO, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil tem por objeto o reconhecimento da omissão do art. 27 da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1988, cujo teor é o seguinte: “O congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação desta Emenda, elaborará lei de defesa do usuário de serviços públicos.” Transcorrido mais de 15 anos da promulgação da EC nº 19/98 e inobstante a determinação de prazo fixado em 120 (cento e vinte dias) para edição da norma, o congresso permanece inerte, muito embora tramite o Projeto de Lei 6.953/2002, substitutivo do PL nº 674/1999. Assim, foi requerida liminarmente a declaração da mora, a ciência do Congresso Nacional para adoção das medidas cabíveis e a determinação para aplicação subsidiária e provisória da Lei nº 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor, enquanto não editada a Lei de Defesa dos Usuários de Serviços Públicos.

O processo recebeu decisão monocrática do Ministro Relator Dias Toffoli, no sentido de deferir, em parte, o pedido de medida cautelar, no sentido de declarar a mora, dar ciência e conceder o prazo de 120 (cento e vinte) dias para que adotem as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional. Deixando, contudo, de deferir o pedido de aplicação subsidiária e provisória do Código de Defesa do Consumidor, até que editada a legislação específica.

A decisão do Ministro Relator deixou em aberto à possibilidade de integração provisória, condicionando a análise mais aprofundada para depois de colhidas informações de outras autoridades, da manifestação do Advogado Geral da União e do Procurador-Geral da República. Essa decisão e o diálogo expresso sobre a viabilidade jurídica de integração provisória no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade por omissão enchem de esperança a doutrina que buscam conceder máxima efetividade às normas constitucionais, que ainda não foi concretizada.

5.2. MANDATO DE INJUNÇÃO

5.2.1 Conceito e objeto

O mandado de injunção é o segundo instrumento que a Constituição de 1988 criou para enfrentar a omissão inconstitucional. Enquanto por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão a matéria é enfrentada de maneira objetiva, no Mandado de Injunção enfrenta-se pela via incidental, na defesa de direitos subjetivos. O controle incidental da omissão está delineado no art. 5º, inciso LXXI, da CF, com a seguinte redação:

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

A origem do instituto causa divergência na Doutrina, segundo Dirley da Cunha Júnior:

Não obstante a proximidade do nosso mandado de injunção com a *equity* do direito inglês, ou com a *injunction* do direito norte americano, ou com a *Verfassungsbeschwerde* do direito alemão, é inegável que se cuida de uma criação brasileira, sem similar no direito comparado. É uma originalidade do direito brasileiro. (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 530)

A doutrina diverge ainda sobre os direitos tutelados pelo mandado de injunção, em síntese, existem três posições²⁶. Na primeira, defendida por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, o objeto é limitado aos direitos civis e políticos, com exclusão dos direitos sociais; na segunda, lideradas por Celso Riberio Bastos e JJ Calmon De Passos, sustenta-se a aplicação aos direitos fundamentais previstos no Título II da Constituição; porém a terceira corrente, majoritária, defende a abrangência de todos os direitos fundamentais, sem distinção.

²⁶ Apud. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**. 2 ed. atual. rev. São Paulo Saraiva 2008.

O Supremo tem dado interpretação extensiva quanto à tutela e quanto ao objeto da ação, podendo a norma regulamentadora ser lei complementar, ordinária, regulamentos, resoluções, portarias, desde que tal omissão inviabilize um direito constitucional. Noutra giro, tem utilizado interpretação restritiva sobre seus efeitos, o que por muitas vezes frustra os propósitos da máxima efetividade da constituição.

5.2.2 Legitimidade, Competência e Procedimento

A competência originária e recursal para apreciá-lo está esparsa em diversos artigos constitucionais, porém concentrados nos tribunais (art. 102, I, q e II, a, no STF; art. 105, I, h, no STJ e art. 121, §4º, v, no TRE). A concentração da competência nos tribunais tem a função de dar maior garantia da uniformização dos julgados, evitando decisões desiguais ou conflitantes. Tal fato também conduz a conclusão de que adota-se em relação a omissão inconstitucional o controle difuso mitigado, por não são todos os juízes e tribunais competentes na matéria.

O critério conferido pela constituição na distribuição da competência está relacionado com autoridade que deveria ter criado a norma faltante. Dessa, forma a competência é determinada pelo polo passivo da demanda, que será a autoridade pública a quem incumbiria à edição da forma inexistente. Tendo em vista a ausência de disposição expressa na constituição federal, atribui-se, por simetria, aos Tribunais de Justiça os mandados de injunção em relação ao parâmetro constitucional estadual.

O mandado de injunção tem como legitimado ativo qualquer pessoa física ou jurídica que titularize um direito constitucionalmente garantido e dependente de regulamentação, além dos partidos políticos com representação no Congresso Nacional, as organizações sindicais e entidade de classe ou associações legalmente constituídas há pelo menos um ano, em defesa dos seus associados, ou ainda o Ministério Público, nas demandas coletivas.

A cerca da legitimidade passiva, como dito anteriormente, o STF posicionou entendimento de que recai somente ao órgão responsável pela expedição da norma regulamentadora. Muito embora o entendimento jurisprudência, a doutrina sugere a inclusão da parte privada ou pública que suportará o ônus de eventual concessão injuncional, no polo passivo, em litisconsórcio necessário. Assim, estariam atendidas as necessidades de ciência da casa legislativa e da participação da hipotética prejudicada pela ordem de injunção.

