

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em
Direito Público

Cinthya Luna Betini

A atuação do Estado-Juiz diante das Omissões
Legislativas

Brasília – DF

2008

Cinthyia Luna Betini

A atuação do Estado-Juiz diante das Omissões Legislativas

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Público, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* de Direito Público do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientadora: Prof.^a Inês Pôrto

Brasília – DF

2008

Cinthya Luna Betini

A atuação do Estado-Juiz diante das Omissões Legislativas

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Público, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* de Direito Público do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com menção_(_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.^a Inês Pôrto

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

RESUMO

O controle judicial da omissão legislativa é um tema de grande repercussão no mundo jurídico e social. Saber qual o limite de atuação do Estado-Juiz ao estipular quais serão os efeitos da decisão judicial na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e no Mandado de Injunção, consagra um questionamento de inúmeros pontos controversos diante da nova ideologia constitucional do Estado Democrático de Direito. Vários são os alvites dicotômicos entre juristas e doutrinadores. Na tentativa de buscar a melhor opinião ou resposta a este questionamento é necessário fazer um estudo esmiuçado da jurisprudência e da doutrina, no sentido de conseguir tornar os aludidos instrumentos constitucionais eficazes, a ponto de ao final promover a efetividade da Constituição e dos direitos nela estabelecidos. Por isso, serão destrinchados no presente trabalho a análise de conceitos básicos, com vistas a sempre pretender alcançar soluções plausíveis, desde que respeitando a ordem constitucional de tornar concreta as aspirações sociais (justiça social) fixadas na Constituição Federal.

Palavras-chave: Omissão legislativa. Princípio da Separação dos Poderes. Hermenêutica Constitucional. Efetividade de direitos.

SUMÁRIO

RESUMO

INTRODUÇÃO	01
1. DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E A EXIGIBILIDADE DO DIREITO SUBJETIVO	03
1.1. Tipologia da Constituição e a Exigibilidade da norma constitucional	03
1.2. A exigibilidade do direito e a vinculação legislativa	10
2. DAS OMISSÕES LEGISLATIVAS E DOS INSTRUMENTOS DE DEFESA	19
2.1. Inconstitucionalidade e Omissão Legislativa: conceito e classificação	19
2.2. Mandado de Injunção	26
2.3. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão	35
3. O ESTADO-JUIZ E A OMISSÃO LEGISLATIVA	42
3.1. Aspectos históricos: Princípio da Separação dos Poderes frente à necessidade de adequação para alcançar a verdadeira aplicação da Constituição	42
3.2. O controle judicial das omissões legislativas.	46
CONCLUSÃO	58
REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA	61

INTRODUÇÃO

No ramo do direito constitucional são inúmeros os doutrinadores e juristas que se fascinam pelo estudo abrangente e sistemático do controle judicial das omissões legislativas, tendo em vista os variados pontos controversos que ainda se destacam em torno deste tema, em virtude do novo paradigma constitucional consagrado no Estado Democrático de Direito ou Estado Intervencionista Social e/ou Estado Constitucional, em qual a Constituição Federal de 1988 se insere.

O que é a omissão inconstitucional? Quais são os instrumentos constitucionais capazes de supri-la? Quais os efeitos de cada um desses instrumentos? Qual a repercussão desses efeitos na realidade social constitucional? Qual o limite de atuação do Estado-Juiz diante das omissões? São essas algumas das muitas perguntas que surgem em relação ao tema e que serão respondidas no presente trabalho, através de um estudo doutrinário e de casos concretos decididos pela Corte Constitucional.

Não é a finalidade desta monografia se estender em análises aprofundadas dos novos direcionamentos lançados na ideologia constitucional, como a explanação de conceitos básicos e teorias específicas (teoria democrática da constituição, por exemplo) presentes na escola pós-positivista e nos dogmas do neoconstitucionalismo, ainda que algumas dessas concepções sejam necessárias para elucidação de determinados pontos do tema em tela, que serão explicadas brevemente no momento específico.

No intuito de melhor analisar tal tema, respondendo as aludidas questões, serão elaborados três capítulos. O primeiro abordará os aspectos históricos que contribuíram para a formação da Constituição de 1988, a aplicabilidade/efetividade das normas constitucionais e a exigibilidade do direito nela contemplado. O segundo elencará o conceito e a classificação de omissões e quais as ações constitucionais capazes de supri-la. Por fim, o terceiro apresentará quais serão os efeitos e a repercussão dessas ações no mundo social e jurídico, a partir da nova concepção de atuação dada ao Estado-Juiz (limites dos membros da Suprema Corte Constitucional e juízes de primeiro grau) diante do novo dogma do Estado Constitucional.

Portanto, pretende o presente trabalho monográfico, a partir desta referida sistemática de divisão dos capítulos (um estudo sistematizado), bem como na estipulação dos tópicos concretos (as perguntas citadas), tentar concluir que há possibilidade de atuação dos três poderes constituídos, no caso o Judiciário, de através de sua competência específica efetivar e alcançar os novos paradigmas instituídos no Estado Democrático de Direito, no intuito de ver a Constituição e suas normas aplicadas/efetivadas, e dessa forma, as aspirações sociais (justiça social) consagradas no mundo hodierno.

1. DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E A EXIGIBILIDADE DO DIREITO SUBJETIVO

1.1. Tipologia da Constituição e Efetividade da norma constitucional

Ao perolustrar a transição do Estado Liberal ao Estado Social é de se constatar que os conceitos das acepções de Constituição variaram de acordo aos inúmeros elementos caracterizadores, tais como: os aspectos jurídicos, políticos, sociais, econômicos e culturais.

As primeiras Constituições se consolidaram a partir da idéia de antagonismo ao poder absoluto. Havia o teor revolucionário da sociedade burguesa, que buscava a “(...) *consumação de uma ordem social, onde pontificava, nos textos constitucionais, o triunfo total do liberalismo.*”¹

Na perspectiva do liberalismo protegia-se uma liberdade social, correspondente a severa separação entre Estado e sociedade civil, que incitava a uma Constituição defensiva baseada na proibição do Estado em ameaçar os direitos e garantias individuais, bem como, a traçar programas ou políticas públicas.²

Outrossim, ensejava-se uma divisão do lado jurídico (defesa da liberdade) e político (criação de uma sociedade despolitizada) da Constituição, que dava predomínio de uma Constituição normativa, longe dos aspectos sociais, políticos e econômicos da realidade.

Ferdinand Lassale³ alega que existia na época, uma constituição *folha de papel* e não uma constituição real. Em seu livro assim explica:

“De nada serve o que se escreve numa folha de papel se não se ajusta à realidade, aos fatores reais e efetivos do poder.”

Colhem-se estes fatores reais de poder, registram-se em uma folha de papel, se lhes dá expressão escrita e, a partir desse momento, incorporados a um papel, já não são simples fatores reais do poder,

¹ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.43.

² PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2. ed. rev, atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.31.

³ LASSALE, Ferdinand. *O que é uma constituição*; trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: ed. Líder, 2002, p. 48 e 68.

mas que se erigiram em direito, em instituições jurídicas, e quem atentar contra eles atentará contra a lei e será castigado.