Por se tratar de norma de eficácia plena, o mandado de injunção detém aplicabilidade imediata e vem se aplicando por analogia o mesmo procedimento do mandado de segurança.

5.2.3 Efeitos da decisão

No curto período histórico do mandado de injunção, criado pela Constituição de 1988, três correntes doutrinárias se ocuparam de definir os efeitos de sua decisão.²⁷ A primeira, tese da *subsidiariedade ou não concretista*, conclui que a decisão deve declarar a inconstitucionalidade da omissão normativa e dar ciência ao órgão competente para adoção das medidas pertinentes. Observam-se nesta tese os mesmos efeitos originários da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

A segunda tese, *resolutiva ou concretista individual*, credita efeitos do mandado de injunção para viabilizar, no caso concreto e entre as partes, o exercício imediato de liberdades e direitos tolhidos pela ausência da norma regulamentadora.

Por fim, uma terceira tese, de cunho *concretista geral ou da independência jurisdicional* entende que no julgamento de mandado de injunção, o poder judiciário deve elaborar a norma faltante para suprimir a ausência com eficácia *erga omnes*.

5.2.3.1 Tese da subsidiariedade ou não concretista (MI 107-DF)

No primeiro momento, as decisões tiveram como efeito o reconhecimento da omissão legislativa e posterior ciência ao órgão competente pela edição da norma para que adotasse as providências a fim de sanar a mencionada lacuna inconstitucional. Como podemos observar no *leading case* MI nº 107 de 1989:

" MANDADO DE INJUNÇÃO. QUESTÃO DE ORDEM SOBRE SUA AUTO-APLICABILIDADE, OU NÃO.- Em face dos textos da Constituição Federal relativos ao mandado de injunção, é ele ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o art. 5º, LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º, da Carta Magna), e de que se determine, se se tratar de direito constitucional oponível contra o Estado, a suspensão dos processos judiciais ou administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse a omissão inconstitucional. -Assim, fixada a natureza jurídica desse mandado, é ele, no

²⁷ Classificação proposta por André Puccinelli na sua obra; a omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do Estado Legislador. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 186.

âmbito da competência desta Corte - que está devidamente definida pelo art. 103, I, q -, auto executável, uma vez que, para ser utilizado, não depende de norma jurídica que p regulamente, inclusive quanto ao procedimento, aplicável que lhe é analogicamente o procedimento do mandado de segurança, no que couber. Questão de ordem que se resolve no sentido da auto-aplicabilidade do mandado de injunção, nos termos do voto do relator."²⁸ (Grifo nosso)

Nesse sentido, o efeito da decisão judicial no referido Mandado de Injunção marcou o reconhecimento de seu caráter *declaratório mandamental*, pois se limitava a reconhecer a mora na edição da norma, dando ciência ao omissor, sem gerar nenhuma obrigação que vinculasse o Poder Legislativo, nem integralização da norma faltante.

A *ratio decidendi* da Corte do STF se baseava no entendimento clássico da separação dos poderes, que remontam os preceitos iluministas do Estado Liberal Clássico, no qual a cada Poder deve velar pela sua atividade típica com absoluta independência. Assim, entendia o STF, que caso fosse além da declaração e ciência, estaria violando, ainda que provisoriamente, o princípio da separação dos poderes, uma vez que não é possível um Poder interferir na atividade do outro.

O voto do Ministro Morreira Alves, além da repartição dos Poderes, argumentou que o STF não poderia colmatar a lacuna, uma vez que lei posterior à omissão não poderia modificar o acórdão constitutivo proferido em virtude da formação da coisa julgada, contida no inciso XXXVI, do art. 5º da CF/88. Ademais, consignou que em razão das normas de competência, era possível concluir que a aceitação da regulamentação do caso conduziria, inevitavelmente, a uma diversidade de regulamentações individuais do mesmo dispositivo constitucional.

O entendimento que negava qualquer efeito constitutivo ao Mandado de Injunção, sob pena de substituir a atividade do legislador em caso de preenchimento da lacuna, inviabilizou por longo período o instituto do mandado de injunção. Com essa interpretação, o STF igualou o mandado de injunção à ação direta de inconstitucionalidade por omissão e acumulou diversas críticas por parte da doutrina, uma vez que existiam dois remédios constitucionais para defesa da omissão, mas nenhum se destinava a solucioná-la. Maria Cecília Cury Chaddad (2011, p. 100) afirma que “o Supremo Tribunal Federal tem analisado o mandado de injunção, em especial aos pressupostos autorizadores de seu uso, de uma forma bastante restritiva, minimizando, sobremaneira, o uso do instituto”.

²⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **MI 107 QO**, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 23/11/1989, DJ 21-09-1990 PP-09782 EMENT VOL-01595-01 PP-00001)

Destaca-se, portanto, a apatia do judiciário frente a esse tipo de inconstitucionalidade. Mesmo com um novo instrumento incidental, aparentemente, não existiam soluções judiciais adequadas para que a decisão integralizasse a norma constitucional de eficácia limitada. Dessa forma, autores como Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Hely Lopes Meirelles²⁹ não vislumbravam o mandado de injunção como instrumento de concreção do direito titularizado pelo impetrante. Assim, na decisão desse remédio constitucional “placebo” o judiciário deu-se por satisfeito com ciência do órgão competente para que adotasse as providencias necessárias, “rejeitando qualquer ônus político de uma competência normativa que não desejava”. (BARROSO, 2012, p. 171). Se por um lado sepultou as esperanças de suprir a omissão legislativa, também inadmitiu a fruição imediata do direito postulado pela parte impetrante.