Evidente, contudo, a impertinência e incoerência política e jurídica enquadrada neste período ideológico, quanto à mencionada separação entre sociedade civil (burguesia) e Estado, uma vez que este é instrumento para auto-organização e desenvolvimento de objetivos valorativos, diante da realidade, por aquela erigido.

Paulo Bonavides⁴, nesta esteira, também salientou sobre a decadência do liberalismo burguês. Reportou o jurista, que o uso incorreto da liberdade individualista conduzia a “*graves e irreprimíveis situações de arbítrio. Expunha, no domínio econômico, os fracos à sanha dos poderosos*”. Ademais, aduziu:

Essa liberdade, que o mundo clássico conheceu e praticou, interessa em nossos dias, fundamentalmente, aos necessitados do quarto estado, componentes da grande maioria, à massa anônima dos que não possuem, dos que se voltam messianicamente para um milagre de melhoria social e sentem que a liberdade se identifica também com emancipação econômica, ou, se não for esta de imediato possível, com um ideal ao menos aproximado de certeza, paz e igualdade relativa no nível geral das condições materiais de existência.

O velho liberalismo, na estreiteza de sua formulação habitual, não pode resolver o problema essencial de ordem econômica das vastas camadas proletárias da sociedade, e por isso entrou irremediavelmente em crise.

A liberdade política com a liberdade restrita era inoperante.

Não dava nenhuma solução às contradições sociais, mormente daqueles que se achavam à margem da vida, desapossados de quase todos os bens.

Comunicá-la, pois, a todos, conforme veio a suceder, significava já um passo falso na firmeza da teoria liberal.

(...)

O reconhecimento geral da liberdade política, com um mínimo de restrição, isto é, mediante sufrágio universal, não foi o fruto altruístico e amistoso da munificência liberal.

Dessa forma, tendo o liberalismo burguês não alcançado os ideais propósitos almejados, isto é, uma liberdade individualista, sem participações do Estado na sociedade, incrustados à ausência de elementos políticos e sociológicos da história dentro da função jurídico normativo da Constituição, surge a era de uma aspiração oposta, uma Constituição real, fundada no papel de um Estado Social

⁴ BONAVIDES, Paulo, ob. cit., p. 59 e 188/189

intervencionista, denominado como Estado Social ou Estado Democrático de Direito e ou Estado Constitucional, em que a Carta Magna de 1988 se insere.

A Constituição nesse Estado não se reduz a bases formais (dever ser), a estrutura de princípios jurídicos contidos na *racionalidade de um texto*, sem acompanhar a *realidade dos fatos, dos poderes sociais atuantes, às forças reais*. É dotada, sim, de uma *normatividade com eficácia sobre a realidade*, ou seja, caberia ao sociólogo ou cientista político conhecer, explicar e interpretar a realidade do ser, do estudo da Constituição real, postulando-a em termos globais, no reino da sociedade.⁵

Konrad Hesse explica que a Constituição no Estado Social deriva de uma ordem dinâmica, justa e legítima, embasada nos anseios correspondentes às necessidades imperiosas dos cidadãos, como do ordenamento estatal.⁶ Do mesmo postulado alude Smend compreendendo a ordem constitucional como *um processo de integração*, em qual a normatividade do direito fundamental não deve ser individualista ou liberal, de resistência ou oposição ao Estado, mas sim de uma *Constituição politizada, cultural*.⁷

A Constituição nesse Estado Social, por derradeiro, tem como princípio norteador, nas palavras de Canotilho⁸, *“transformar-se num plano normativo-material global”* do Estado e da sociedade, que determina diretrizes, programas e metas, a apreender segundo Bercovici⁹ *uma igualdade na liberdade*, justificada por uma intervenção estatal que desencadeia *uma igualdade de oportunidades*, fundamentada *na igualdade material feita não mais perante a lei, mas por meio da lei*.

Como se nota, essa igualdade material decorrente de uma *planificabilidade* da Constituição (de conteúdo jurídico e político simultâneos), denominada, consoante Canotilho¹⁰, *Constituição Dirigente ou Constituição-Plano*, estabelece uma programaticidade que segundo Barroso¹¹, introduz no corpo da Constituição, normas

⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008, p.97.

⁶ HESSE, Konrad, op. cit. p. 222 apud BONAVIDES, Paulo, ob. cit., p.98

⁷ SMEND, Rudolf, ob. cit. p. 187 apud BONAVIDES, Paulo, ob. cit., p. 179.

⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Ed, 2001, p.12

⁹ PIOVESAN, Flávia, ob. cit., p. 31.

¹⁰ CANOTILHO, J. J., ob. cit., p.169

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidade da Constituição brasileira*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 118

constitucionais tendentes tanto a definir direitos fundamentais sociais, como a assentar diretrizes sociais, contempladas ou instantaneamente ou com projeções a consecuições futuras (vinculatividade legislativa), conforme o quadro de possibilidades do Estado e da sociedade.

Em verdade, a finalidade da aludida composição normativa da Constituição é de conquistar uma igualdade como condição de justiça, isto é, efetuar uma justiça social, reduzindo, por sua vez, as desigualdades de ordem econômica e social, bem como, elevando à ênfase a proteção do direito da dignidade da pessoa humana. Tudo isso através de uma intervenção estatal, por meio da lei.

Ocorre que, a supra-referida classificação normativa constitucional em normas definidoras de direitos fundamentais sociais e normas instituidoras de metas sociais enseja, na doutrina e na prática jurídica, uma dualidade de alvites sobre a existência ou não de eficácia jurídica e aplicabilidade, assim como, sobre qual é o melhor quadrante de qualificação de norma constitucional deverá ser aposta, sob o aspecto de tipologia, eficácia e aplicabilidade.

E consoante essa noção conflituosa, imperioso destarte, ressaltar em primeiro momento a classificação das normas constitucionais e posteriormente em como encaixá-las no plano da eficácia e aplicabilidade, alcançando, por sua vez, a melhor solução do problema. Juristas e doutrinadores constitucionalistas que destacam acerca deste aspecto são inúmeros, sendo delimitados, portanto, aos conceitos de Luís Roberto Barroso, Vezio Crisafulli e José Afonso da Silva.

Luís Roberto Barroso¹² tendo por base que “*uma constituição organiza o exercício do poder político, define os direitos fundamentais dos indivíduos e traça os fins públicos a serem alcançados pelo Estado*”, dispõe, neste lanço, a divisão em normas constitucionais de organização (organiza o exercício do poder público), de definidoras de direito (fixa os direitos fundamentais) e de programáticas (traça os fins públicos).

As normas constitucionais de organização são de caráter instrumental, destinadas a organizar, estruturar, criar, dispor as atribuições, competências, estabelecer normas processuais ou procedimentais, em relação aos poderes estatais, aos órgãos ou entidades públicas. Não destinam, por conseguinte, disciplinar conduta de indivíduos e grupos – normas de conduta.