5.2.3.2 Tese resolutiva ou concretista individual (MI 283 e 721)

A corrente concretista individual ou tese resolutiva cindiu com a interpretação restritiva do mandado de injunção, ao reconhecer que se o Constituinte criou dois mecanismos para combater a omissão legislativa inconstitucional, sendo o primeiro de natureza objetiva e abstrata (ADO) e o segundo de caráter incidental e subjetivo, certamente seus efeitos deveriam ser diversos, do contrário unificar-se-iam em uma única disposição. Assim, considerando-se controle difuso de inconstitucionalidade, imperioso o reconhecimento da omissão para o caso concreto e conseqüente colmatando individual a norma para o caso específico, com efeitos *inter partes*, admitindo-se, como medida cautelar ou de tolerância, a fixação de prazo para regulamentação.

Esse entendimento justifica-se no fato de que a ação direta de inconstitucionalidade tem por objetivo a defesa da ordem jurídica, enquanto o mandado de injunção visa proteger os direitos subjetivos e liberdades constitucionais ou prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.³⁰

A ruptura do precedente não concretista surgiu nos julgados do Mandado de Injunção 232 e 283/DF, nos quais, mesmo invocando o MI 107 (não concretista), admitiu-se, além da declaração da omissão e da ciência ao órgão, o estabelecimento de um prazo razoável para a

²⁹ Em FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 325-326.

MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 141.

³⁰ Entendimento já defendido pelo Ministro Carlos Mário da Silva Veloso no MI 95-6-RO, no qual restou vencido. (STF julgado em 16 março de 1995 pub DJ 4-4-1995, Seção I)

purgação da mora legislativa inconstitucional pelo Parlamento. Caso a mora subsistisse, a lacuna seria preenchida por força de decisão judicial, até que sobreviesse regulamentação. *In verbis*:

MANDADO DE INJUNÇÃO: mora legislativa na edição da lei necessária ao gozo do direito a reparação econômica contra a União, outorgado pelo art. 8., par. 3., ADCT: **deferimento parcial, com estabelecimento de prazo para a purgação da mora e, caso subsista a lacuna, facultando o titular do direito obstado a obter, em juízo, contra a União, sentença líquida de indenização por perdas e danos. 1. O STF admite - não obstante a natureza mandamental do mandado de injunção (MI 107 - QO) - que, no pedido constitutivo ou condenatório, formulado pelo impetrante, mas, de atendimento impossível, se contem o pedido, de atendimento possível, de declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra** (cf. Mandados de Injunção 168, 107 e 232). 2. A norma constitucional invocada (ADCT, art. 8., par. 3. - "Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica n. S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e n. S-285-GM5 será concedida reparação econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição" - **vencido o prazo nela previsto, legitima o beneficiário da reparação mandada conceder a impetrar mandado de injunção, dada a existência, no caso, de um direito subjetivo constitucional de exercício obstado pela omissão legislativa denunciada. 3. Se o sujeito passivo do direito constitucional obstado e a entidade estatal a qual igualmente se deva imputar a mora legislativa que obsta ao seu exercício, e dado ao Judiciário, ao deferir a injunção, somar, aos seus efeitos mandamentais típicos, o provimento necessário a acautelar o interessado contra a eventualidade de não se ultimar o processo legislativo, no prazo razoável que fixar, de modo a facultar-lhe, quanto possível, a satisfação provisória do seu direito. 4. Premissas, de que resultam, na espécie, o deferimento do mandado de injunção para: a) declarar em mora o legislador com relação a ordem de legislar contida no art. 8., par. 3., ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e a Presidência da República; b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada; c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação a reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem; d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável.: (grifo nosso).³¹**

Nesse julgado pode-se auferir, ainda que embrionária e talvez despropositadamente, a aplicação da *transformation* do *common law* no sistema brasileiro, uma vez que não foi expressamente admitida à revogação do precedente do MI 107/DF (*overruling*), porém o caso também não foi distinguido absolutamente do original (*distinguishing*). Observa-se no caso o que explica Marinoni (2013, p 342):

Mediante a *transformation*, a Corte nega o conteúdo do precedente, mas deixa de expressar isso formalmente, através do *overruling*. Ou seja, no *overruling* a Corte

³¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **MI 283**, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/1991, DJ 14-11-1991 PP-16355 EMENT VOL-01642-01 PP-00001 RTJ VOL-00135-03 PP-00882

expressamente anuncia a revogação do precedente, enquanto que na *transformation* isso não acontece.

O resultado obtido na decisão que fez o *overruling* não é compatível com o resultado do precedente revogado. Na *transformation*, porém, tenta-se muitas vezes compatibilizar o resultado do precedente transformado com o resultado alcançado no caso sob julgamento.

(...)

... a *transformation* admite equívoco na tese então sustentada, mas não aceita que a corte tenha cometido impropriedade ao julgar o caso anterior. O *overruling* constitui confissão de que não apenas a tese está equivocada, mas também de que a Corte errou ao decidir em favor de uma das partes e não da outra.