¹² BARROSO, Luís Roberto, ob. cit., p.93/94

As normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais são compostas em quatro espécies de direitos, quais sejam os políticos (defendem o direito da cidadania, nacionalidade), os individuais (defendem à vida, à liberdade, à segurança e outros), os sociais (defendem os direitos econômicos, sociais, culturais) e os difusos (defendem direitos do consumidor, o meio ambiente, de uma coletividade).

Nessa vereda classificatória das normas definidoras de direito, oportuno se torna elucidar, inicialmente, em saber qual o significado do termo “direito” melhor ali consagrado, se apresenta definição de “faculdade jurídica”, de “dever jurídico”, de “direito subjetivo”, quando analisado sob a titularidade e a fruição desse direito. Barroso¹³ em lição arremata tal discussão da seguinte maneira:

(...) tem-se que as normas definidoras de direitos enquadram-se no esquema conceitual retratado acima, a saber: *dever jurídico, violabilidade e pretensão**. Delas resultam, portanto, para os seus beneficiários – os titulares do direito – situações jurídicas imediatamente desfrutáveis, a serem materializadas em prestações positivas ou negativas. Tais prestações são exigíveis do Estado ou de qualquer outro eventual destinatário da norma (dever jurídico) e, se não foram entregues espontaneamente (violação de direito), conferem ao titular direito a possibilidade de postular-lhes o cumprimento (pretensão), inclusive e especialmente por meio de uma ação judicial.

Por isso, as normas definidoras de direitos fundamentais sociais na concepção de Luís Roberto Barroso consolidam, enfim, a possibilidade de *gerar situação prontamente desfrutáveis, dependentes de uma abstenção* (uma omissão ou não fazer, uma prestação negativa); ou então de *ensejar possibilidade de prestações positivas* (uma satisfação de um interesse ou entrega de um bem) e; ou de *contemplar interesse cuja a realização depende da edição de norma infraconstitucional integradora* (instrumentalização ou regulamentação pelo órgão legislativo).¹⁴

Nas palavras de Jorge Hage¹⁵, conclui-se que as normas definidoras ou atributivas de direito, por tratar de direitos fundamentais, vinculam à imposição ao Estado e ou ao particular, um dever jurídico de executar prestação, positiva ou negativamente. Ao Estado, em especial, confere a obrigação de prestação, no dever

¹³ BARROSO, Luís Roberto, ob. cit., p. 104/105

¹⁴ Ibidem, p. 108/109 e 111.

¹⁵ HAGE, Jorge. *Omissão inconstitucional e direito subjetivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 45 e 58.

de legislar, no dever de oferecer prestação material ou ambos. Em epítome salientou:

O Estado fica obrigado a intervir no curso das condutas sociais livres, para a permanente relativização das desigualdades sociais, sempre renovadas na sociedade e também na direção global do desenvolvimento e do bem-estar sociais, com bases (sociais) da liberdade para todos. Para a garantia dos direitos fundamentais, isso significa que se incrementam as competências de regulação e intervenção do Estado. O compromisso do Estado se mostra como título jurídico para compatibilizar a liberdade de direitos fundamentais de um, não só com a liberdade juridicamente igual a do outro, mas também com sua possibilidade de realização, pondo, assim, medida e limite a sua extensão.

Já as normas constitucionais programáticas segundo concepção de Barroso¹⁶ correspondem a normas que definem direitos futuros (direitos sociais) e as que contemplam interesses de caráter prospectivo, firmando proposições diretivas, imediatamente efetivadas e outras com projeções futuras. Na realidade, resumem em indicadores de fins sociais, isto é, estabelecem princípios ou programas de ação para o Poder Público.

Crisafulli, analisando o aspecto da eficácia e aplicabilidade da aludida norma programática, classifica-a em três grupos, registrados como: o das normas programáticas propriamente ditas, o das normas programáticas *stricto sensu* e o das normas programáticas *lato sensu*.

As normas programáticas propriamente ditas são “*um programa político, encampado pelo ordenamento jurídico e trazido em termos de normas constitucionais*”. Isto é, possuem no seu bojo uma eficácia valorativa prefixada pela própria Constituição, não dependendo, portanto, de estar a mercê das mutáveis oscilações e variedades de critérios estipulados pelos partidos de governo.¹⁷

As normas programáticas *stricto sensu* são aquelas dependentes de legislação futura, dotadas de eficácia imediata e mediata, por não regularem a matéria a que se referem, mas a atividade estatal concernente a dita matéria, tendo como objeto imediato os comportamentos estatais. As normas programáticas *lato sensu* são inseridas no grupo de normas preceptivas, que também ostentam dupla

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto, ob. cit., p. 118

¹⁷ CRISAFULLI, V., ob. cit., p. 104 apud BONAVIDES, Paulo, ob. cit. p. 248/249

eficácia na medida em que servem de regra vinculativas de uma legislação futura sobre o mesmo objeto.¹⁸

Como se nota, assim, a norma programática não é desprovida de eficácia jurídica e aplicabilidade, já que como designadas por Crisafulli¹⁹ de *norma-princípio* ou *norma-base*, aposta no campo dos princípios gerais, verificam-se como regras diretrizes de comportamentos jurídicos, em que impõe a obrigatoriedade e vinculação do legislador a essa diretriz quando gerar as normas “secundárias”, isto é, regulamentadoras.

José Afonso da Silva²⁰ na mesma linha de raciocínio de Crisafulli acerca da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais aponta uma teoria tricotômica da eficácia e informa que toda norma constitucional contém aplicabilidade, que é variável, conforme a classificação da norma em eficácia, seja ela plena, seja ela contida e seja ela limitada ou reduzida.

Ensina o citado jurista que a norma de eficácia plena é de aplicabilidade direta, imediata e integral, por independerem de legislação posterior para sua operatividade. A norma de eficácia contida é de aplicabilidade direta, imediata e restringida, por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados. E a norma de eficácia limitada é de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque cabe ao legislador ordinário conferir executoriedade plena, mediante legislação integrativa.²¹

Dessa forma, as normas programáticas pelo supracitado jurista, apresentam imperatividade direta, reconhecida como imposição constitucional aos órgãos públicos, porque possuem a função de estabelecer um dever para o legislador ordinário; de condicionar a atividade discricionária do Judiciário e da Administração; e de ser vetor para interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas. Por fim, seu objeto é a disciplina dos interesses econômico-sociais, os programas a serem realizados pelo Estado, por meio de interposição legislativa (daí a classificação de eficácia reduzida).²²

¹⁸ CRISAFULLI, V., ob. cit., p. 75 e 91 apud BONAVIDES, Paulo, ob. cit. p.249

¹⁹ CRISAFULLI, V., ob. cit., p. 102 apud BONAVIDES, Paulo, ob. cit., p. 247

²⁰ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2007, p.81/82

²¹ SILVA, José Afonso da., ob. cit., p. 83

²² Ibidem, p. 150/151, 155 e 164.

Hodiernamente, contudo, a Constituição de 1988 consiste num conjunto de normas constitucionais que definem direitos e instituem fins político-sociais. Evidencia-se como fonte última de validade de qualquer ato jurídico. Compõe-se, portanto, de um corpo de anseios e aspirações em regras impositivas, visando uma justiça social, por meio da intervenção estatal e da efetividade de suas normas, que corroboram, na aplicabilidade da Constituição, e na concretização da igualdade material.²³

1.2. A exigibilidade do direito e a vinculação legislativa

Assentado que a Constituição Federal de 1988 esta amparada sobre o preceito de um Estado Social intervencionista, que visa uma justiça social, por meio de um corpo de normas constitucionais imperativas e efetivas, tendentes a gerar uma igualdade material. É de se notar, nestes termos, que há possibilidade de surtir duas situações jurídicas em que o cidadão poderá estar diante de direito constitucionalmente consagrado e que gerará ao Estado o dever de efetuar uma prestação negativa ou positiva.

Luís Roberto Barroso²⁴ em explicação a possibilidade de surtir essas situações, expõe que estas são diversas, e se apresentam da seguinte forma, ou quando são prontamente exigíveis somente pela aplicação direta do texto constitucional, ou quando prescindem de legislação infraconstitucional integradora a fim de desencadear os efeitos da norma, dantes carente de regulação.

Gomes Canotilho²⁵ de forma semelhante informa que existe a imposição constitucional classificada em imposições legiferantes de caráter permanente e as simples ordem de legislar. Desta classificação é desencadeado o problema da vinculatividade das normas constitucionais impositivas, que promove a distinção entre imposições constitucionais e normas programáticas.

Sobre a distinção das imposições constitucionais e das normas programáticas, articula o aludido jurista que *“as imposições constitucionais são*

²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Social*. Ano 2- Jul/Set 2002 – nº 7, p. 141.

²⁴ BARROSO, Luís Roberto, ob. cit., p. 143.

²⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes, ob. cit., p. 481.

permanentes, mas concretas; as normas determinadoras de tarefas ou definidoras de fins são imposições permanentes mas abstractas.” Em outras palavras, assim descreve:

As imposições constitucionais são ordens de actuação positiva dirigidas sobretudo ao legislador, no sentido de este emitir várias leis de execução, simultâneas ou sucessivas, e necessárias: (1) à conformação jurídica de situações de facto; (2) à regulamentação de questões específicas; (3) à criação de pressupostos necessários para nova evolução do regime constitucional; (4) à adaptação das leis antigas aos novos princípios da lei fundamental.

A noção anterior de imposições constitucionais pressupõe a superação definitiva da doutrina das normas programáticas, concebidas como proclamações políticas, juridicamente desprovidas de qualquer vinculatividade.

(...)

A concretização das imposições constitucionais é, no plano jurídico, um processo e não um acto, é uma seqüência de actualização e não um estampido isolado; no plano político, ela é uma luta democrática quotidianamente renovada no sentido de realização dos fins e tarefas constitucionais.²⁶

O importante de se retirar desses conceitos ora esposado acima é de que na Constituição Federal de 1988 estão presentes duas normas, uma definidora de direitos e garantias fundamentais e outra instituidora de metas e fins (programáticas). A discussão que se acerca é em qual condição essa norma consagrará um direito subjetivo individual (quando há possibilidade de exigir do Estado uma prestação material), sob a ótica da eficácia e aplicabilidade (vinculação legislativa), de forma a não ocasionar uma omissão legislativa e/ou uma inconstitucionalidade por omissão.

Nesta vereda, é oportuno colacionar em primeiro momento a prescrição do §1º, do art. 5º da atual Constituição²⁷, articulando que “*as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata*” e são postulado do princípio da máxima efetividade ou da aplicabilidade imediata e da plena eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais, enquadrados supra (item 1.1.) como direitos, individuais, coletivos, sociais e políticos.

As vertentes interpretativas do mencionado artigo são duas, aborda alguns juristas de que a eficácia dos direitos fundamentais é nos termos e medida da lei, bem como, outros juristas extremam no sentido de que não só as normas

²⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes, ob. cit., p.480/481.

²⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 4ªed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 35/2001. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 344.

definidoras de direitos fundamentais, como as normas programáticas, encampam imediata aplicabilidade, que por sua vez, ensejam um direito subjetivo individual, independente de interposição legislativa.

Uma interpretação sustentável esta nas palavras de Flávia Piovesan²⁸, que aduz “*ser a Constituição, toda ela, norma jurídica e, como tal, todos os direitos nela contemplados têm aplicação direta, vinculando tanto o Judiciário quanto o Executivo como o Legislativo*”. Ou seja, é função do constitucionalismo contemporâneo “*investigar e determinar a eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais tenham valor e eficácia vinculante, sob pena de se admitir a quebra da unidade normativa constitucional.*”

Finaliza a citada jurista ressaltando que a instituição do §1º, do art. 5º, da CF/88, foi o reforço de garantir a imperatividade e efetividade das normas definidoras de direito e garantias fundamentais, pois é inadmissível deixar a mercê do Estado à concretização de direito fundamental. Caso o órgão estatal permanecesse inerte geraria uma omissão estatal, violadora da ordem jurídica, posto que há o dever de agir no sentido de garantir o direito fundamental.²⁹

Ingo W. Sarlet³⁰, em linha de raciocínio semelhante, expõe que se todas as normas constitucionais são dotadas de um mínimo de eficácia, no caso das normas de direitos fundamentais, fulcradas no §1º, do art. 5º, da CF/88, os poderes públicos são incumbidos no dever de dar maior eficácia possível aos direitos protegidos nesta, uma vez que não se pode desconsiderar a presunção da aplicabilidade imediata e plena que é constituído em torno dos direitos fundamentais que as estabelece.

Informa ainda o aludido jurista que ao lado da mencionada presunção em favor da aplicabilidade imediata e da plenitude eficaz dos direitos fundamentais, está o *princípio otimizador* da máxima eficácia possível. Tal princípio se impõe de forma diferente para os direitos fundamentais, classificados como direitos de defesa (direitos de liberdade, igualdade, políticos – reclamam abstenção dos poderes estatais e do Estado) e como direitos prestacionais (reclamam uma atividade, prestacional de natureza fática ou normativa).³¹

²⁸ PIOVESAN, Flávia, ob. cit., p. 53 e 72.

²⁹ Ibidem, p.44.

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Ed., 2007, p. 285.

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang ob. cit., p. 289 e 296.

Os direitos fundamentais de defesa, por se referirem a função essencialmente defensiva e por terem estrutura normativa de reclamo a um comportamento omissivo do Estado (limitação do poder estatal), geram, via de regra, desnecessidade de recursos orçamentários e de concretização legislativa. Isto porque baseiam no postulado do §1º, do art. 5º, da CF/88, que constitui conforme alhures, na presunção em favor da aplicabilidade imediata, na máxima eficácia possível e na plena justiciabilidade.³² J. Miranda³³ nesse sentido escreve:

Justamente na esfera dos direitos de defesa, a norma contida no art. 5º, §1º, da CF tem por objetivo precípuo oportunizar a aplicação imediata, sem qualquer intermediação concretizadora, assegurando a plena justiciabilidade destes direitos, no sentido de sua exigibilidade em Juízo.