Dessa forma, ainda que inconscientemente, a Corte superou o precedente anterior, complementando-o a fim de que, supletivamente a declaração da mora e a ciência ao órgão responsável, se estabelece um prazo razoável para suprir a omissão, sob pena do livre exercício do direito constitucionalmente amparado, em pleito individual.

A corrente concretista individual possibilita ao impetrante, em caso de procedência, a fruição imediata do direito negligenciado pela norma infraconstitucional. Observa-se que a norma individual criada pelo Poder Judiciário pouco se distancia das normas jurídicas concretas originadas da sua atividade típica na solução de controvérsias. Dessa maneira, a decisão judicial preenche a norma no caso concreto, mas não elimina a lacuna no sistema jurídico abstratamente. Nesse sentido, leciona CLEVÉ (2000, p. 376) que “o papel do judiciário então, não seria o de legislar, mas o de aplicar o direito ao caso concreto, revelando a normatividade já inscrita no dispositivo constitucional, e removendo eventuais obstáculos à sua efetividade.”. André Puccinelli destaca obrigatoriedade jurisdicional de fornecer ao jurisdicionado uma tutela individual adequada, em observância ao princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5, XXXV, CF).

“O mandado de injunção, por sua natureza, torna-se inescusável o dever judicial de transpor o vazio normativo para atender à pretensão vindicada pelo impetrante. Isto ocorre porque, além de se dirigir à concretização de direitos fundamentais que vinculam todos os Poderes Públicos a ser imediatamente aplicável nos termos do art. 5º da CF, a mencionada garantia deflui do princípio do amplo acesso ao Poder Judiciário, cujo aspecto mais sensível se manifesta na proibição de non liquet, que impõe aos órgãos judiciais a obrigação de decidir todas as causas que cheguem ao seu conhecimento.” (PUCCINELLI, 2007 p. 191)

Outro precedente que adotou a teoria concretista individual foi o MI 232/RJ, que detinha como paradigma o art. 197, § 7º, da CF, pelo qual “são isentas de contribuição para a seguridade social às entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.” Interpretando-se a norma como de eficácia limitada, uma vez que a imunidade tributária seria extensível apenas as entidades beneficentes que atendessem certos requisitos legais, o STF determinou a ciência do Congresso Nacional na mora e estabeleceu prazo de seis meses para que fossem adotadas as medidas legislativas adequadas, sob pena de,

vencido o prazo sem a obediência da medida, a entidade impetrante passasse a gozar da imunidade tributária esculpida na constituição.

Apesar dos exemplos apresentados, o STF ainda não reconheceu definitivamente os efeitos concretistas *inter partes* a todos os Mandados de Injunção, bem como não explorou toda a potencialidade desse instituto.

5.2.3.3 Concretista geral ou tese da independência jurisdicional (MI 708/788)

A corrente concretista geral flexibiliza a interpretação constitucional primeiramente fixada pelo MI 107, para conferir maior abrangência à garantia fundamental do mandado de injunção como meio de admitir soluções normativas para proteção judicial de direitos fundamentais amparados constitucionalmente e não exercidos por falta de norma regulamentadora. E vai além das teses resolutiva, na medida que estabelece o parâmetro normativo com efeitos *erga omnes*.

A decisão do mandado de injunção, devido a sua natureza incidental de controle difuso de constitucionalidade mitigado (de competência dos tribunais), divide opiniões se é dirigida a obrigar a autoridade competente na edição da norma; ou se dirigida ao julgador, que decidirá o caso concreto colmatando a lacuna legal.

Considerando o mandado de injunção remédio cabível 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; é mais provável que a segunda seja a solução pretendida pelo constituinte originário. Até mesmo porque, a vinculação da autoridade na edição da norma, apenas em razão da lide individual, não parece lógica em confronto com disposto em tutela abstrata (ADO), na qual não contempla essa obrigação expressamente, mas sim a mera ciência. De toda sorte, adotada a segunda hipótese, por mais que os efeitos sejam *inter partes*, indubitavelmente repercutirão para além da lide, pois nos demais casos o tribunal não poderá se afastar do conteúdo colmatado, sob pena de violação ao princípio da isonomia.

Por esse motivo, defende-se, inclusive, uma propensa extensão dos efeitos do mandado de injunção - que nasceu de uma demanda individual suplementada por decisão judicial, para dar efetividade a um direito subjetivo individual - para todos, abstratamente. Se for certo que um único fato desencadeou o mandado de injunção, também será certo que o direito à legislação complementada por decisão judicial não pode ser diferente das premissas

normativas de outros casos, ainda que faticamente diversos. Explica-se: se o art. 40, §4º, inciso III da CF estabelece condições diferenciadas de aposentadoria aos servidores públicos sob condições especiais que prejudiquem a saúde e a integridade física. E, em mandado de injunção, o tribunal entende que deve ser aplicada analogicamente a disposição do Regime Geral de Previdência Privada, ainda que os fatos de outra demanda sejam diferentes (no grau de insalubridade, por exemplo), a premissa legal tem de ser a mesma, a fim de evitar benefícios indevidos a determinadas pessoas. Decisão diferente resultaria em verdadeira discriminação e acepção entre jurisdicionados e não atende ao princípio da isonomia.

Considerando o estudo sobre o controle difuso de constitucionalidade, verifica-se que os efeitos do mandado de injunção e o sistema difuso guardam em si uma impropriedade lógica, pois se é verdade que o mandado de injunção constitui meio difuso de controle de inconstitucionalidade, também é verdade que a Constituição estabeleceu a competência concentrada nos tribunais. Assim, diferente da lógica do controle difuso - elaborado pelo sistema americano-, no qual qualquer juiz é capaz de declarar incidentalmente uma norma inválida para determinado caso concreto, - no caso da omissão, não se trata da invalidade da norma constitucional para um caso, ou ainda sua interpretação conforme, mas sim a eficácia limitada (não autoaplicável) da norma constitucional que prescreve um direito que não pode ser integralmente eficaz por falta de norma regulamentadora. Assim, não há exata correlação lógica do controle difuso por ação com o controle difuso da inconstitucionalidade por omissão. O fundamento de controle e a competência são diversos.

Dessa maneira, o próprio sistema jurídico, na Constituição, entendeu que, para dar maior uniformidade as demandas que carecem de regulamentação, é mais salutar que, ainda que sob um aspecto difuso, sejam demandadas nos tribunais. A proposta de concretização geral e abstrata em nada viola a ordem constitucional, considerando-se que para todos os indivíduos que ingressarem com mandados de injunção, ainda que pautados em casos concretos diversos, o tribunal deve formular uma resposta igualitária que concretize por igual a demanda que enfrenta, bem como qualquer outro que seja formulado, mesmo que o caso individual apresente dados fáticos diversos. A teoria concretista atende as necessidades da força normativa da Constituição e garantem à isonomia, sem perder a provisoriedade da decisão. Essa análise foi realizada por Luiz Roberto Barroso da seguinte passagem:

Em edições anteriores, defendi a desnecessidade do mandado de injunção, uma vez que a decisão produzida limitava-se à notificação do Poder omissor. Entendia também que os juízes, ao identificarem uma lacuna normativa capaz de impedir o exercício de um direito, deveriam, como regra, integrar a ordem jurídica, tal como determina o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Embora essa possibilidade subsista, é possível cogitar de uma utilidade prática na

preservação do mandado de injunção, diante de sua reabilitação pela nova linha jurisprudencial firmada pelo STF. **É que a concentração da competência para apreciá-lo nos tribunais, sobretudo no STF, propicia a possibilidade de decisões em caráter geral, em benefício da isonomia.** (Luiz Roberto Barroso, 2012, pag. 177 nota de rodapé 176).

Relembra-se que, para efeito de admissão do mandado de injunção, é necessária violação de normas constitucionais de eficácia limitada (classificação de José Afonso da Silva) definidora de direitos (classificação de Luis Roberto Barroso). Para os demais casos o único meio admissível no ordenamento ainda se restringe a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, pela via principal.

Destaca-se também que com esse entendimento, não haveria uma subversão da separação dos poderes, seja pelo atual quadro de relativização das funções típicas e atípicas de cada instituição, seja pelo dever do Poder Judiciário no controle de constitucionalidade e defesa dos direitos fundamentais. Ademais, as normas de eficácia limitada definidoras de direitos não autoaplicáveis estão relacionadas em rol taxativo, evitando descontrole no uso dessa competência. O que não é aceitável é um quadro subversão da hierarquia das normas, com a falência da supremacia constitucional, visto que o legislador ordinário se arroga no poder de impedir que um direito conferido pela Lei Maior opere seus efeitos (BARROSO, 2012 p.166).

Como tido anteriormente, o cidadão não pode aguardar o voluntarismo político de direitos subjetivos já garantidos na Constituição, que até o momento se mostram como promessas vazias, destituídas de efeitos concretos.

Há que se distinguir o limite dos efeitos *inter partes* do Mandado de injunção em relação à situação fática oponível (individual) e o direito subjetivo à legislação (abstrato). A resolutividade do direito subjetivo individual sempre será de efeitos entre as partes, mas seus pressupostos e premissas devem ser compartilhados abstratamente, a fim de não gerar privilégios àqueles melhor beneficiados com o acesso à jurisdição.

A tese que parecia utópica, ganhou primeiro exemplar no direito posto no caso da ausência de lei regulamentadora de greve dos servidores públicos, prevista no art. 37, VII da CF. No MI 708, o STF teve a oportunidade de enfrentar novamente o tema omissão legislativa inconstitucional e aplicar a um caso concreto, além de reconhecer a omissão e cientificar o órgão responsável, colmatar a norma omitida, desta feita, com eficácia *erga omnes*.

Para fundamentar a possibilidade de impor efeitos contra todos no âmbito do Mandado de Injunção, vários argumentos foram apresentados cumulativamente, além dos requisitos da

mora legislativa e da violação a um direito fundamental. O primeiro deles foi à evolução do tema na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, uma vez que já estava em debate por longo período, com a devida maturidade. O segundo diz respeito à existência de parâmetros de competência constitucional para apreciação do direito de greve de servidores públicos no âmbito da Justiça Federal e da Justiça Estadual até a edição da legislação específica, em observância aos princípios da segurança jurídica.

Os outros argumentos destacados foram às sucessivas declarações de mora e as reiteradas fixações de prazos, a fim de que o Congresso Nacional legislasse sobre o tema. Ademais, vale lembrar que se trata de um dever específico de legislar e, mesmo após seguidas prorrogações do prazo razoável para expurgar a omissão, a norma não tinha perspectivas de ser promulgada.