Dirley da Cunha Júnior em mesmas palavras anuncia que os direitos fundamentais de defesa “*criam posições subjetivas que outorgam ao sujeito o poder de exercer positivamente os próprios direitos (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes estatais e de particulares, de modo a evitar agressões lesivas por parte destes (liberdade negativa).*” O que permite demonstrar a partir deste conceito é a exigibilidade de prestação negativa dos órgãos estatais, que ensejam, por conseguinte, uma imediata e direta aplicabilidade desses direitos, dispensando de recurso orçamentário – princípio da reserva do possível.³⁴

Ademais, cumpre ressaltar que, embora os direitos de defesa se enquadrem no campo das normas que reclamam uma omissão ou abstenção, isto é, os direitos de defesa possuam natureza preponderantemente negativa, há possibilidade de existir a exigência de conduta positiva por parte do Estado, neste grupo de direitos. É o que acontece nos casos de determinados direitos fundamentais de cunho procedimental, bem como, direitos que dependem de interposição legislativa.

Já os direitos prestacionais materiais sociais compreendem-se por reclamarem uma conduta positiva do Estado na esfera econômica e social. Contribuem com uma prestação fática que proporciona uma igualdade material, ou seja, uma igualdade de oportunidades proporcionais a toda coletividade. Referem-se, contudo, a obter uma efetiva fruição das liberdades, uma vinculação de tarefas

³² SARLET, Ingo Wolfgang ob. cit., p.291/292 e 296.

³³ MIRANDA, Jorge. Manual IV, p. 277 apud SARLET, Ingo Wolfgang, ob. cit., p. 290

³⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *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. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p.286.

de melhoria, uma distribuição e redistribuição dos recursos existentes e a uma criação de bens essenciais não disponíveis para os que deles necessitam.³⁵

A realização dessa aludida conduta positiva do Estado na consecução dos direitos prestacionais materiais sociais, diferente do que ocorre com os direitos de defesa, dependem de recursos materiais e humanos para sua proteção e implementação, bem como, o Estado necessita de capacidade jurídica de disposição à consecução da implementação. Tais características necessárias designam como o princípio da reserva do possível, que constitui o limite fático, jurídico e a garantia dos direitos fundamentais.³⁶

Depreende-se nessa esteira, portanto, que os supra-referidos direitos prestacionais materiais sociais, também chamados de direitos relativos, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, por dependerem das condições sociais e econômicas da realidade, assim como, das reservas orçamentárias, conciliadas com os planos econômicos e financeiros, somente possuem plena eficácia e ou exigibilidade, quando há concretização legislativa, que desencadeia os efeitos “na medida da lei”.³⁷

Todavia, para outros juristas, como Dirley da Cunha Júnior, os direitos fundamentais a prestações (gênero), não se reduzem a prestações materiais sociais, mas, sim, como espécie do gênero: os direitos a prestações em sentido amplo (direitos à proteção, à participação na organização e procedimento) e os direitos a prestações em sentido estrito (direitos a prestações materiais sociais – direitos sociais). A aplicabilidade imediata e direta somente ocorre para os direitos a prestações em sentido estrito.³⁸

Os direitos em sentido amplo, isto é, os direitos fundamentais de organização e procedimento, constituem-se de duas formas, quais sejam, direitos que se dirigem aos juízes e tribunais, porque destinam a interpretação e aplicação das normas sobre procedimentos, em consonância com os valores já consagrados nas normas de direitos fundamentais (interpretação conforme os direitos fundamentais), e direitos que se dirigem aos legisladores, porque consolidam como posições

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang, ob. cit., p. 299/301.

³⁶ Ibidem, p. 302 e 305.

³⁷ Idem Ibidem, p. 307.

³⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley, ob. cit., p. 291.

jurídicas, dependentes de mecanismos jurídicos que garantam o exercício dos direitos fundamentais, através da criação de organizações e procedimentos.³⁹

Os direitos em sentido estrito designados como direitos prestacionais materiais sociais ou direitos sociais propriamente ditos são caracterizados por firmarem-se em termos vagos e fluidos, ou seja, os dispositivos que os provêm são abertos, indeterminados, imprecisos e, por isso, dependem de integração legislativa. Essa vaguidade e indeterminação, entretanto, para Dirley da Cunha não são impeditivo à aplicação imediata e direta da norma, por força do §1º, art.5º, da CF, e em razão do papel integrativo, interpretativo e criativo dos juízes, que exatificam assim, os conceitos abertos e suprem as lacunas ou omissões existentes, de acordo LICC, art.4º e CPP, art. 126.⁴⁰

A propósito, Gomes Canotilho⁴¹ instrui que, diante de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, se faz imprescindível um processo de concretização tanto legislativa como judicial a buscar soluções de um problema referente à aplicação do direito no caso concreto. Em linhas gerais, assim participa:

A concretização seria a densificação ou processo de densificação de normas ou regras de grande abertura – princípios, normas constitucionais, cláusulas legais indeterminadas – de forma a possibilitar a solução de um problema. Através da especificação de soluções ou da tipicização de regras jurídicas e movendo-se num certo espaço de discricionariedade concretizadora, o juiz clarifica, de forma produtiva e criadora, o sentido material dos preceitos abstractos na aplicação ao caso concreto.

(...) O termo concretização legislativa de imposições constitucionais revela-se apropriado em dois sentidos: (1) na medida em que realça serem as relações entre a constituição e a lei não apenas relações de limites, mas também relações de densificação, clarificação e execução material das normas legais; (2) na medida em que salienta ser o processo de concretização um esquema diferenciado de especificação, tipificação e criação de soluções materiais dentro do âmbito normativo das imposições constitucionais.

A par disso, vale registrar que a necessidade de concretização legislativa ou judicial a garantir efetividade dos direitos fundamentais não confronta precisamente os princípios da reserva do possível, da separação dos poderes, conforme linha de pensamento de Dirley da Silva e Mauro Cappelletti, respectivamente:

³⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley, ob. cit., p. 380/381.

⁴⁰ Ibidem, p. 296/295.

⁴¹ CANOTILHO, J. J. Gomes, ob. cit., p. 321/322.

O direito fundamental à efetivação constitucional, por representar a vontade do Poder Constituinte Originário, que elabora a Constituição do Estado e da Sociedade para ser aplicada e concretizada, não pode sofrer nenhum óbice, seja de que ordem for. Obstáculos que usualmente se erigem – como a separação de Poderes, a liberdade de conformação do legislador, a discricionariedade administrativa, a ineficácia das normas definidoras de direitos sociais, reserva do possível, questões orçamentárias, entre outras – não podem frustrar o desígnio máximo do constituinte de ver a sua excelsa obra aplicada e minudentemente concretizada. (...) E a Constituição Federal de 1988, atenta a esse direito fundamental, abriga-o explicitamente no catálogo (art. 5º, §1º, c/c art. 5º, inciso LXXI, art. 102, §1º, e art. 103, §2º) e implicitamente (art.1º, III; art.1º, parágrafo único, e art.5º, §2º).⁴²

Tipicamente, os direitos sociais pedem para sua execução a intervenção *ativa* do estado, freqüentemente *prolongada no tempo*. Diversamente dos direitos tradicionais, para cuja proteção requer-se apenas que o estado não permita sua violação, os direitos sociais – como direito a assistência médica e social, à habilitação, ao trabalho – não podem ser simplesmente “atribuídos” ao indivíduo. Exigem eles, remover barreiras sociais e econômicas, para, enfim, promover a realização dos programas sociais, fundamentos desses direitos e das expectativas por eles legitimadas.