Nesse sentido, o STF entendeu que, nos casos em que a omissão já é fossilizada, existem sérios riscos de haver grave omissão legislativa, incompatível com ordem jurídica do Estado Democrático de Direito. A inercia do judiciário em dar concretude à norma constitucional figuraria como verdadeira omissão jurisdicional de inconstitucionalidade por omissão, inaugurando-se novo tipo de omissão inconstitucional. Também foi destacado que a não regulamentação se torna danosa não apenas para os eventuais grevistas e o Estado, mas para toda sociedade, em virtude de envolver uma série de questões de interesse público, haja vista refletir na paralização de serviços públicos, geralmente, de caráter essencial.

. Todavia, o ponto de maior destaque que deu subsídio para aplicação da tese concretista geral foi à existência de legislação sobre o tema no setor privado, podendo, assim, aplicarem-se analogicamente as Leis 7.701/88 e 7.783/89, que preveem a regulamentação da greve privada, agora à Administração Pública.

Talvez, a ideia anterior dos efeitos apenas entre as partes, típicos da corrente concretista individual, esteja vinculada ao pensamento individualista do Estado Liberal. Nesse contexto, de Estado mínimo e de tutela individual das lides, o provimento jurisdicional sempre foi declaratório, para posterior execução por meio de processo autônomo. Também não existia a noção de tutela coletiva de demandas judiciais, que no máximo, contemplava o litisconsórcio das partes no processo de conhecimento. Assim, o sistema não foi pensado para defesa de direitos coletivos, difusos ou individuais homogêneos, que foram paulatinamente sendo inserido no direito material e processual em todo o mundo. Evidentemente, há que se repensar o mandado de injunção, principalmente após a larga utilização do mandado de

injunção coletivo como meio expandir os efeitos de decisão jurídica a maior número possível de pessoas.

5.3 As questões da separação dos poderes

De acordo com a doutrina do Estado Liberal Clássico que estabeleceu a divisão tripartite e orgânica dos poderes, o Poder Executivo, Legislativo e Judiciário possuem funções típicas bem definidas, sendo vedada a interferência de um sobre o outro, de modo a formar um sistema de poderes independentes e harmônicos entre si (art. 1º parágrafo único da CF). Mesmo com a evolução da Teoria Geral do Estado e a existência do sistema de “freios e contrapesos”, o princípio da separação dos poderes constitui um dos mais fortes dogmas do Estado Contemporâneo. Nesse sentido, questiona-se se é possível controle judicial em face de omissão legislativa; se é possível o Poder Judiciário obrigar o Legislativo a produzir normas; se eventual controle viola a separação dos poderes; e qual a legitimidade do Poder Judiciário nessa atividade. Esse questionamento também foi feito por José Afonso da Silva, que identifica uma ironia, pois constata a ausência de sanção jurídica específica para o entrave. Vejamos:

O problema que se ergue de imediato é o de saber qual o valor das normas constitucionais que impõem ao legislador o dever de legislar na forma prevista. Em outras palavras: qual a natureza jurídica da obrigação constitucional imposta ao legislador no sentido de emitir normas integrativas? A observação, colhida na prática constitucional, demonstra que aquela obrigatoriedade é de pequena eficácia, visto que, ao menos juridicamente, não se pode constranger o legislador a legislar, nem mesmo naqueles casos em que lhe é pré-fixado. Se o comando impositivo não for cumprido, a omissão do legislador poderá constituir um comportamento inconstitucional, que agora é sindicável e controlável jurídica e jurisdicionalmente, por força do §2º do art. 103 da Constituição de 1988, segundo o qual, ‘declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para adoção das providências necessárias (...)’. Mas, como já anotamos em outro livro, a mera ciência ao Legislativo pode ser ineficaz, já que ele não está obrigado a legislar, porque, nos termos estabelecidos, o princípio da discricionariedade do legislador continua intacto, valendo, assim ainda, a advertência de Levi de que ninguém é legitimado para o exercício de um pretensão jurídica objetivando o adimplemento de tal prestação por parte dos órgãos legislativos – isto é, ninguém tem direito subjetivo à aprovação de qualquer lei, ainda que detenha no texto da constituição. Embora talvez não caiba mais outra observação de Levi, lembrada nas edições anteriores desta monografia, segundo a qual era forçoso concluir que ‘ aqui se trata de um obrigação de natureza política e não jurídica’. Certamente que, tendo a Constituição reconhecido a inconstitucionalidade por omissão, a obrigação de legislar especialmente após o reconhecimento jurisdicional desta inconstitucionalidade, tem natureza jurídica e moral. Falta-lhe, porém, sanção específica (SILVA, 2012, p. 126-127).

Com o advento da Constituição contemporânea, ante a complexidade das relações sociais, novas funções típicas e atípicas foram agregadas aos Poderes Estatais. Destaca-se nesse novo contexto a função típica do Judiciário na defesa dos direitos fundamentais e no controle de constitucionalidade. Além disso, própria constituição passou a reunir novos direitos de cunho social (direitos de segunda e terceira dimensão), impondo um agir do Estado.