(...)

É manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais. Deve reiterar-se, é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas de grau e não de conteúdo: mais uma vez impõe-se repetir que, em alguma medida, toda interpretação é criativa, e que sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. Mas, obviamente, nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais. Esta é, portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes.⁴³

Dessa forma, é possível constatar, diante das interpretações acerca do §1º, art.5º, da CF, que as conseqüências da constitucionalização dos direitos fundamentais são de reconhecer o escalão máximo das normas que versam sobre direito fundamental, de estas servirem como limite formal e material no sistema constitucional, de serem dotadas de imediata aplicabilidade e vinculatividade dos poderes públicos, e por fim, de serem protegidas através do controle de

⁴² CUNHA JÚNIOR, Dirley, ob. cit., p. 149.

⁴³ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores*. Porto alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993/ Reimpressão, 1999, p. 41/42.

constitucionalidade dos atos comissivos e omissivos do poder público, ante o dever de regulá-las, quando carentes de regulação ou quando pretendam regulá-las.⁴⁴

No tocante as normas programáticas, outra classificação normativa presente na Constituição Federal, da mesma forma que as normas de direitos fundamentais de cunho prestacional material social, para terem plena eficácia, dependem de interposição legislativa. Isso ocorre porque tais normas somente tratam de estabelecer programas, finalidades e tarefas que devem ser implementadas pelo Estado, ou seja, possuem uma normatividade insuficiente para alcançarem eficácia.⁴⁵

Embora tais normas programáticas possuam normatividade insuficiente, não podem ser confundidas apenas como princípios e diretrizes de cunho político/ideológico. Devem ser classificadas como exigências do Estado Social de Direito⁴⁶, porque impõe a todos os órgãos estatais a sua concreção, a fim de garantir a satisfação dos fins sociais e econômicos da coletividade, isto é, tornar certo a efetivação dos direitos, compreendidos como direitos fundamentais prestacionais sociais de cunho programáticos.

José Afonso da Silva afirma que as normas programáticas, apesar de nem sempre possuírem capacidade desde logo para tutelar diretamente os direitos particulares exigíveis, podem produzir situações subjetivas de vantagem, caracterizadas em simples interesse, simples expectativa, interesse legítimo e direito subjetivo. Os exemplos vistos são os das normas da ordem econômica, das de redução das desigualdades regionais e sociais, da função social da propriedade, do exercício dos direitos culturais e acesso a estes e das abstenções do Estado (situações subjetivas protegidas pelo controle de constitucionalidade).⁴⁷

Portanto, todas as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, aplicabilidade e eficácia. Os órgãos estatais não podem se eximir de suas funções, ainda que, em regra, as normas se apresentem como princípios e diretrizes sociais, dependentes em principal da atividade concretizadora legislativa, judicial e administrativa. Caso haja desrespeito das imposições constitucionais por parte do Poder Público assiste ao cidadão o reclamo de seus direitos, por meio de ações

⁴⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley, ob. cit., p. 224/225.

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang, ob. cit., p. 309.

⁴⁶ Ibidem, p. 310.

⁴⁷ SILVA, José Afonso da, ob. cit., p.176/177.

constitucionais de defesa, ações de inconstitucionalidade por omissão, petições, moções de censura ao governo e entre outras.

2. DAS OMISSÕES LEGISLATIVAS E DOS INSTRUMENTOS DE DEFESA

2.1. Inconstitucionalidade e Omissão legislativa: conceito e classificação

A Constituição Federal é composta de um conteúdo minuciosamente abrangente e genérico. Isto se sucede por conter normas que traçam fins e metas sociais, que devem acompanhar a *realidade dos fatos*, dos *poderes sociais atuantes*, as *forças reais do poder*, ou melhor, que devem tornar a *Constituição flexível à época e circunstâncias adversas*, dando-lhe a característica de *longevidade digna*, equânime e exata.¹²

Levando-se em consideração a tal designação, para se tornar aplicável o dispositivo constitucional, é imprescindível fazer a exigência de atuação dos poderes constituídos (Legislativo, Executivo e Judiciário), desde que respeitado os princípios da separação dos poderes, reserva do possível, e outros, a fim de que os mandamentos da Constituição sejam efetivamente cumpridos, acarretando, por sua vez, a solidificação dos direitos difusos, coletivos e individuais.

Caso um poder ou órgão governamental não exerça a competência constitucional de que é incumbido de desempenhar, seja na forma de agir (prestação positiva) e ou não agir (prestação negativa) diante da realidade dos fatos, ocorrerá uma inércia constitucional designada como descumprimento de dever. Isto é, ocorrerá a chamada omissão estatal, firmada como uma inconstitucionalidade por omissão, por não terem sido cumpridos os preceitos constitucionais.

E para uma melhor compreensão do que seja inconstitucionalidade, deve-se observar a relação valorativa e normativa do conceito de constitucionalidade, já que somente é possível lograr aquele conceito quando confirmar-se a obrigatoriedade do texto constitucional e a existência de ineficácia de todo e qualquer ato normativo

¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22^a ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008, p.97

² FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Inconstitucionalidade por omissão: uma proposta para o constituinte. *Revista da Informação Legislativa*, Brasília, n.89, jan./mar. 1986, p.51

contraveniente, quanto à produção normativa, quanto ao conteúdo da lei e quanto à omissão do dever de legislar.³

Segundo Anna Cândida da Cunha Ferraz, o conceito do termo inconstitucionalidade condiz como: “*toda ação ou omissão que obstaculize a aplicação da norma constitucional são com ela incompatíveis*”. A ação diz respeito aquilo que contraria a Constituição, já a omissão refere-se aquilo que não efetiva/aplica os mandamentos constitucionais, resultando assim, ou numa inconstitucionalidade por ação ou numa inconstitucionalidade por omissão.⁴

Entretanto, a inconstitucionalidade não se resume à classificação de ação ou omissão dos poderes estatais, mas pode englobar também ao momento e mudanças fáticas quando imperante a edição das normas constitucionais (inconstitucionalidade originária e superveniente) e ou ao conteúdo das normas ou regras procedimentais (inconstitucionalidade material ou formal).

Neste estudo somente serão analisados em um primeiro momento o conceito e o controle referente à inconstitucionalidade por ação, e em uma segunda etapa será examinado, de forma densa e clara, o conceito, a classificação e a ocorrência (modos) da inconstitucionalidade por omissão, na esfera legislativa, caracterizadora da omissão legislativa, uma vez que esse é o tema chave deste trabalho.

Para Flávia Piovesan a inconstitucionalidade por ação resulta na violação ao conteúdo da Constituição (caracterizado como a inconstitucionalidade material), bem como na violação ao processo de produção normativa previsto na Constituição (caracterizado como a inconstitucionalidade formal). O controle de constitucionalidade a que se dá a este tipo de inconstitucionalidade é a obtenção da declaração judicial de que a norma produzida ou a própria norma (conteúdo) em desconformidade com a Lei Magna, é inconstitucional e deve ser extirpada do sistema.⁵

A inconstitucionalidade por omissão ou omissão inconstitucional é verificada, consoante os ensinamentos de Anna Cândida da Cunha Ferraz e Jorge Miranda, respectivamente, quando:

³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1001

⁴ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Inconstitucionalidade por omissão: uma proposta para o constituinte. *Revista da Informação Legislativa*, Brasília, n.89, jan./mar. 1986, p. 52/53

⁵ PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2. ed. rev, atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.88/89

(...) três dos casos de “inconstitucionalidade por omissão” mais facilmente identificáveis: a omissão do legislador que não elabora as medidas legislativas requeridas ou previstas em dispositivos constitucionais; a omissão dos poderes constituídos na prática de atos impostos pela Constituição e a omissão do Poder Executivo caracterizada pela não expedição de regulamentos de execução das leis.⁶

A omissão inconstitucional caracteriza-se: a) pela falta ou insuficiência de medidas legislativas; b) pela falta de adoção de medidas políticas ou de governo; c) pela falta de implementação de medidas administrativas, incluídas as medidas de natureza regulamentar, ou de outros atos da Administração Pública.⁷

Percebe-se do contexto explanado pelos juristas que a omissão inconstitucional ou inconstitucionalidade por omissão resulta de uma ausência de medidas políticas (políticas públicas), legislativas (dever de legislar), administrativas/executivas (dever de regulamentação), em razão dos poderes constituídos não cumprirem com seus deveres constitucionais, vetores das metas, fins e objetivos sociais designados a concretizar a igualdade material.

O Supremo Tribunal Federal neste lanço do que seja a inconstitucionalidade por ação e omissão e quando se caracteriza, pronunciou no julgado da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º1458, ocorrida em 23 de maio de 1996, de relatoria do ministro Celso de Mello, da seguinte forma:

- O desrespeito a Constituição **tanto** pode ocorrer mediante **ação** estatal **quanto** mediante **inércia** governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um **comportamento ativo** do Poder Público, que **age** ou **edita** normas em **desacordo** com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Esta conduta estatal, que importa em um **facere** (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade **por ação**.
- Se o Estado **deixar de adotar** as medidas **necessárias** à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exeqüíveis, abstendo-se em consequência, **de cumprir** o dever de prestação que a Constituição os impôs, incidirá em **violação negativa** do texto Constitucional. Desse **non facere** ou **non praestare**, resultará a inconstitucionalidade **por omissão**, que pode ser **total**, quando é **nenhuma** a providência

⁶ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Inconstitucionalidade por omissão: uma proposta para o constituinte. *Revista da Informação Legislativa*, Brasília, n.89, jan./mar. 1986, p.53/54

⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1991, tomo II, p. 394 a 396 apud PIOVESAN, Flávia Piovesan, ob. cit., p.90

adotada, ou **parcial**, quando é **insuficiente** a medida efetivada pelo Poder Público.⁸

Consoante a noção contextual dada pelo Supremo Tribunal Federal pode-se concluir que em qualquer omissão estatal, seja em que modalidade de inconstitucionalidade classificatória se qualifica, o Poder Público ocasionará uma ofensa a Constituição, aos direitos nela inerentes, e impedirá, por conseqüência da ausência de medidas efetivas, a aplicabilidade dos preceitos e princípios da Lei Magna, o que consignará, por sua vez, uma irregularidade no sistema.

Compreendido, destarte, o conceito genérico de inconstitucionalidade e suas modalidades (ação/omissão; originária/superveniente; material/formal), irrefragável, neste momento, apreciar esmiuçadamente sobre a inconstitucionalidade por omissão, na esfera legislativa, que dá ensejo à omissão legislativa inconstitucional, subdividida em omissões: formal/material, absolutas/relativas e total/parcial.

Luis Roberto Barroso, utilizando dos ensinamentos de Nicolò Trocker, expõe que a inércia do legislador somente se caracteriza como omissão inconstitucional quando há descumprimento de dispositivo constitucional que ordena a atuação positiva daquele à criação de norma legal. Isto é, *“a inconstitucionalidade resultará, portanto, de um comportamento contrastante com uma obrigação jurídica de conteúdo positivo.”*⁹

A regra é que o legislador possua a faculdade legislativa, ou melhor, a decisão discricionária de editar ou não uma norma jurídica. O dever constitucional de legislar somente se concretiza quando: a Constituição o impõe expressamente a ordem de legislar (ex. art. 5º, XLVI, da CF); a Constituição dirige ao legislador uma imposição permanente e concreta (ex. art. 208, I, da CF); e a Constituição veicula as normas, que implicitamente, em seu conteúdo, exigem atividade legislativa, para poderem se tornar operativas (ex. art. 85, da CF).¹⁰

⁸ ADIn – MC 1.458-7/DF, STF, Rel. Min. Celso de Mello, D.J. de 20.09.96. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 28.10.08 às 17h 20, p.128.

⁹ TROCKER, Nicolò, ob. cit., p.17. *L'omissione si sostanzia pertanto in un comportamento contrastante, com um obbligo giuridico a contenuto positivo* apud BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidade da Constituição brasileira*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 164

¹⁰ CARRAZA, Antonio Roque. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. São Paulo, ano 16, junho 1992, vol. 101, p. 12

Como se pode notar, a omissão legislativa inconstitucional se configura, de forma semelhante, conforme os ensinamentos de Jorge Miranda, quando: o não cumprimento da Constituição derive da violação de certa e determinada norma; se trate de norma constitucional não exequível por si mesma; e nas circunstâncias concretas da prática legislativas necessárias para tornar exequível aquela norma.¹¹

Já segundo Gomes Canotilho o conceito de omissão legislativa inconstitucional ocorre quando o legislador deixa de cumprir com sua obrigação de fazer algo que positivamente era imposto pela Constituição, de forma concreta e explícita. Afirma que a inconstitucionalidade por omissão deve “*conexionar-se com uma exigência concreta constitucional de ação, e não sob uma simples imposição abstrata.*”¹² Em seu livro assim explica:

Aqui, reside, quanto a nós, a diferença fundamental entre *imposições abstractas* e as *imposições constitucionais concretas*: a não realização normativa das primeiras situa-nos no âmbito do não cumprimento das exigências constitucionais, e eventualmente, no terreno dos comportamentos ainda constitucionais mas que tenderão (no caso de sistemático não actuar legislativo) a tornar-se situações inconstitucionais.¹³

É destacado, assim, pelo conceito de omissão legislativa inconstitucional firmado pelo não cumprimento de imposições constitucionais legiferantes em sentido estrito (normas constitucionais que exigem a vinculação do legislador a efetuar implementações legislativas concretizadoras), que a sua consagração ocorre, em demasia, na atual Constituição Democrática (Estado Social), por conter normas programáticas (exigência de vinculação legislativa), desencadeadoras de possibilidades várias de omissões legislativas, nas modalidades formal/material, absoluta/relativa e total/parcial.