Nesse contexto, indagam-se os limites da obrigação imposta pela Constituição ao legislador constituído, no sentido de emitir normas específicas. Sob uma visão não concretista, a resposta é que não se pode constranger o legislador no seu ofício político, sob pena de afronta ao princípio da separação dos poderes. Dessa maneira, julgam que o dever jurídico limita-se a declarar a inconstitucionalidade por omissão e dar ciência ao Poder competente pela emissão da norma. Essa compreensão conservadora, garante a estabilidade dos órgão de poder, mas compromete a máxima efetividade e a supremacia da Constituição.

A prática mostra que a mera ciência, sem meios de coação, uma vez que em última análise o Poder Legislativo não está obrigado a legislar, torna-se tão ineficaz quanto o estado anterior da declaração. Com o tempo, a ciência jurídica aprendeu que a declaração do direito sem meios de executá-los torna-o infecundo e odioso. Ademais, se por um lado protege as instituições de certo desgaste político, fragiliza a ordem constitucional com a frustração de direitos aos quais já se pensava ter conquistado.

Com essa análise não se pretende chegar à conclusão da necessidade do engessamento do Poder Legislativo na sua discricionariedade política de como legislar, mas tão somente na necessidade de operacionalizar meios jurídicos de garantir a efetividade das normas constitucionais, sob pena de subversão da ordem escalonada das normas no ordenamento jurídico. Para evitar que a norma de hierarquia superior fique subordinada à vontade de um Poder constituído que se abstém em elaborar a norma de hierarquia inferior integralizadora, em notável violação à lógica racional.

Se a doutrina clássica da corrente não concretista, por razões conservadoras, entende que não se pode juridicamente constranger o legislador a legislar, explique-se conservadoramente a inefetividade da norma ápice do ordenamento jurídico pela involuntariedade de um poder constituído.

Há que impor medidas de inovação, que promovam mudanças no mundo dos fatos. A sociedade que acredita na constituição e credita aos poderes constituídos a missão de organização estatal não pode tolerar a emissão de “promessas vazias”.

Desta feita, o argumento de que a dever específico de legislar deriva de uma obrigação de natureza política e não jurídica, certamente não pode ser reconhecida pelo Poder responsável pelo controle de constitucionalidade omissiva e comissiva da Constituição. Nesse sentido a omissão legislativa passa a ser matéria jurídico-constitucional e não meramente política.

Como visto, todas as normas constitucionais possuem algum grau de eficácia, até mesmo as normas de eficácia limitada, tem o condão de deflagrar uma ação de inconstitucionalidade por omissão, ou revogar disposições contrárias, por exemplo. Assim, a questão sobre a concretização da norma de eficácia limitada encontra seu limite na decisão jurídica de até que ponto a norma constitucional dependente de regulamentação possui eficácia no sistema jurídico. Ou seja, diante da relevância e da densidade normativa, até que ponto, mesmo sem legislação, as barreiras jurídicas da eficácia podem ser retiradas para que a norma produza efeitos concretos em busca da pretendida efetividade.

Certamente algumas, por impossibilidade fática, e não jurídica, não poderão ser integradas por força de decisão concretista do Poder Judiciários, a elas corretamente são dadas o nome de programáticas, pois envolve agendas e programas de gestão de política públicas, cuja decisão é de governo. Não podem ser equiparadas as normas que definem a proteção especial do Estado à família (art. 226, da CF) com a norma sobre o direito de greve dos servidores públicos, nos termos da lei (art. 37, VII, da CF). As formas de concretização do primeiro não pode ser judicial, pois indicam fins, cujos meios não nasceram para decisão jurídica, mas política.

5.4 A SUMULA VINCULANTE Nº 33

No curso da elaboração deste trabalho, deparamo-nos com uma forma inusitada de completude da omissão constitucional, ainda não comentada nos manuais. A despeito da ADO e do MI, verificou-se que o STF lançou mão do instituto da Súmula Vinculante para dar efeitos gerais, abstratos e *erga omnes* a um típico caso de omissão legislativa inconstitucional de norma de eficácia limitada definidora de direitos.

A súmula vinculante sepulta, com efeitos abstratos e *erga omnes*, a omissão presente no art. 40, §4º, inciso III da CF com redação dada pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005, em que:

“ Art. 40 É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores:

(...)

III cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.”

É certo que a súmula vinculante é meio de uniformização da jurisprudência sobre matéria em que haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública acerca das quais que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. Também é sabido que o STF detém competência exclusiva, e poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprová-la com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, como dispões o art 103-A da CF. Entretanto, ainda não existiam súmulas que tratassem do tema da inconstitucionalidade por omissão. Até que sobreveio a edição da Súmula Vinculante nº 33, integralizando a norma de eficácia limitada, nos seguintes termos:

SÚMULA VINCULANTE Nº 33 Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial de que trata o art. 40,§4º, inciso III da Constituição Federal, até a edição de lei complementar específica.

Ainda que a seja discutível o uso de súmula vinculante para tal finalidade, é indiscutível afirmar que esta deu efeitos *erga omnes* ao tema, utilizando-se da mesma razão de decidir dos MI 708 e 788. Ou seja, estendendo ao setor público legislação análoga criada para o setor privado. Foram aplicadas no presente enunciado, as regras do Regime Geral de Previdência Social, para regulamentar, ainda que provisoriamente, com efeito *erga omnes*, omissões legislativas constitucionais do setor público para casos futuros.

6 CONCLUSÕES

Diante do exposto, verifica-se que o estudo da omissão legislativa constitucional, compreendida como espécie de omissão inconstitucional, ainda é fenômeno recente para a ciência jurídica, que inicia no entendimento de seu conteúdo e limites. De toda sorte, o reconhecimento da omissão legislativa é complexo e não se pauta pelos mesmos pressupostos da inconstitucionalidade por ação. Assim, enquanto a inconstitucionalidade por ação realiza a análise da validade da norma frente à constituição, a omissão inconstitucional identifica nas normas de eficácia limitadas (ou não autoaplicáveis) a origem de um dever específico de legislar, imposto pela própria Lei Maior.

Para tanto, o sistema de controle de constitucionalidade pressupõe a existência de rigidez e supremacia constitucional, a fim que a Constituição esteja em posição hierárquica superior em relação às demais normas internas e detenha um processo mais dificultoso na alteração de suas normas.

A Constituição da República Federativa do Brasil 1988, no contexto de um Estado Democrático de Direito, utiliza-se de normas de eficácia limitada para impor obrigações específicas de legislar ao poder constituído, que se não a obedece, incorre em mora legislativa e dar azo à omissão legislativa inconstitucional. Nesse contexto, a própria Constituição concebeu dois remédios para enfrentar esse problema, o Mandato de Injunção, art. 5º, LXXI, para tutela incidental e concreta de direitos subjetivos constitucionais e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, art. 103, §2º, para o controle abstrato pela via principal.

Em que pese à existência de tais institutos na defesa da ordem constitucional, a postura de jurisprudência e de parte da doutrina ainda é muito conservadora acerca da sua utilização destes para o preenchimento da lacuna, em virtude de suposta violação ao princípio da separação dos poderes. Por outro lado, a continuidade da lacuna representa erosão da consciência constitucional e intensifica a síndrome da inefetividade das normas constitucionais.³² Como forma de compatibilizar as duas posições, busca-se uma tese concretista no que se refere à tutela por meio do mandado de injunção - com pressuposto de admissibilidade a impossibilidade de exercício de Direito Constitucional pela ausência de norma regulamentadora – tendo em vista a preponderância do princípio da efetividade sobre a separação dos poderes. Sem que com isso este seja anulado em razão daquele, considerando-se que a colmatação é precária e provisória, até que sobrevenha legislação cabível. Sugere-se

³² STF ADI 1.484/DF, Rel. Min Celso de Mello.

o mesmo caminho para a tutela abstrata por via de Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, reconhecendo a maior limitação do texto constitucional, que preferiu, sob interpretação literal, apenas conceder caráter declaratório e mandamental ao referido instituto.

A tese concretista se impõe, até que provenha regulamentação posterior, de outro modo que o próprio Poder Judiciário não incorra em omissão judicial inconstitucional, seja por violação à inafastabilidade da jurisdição, acesso à justiça ou mesmo desobediência ao princípio da isonomia.

Há que se reconhecer, entretanto, que a técnica jurídica não é capaz de substituir todos os casos de omissão legislativa inconstitucional, uma vez que nos casos das normas programática preservem-se juízos de conveniência e oportunidade de cunho político. Entretanto, o mérito político não pode ser invocado para eximirem-se de dar efetividade plena as normas de eficácia limitada que garantem direitos subjetivos não autoaplicáveis por ausência de norma regulamentadora infraconstitucional. Dessa forma, através de uma releitura da separação estrita dos poderes, amplamente aplicada no Estado Democrático de Direito, reputa-se como necessária a atuação mais representativa do Poder Judiciário na missão preservar a máxima efetividade das normas constitucionais, na atividade típica de controle de constitucionalidade.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira.** 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo.** 1ª ed. São Paulo: Saraíva, 2009.

_____. **O controle da constitucionalidade no direito brasileiro.** 6 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico.** Trad. Cláudio de Cicco e Maria Celeste C.J. Santos. São Paulo : Ppolis e UnB, 1989.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 14. Ed. Malheiros, 2004.

_____. **Estado Liberal ao Estado Social.** 7. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e a teoria da constituição.** 2010.

_____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador:** contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra ed.,1982.

CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado.** 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição.** 2 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008

DINIZ, Maria Helena. **Normas constitucionais e seus efeitos.** São Paulo: Saraiva, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **“Passado e Futuro del Estado de derecho” Neoconstitucionalismo(s).** Miguel Carbonell (coord.) 2 ed. Madrid: editorial Trotta, 2005, p. 28

FERARRI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de constitucionalidade.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Inconstitucionalidade por omissão:** uma proposta para a constituinte. Revista de informação legislativa, Brasília, n.89, jan./ mar. 1986.

GRAU, Erros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

HAGE, Jorge. **Omissão inconstitucional e direito subjetivo**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

HÄRBERLE, Peter. **Hermeneutica Constitucional: a sociedade Aberta dos Intérpretes da constituição**. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado, 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 5 ed. Rio de Janeiro: lumem Juris, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3 ed. Rrev. Aactual. E ampli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 342.

MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. **Controle de Constitucionalidade – Aspectos Jurídicos e Políticos**. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato das normas no Brasil e na Alemanha**. 3 ed. São Paulo: saraiva, 1999. P 3

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23 ed. São Paulo: atlas, 2008. P. 10

PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. 2. ed. ver. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. **A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do Estado Legislador**. São Paulo: Saraiva, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6 ed., 2 tir. São Paulo: Malheiros, 2003a.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2003b.

_____. **Mandado de injunção e Habeas data**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989.