A omissão legislativa formal verifica-se pela ausência de um processo de formação da lei de integração, o que acarreta na inconstitucionalidade. Já a omissão legislativa material se constata por uma falta processualmente satisfeita, embora seja esta de modo ofensivo ao conteúdo da Constituição, porque afeta o princípio da

¹¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: inconstitucionalidade e garantia da Constituição*. Ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1991, tomo VI, p. 284

¹² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Ed, 2001, p. 334.

¹³ CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit, p.334/335

isonomia (exclusão de benefício incompatível como o princípio da igualdade e não favorecimento arbitrário).¹⁴

Gomes Canotilho explica que a omissão formal consagra-se pelo *simples não atuar, ficar inerte*, enquanto a omissão material se perfaz com a distinção de um *fazer anulável* (objeto de uma ação de inconstitucionalidade contra o legislador) e um *omitir inconstitucional* (o simples ficar inerte torna-se um irrelevante jurídico). A relevância se embasa em face de normas de ação e proibição, bem como, em definir o dever normativo material do legislador (o não concretizar total ou concretizar parcialmente uma imposição constitucional concreta).¹⁵

Numa melhor elucidação dos referidos conceitos mister se faz salientar, ainda nas palavras do citado jurista, a violação do dever de legislação que é sucedida quando: não há edição de regra a executar as imposições constitucionais; as leis de cumprimento das imposições constitucionais favorecem uns grupos e esquece de outros (não favorecimento arbitrário); atos de legiferação que se propõem a realizar as imposições constitucionais excluem alguns cidadãos, de forma expressa, das vantagens reconhecidas na lei de execução (exclusão inconstitucional - ofensa ao princípio da igualdade).¹⁶

A partir do aludido contexto, esposado pelo referido jurista, que se extrai o conceito de omissão legislativa absoluta e relativa. Dessa forma, a omissão absoluta é a decorrente de violação, por inércia, de um dever autônomo de legislar, e a omissão relativa deriva de ofensa ao princípio da igualdade, por em determinados situações, o legislador não cumprir a imposição constitucional concreta, omitindo certos casos ou excluindo-os expressamente, daí a violação ao dever de legislação concreta, que tem como vetor o princípio da isonomia.¹⁷

Da mesma forma, pode-se retirar o conceito de omissão total/parcial, ao conciliar os conceitos de omissões absoluta/ relativa e omissões material/formal como faz Clèmerson Clève, senão vejamos:

As omissões totais e formais correspondem sempre ao descumprimento de um dever de legislar autônomo. São, por essa razão, também omissões absolutas. As omissões parciais e materiais, porém, podem decorrer da não suficiente satisfação de um

¹⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 328

¹⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes, ob. cit., p. 333/335

¹⁶ Ibidem, p. 333/334

¹⁷ Idem ibidem, p.335/336

dever autônomo de legislar ou do descumprimento da cláusula geral da isonomia. Serão omissões relativas na última hipótese e absolutas na primeira.¹⁸

Consoante noção conceitual verifica-se que a inconstitucionalidade total esta na ausência absoluta de implementações legislativas que cumpram com os preceitos normativos (dever de agir, a fim de dar execução a norma – silêncio inconstitucional), enquanto a inconstitucionalidade parcial configura a uma atividade legislativa imperfeita/ deficiente, uma vez que não responde ao impositivo constitucional, porque falta alguns elementos integrantes do comando constitucional.

Nesse diapasão, conveniente ressaltar que em determinadas circunstâncias, precisamente nos casos de ofensa ao princípio da isonomia, a inconstitucionalidade por omissão parcial pode tornar-se inconstitucionalidade por ação (omissão inconstitucional aparente). A primeira se avista com a emanção de lei que contempla positivamente um grupo, classe, esquecendo outros (exclusão constitucional por equívoco – apreciação incompleta), já a segunda se depara quando há ato incompatível com o princípio da igualdade.

Em verdade, o desafio a que se depara o juiz diante da mencionada problemática de confusão de exclusão constitucional e omissão inconstitucional aparente é quanto à declaração de constitucionalidade. Isto é, ou declaram inconstitucionais as normas que contenham essas omissões, sob o fundamento de efetiva violação ao princípio da igualdade (inconstitucionalidade por ação), ou sob o fundamento de que há uma omissão inconstitucional parcial, porque houve uma apreciação incompleta, por equívoco (inconstitucionalidade por omissão).

Conforme os ensinamentos de Flávia Piovesan, diante da problemática existente, a inconstitucionalidade por ação vincula-se à ação excessiva dos Poderes Públicos, que resulte norma jurídica válida, enquanto a inconstitucionalidade por omissão está vinculada à omissão, total ou parcial, dos Poderes Públicos, que enseje norma constitucional ineficaz ou que impeça alcance a norma constitucional de eficácia plena.¹⁹

Têm-se a resolução do conflito segundo concepções de Clèmerson Clève e Gilmar Mendes, de forma semelhante, ao alegarem que há uma fungibilidade entre os dois modos de declaração de inconstitucionalidade, seja no controle da norma,

¹⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin, ob. cit., p.328

¹⁹ PIOVESAN, Flávia, ob. cit., p. 101

seja no controle da omissão (ação direta de inconstitucionalidade e controle abstrato da omissão), bem como, há evidência de cumulação de ações ou pedidos. Isto é, formal e materialmente há um mesmo objeto que decorre da norma incompleta.²⁰

Enfim, todos os Poderes Constituídos estão obrigados a cumprirem com suas competências designadas pelos imperativos constitucionais. Caso um desses Poderes não execute suas funções, causarão uma inércia constitucional, por não efetivarem os comandos da Constituição, tornando, por sua vez, inaplicáveis os direitos nela compreendidos. Tal inércia, na esfera legislativa, pode ser classificada de variadas formas, quais sejam materiais/formais, absolutas/relativas e totais/parciais. Os meios de controle a coibir as aludidas omissões são ou por ação direta de inconstitucionalidade ou por mandado de injunção, que a seguir serão estudados.

2.2. Mandado de Injunção

Tem-se como marco histórico para a criação do mandado de injunção, o remédio *Equity* do direito inglês (juízo discricionário, em caso concreto, feito quando esta presente a falta de norma legal ou a falta de proteção suficiente dada pelo *Common law*); o *writ of injuction* do direito norte-americano (finalidade de coibir a violação às normas constitucionais, leis ou obrigações contratuais e ordenar a prática de ato violador em razão de omissão); e o *verfassungsbeschwerde* do direito alemão (ação constitucional de defesa dos direitos fundamentais, em casos omissivos ou comissivos, perante o Tribunal Constitucional Federal).²¹

Analisando os aludidos marcos históricos, as propostas iniciais do mandado de injunção feita no Brasil (a idéia de controle judicial das omissões do poder público) e a redação atual do instituto (consagra a idéia de defesa de direitos subjetivos, em face a omissão do legislador ou qualquer outro órgão de poder estatal regulatório), não deixa dúvidas de que, embora haja as proximidades dos esposados institutos alienígenas (como a denominação), o ordenamento brasileiro criou um instituto com as suas devidas singularidades.

²⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin, ob. cit., p. 361 e MENDES, Gilmar Ferreira e outros, ob.cit., p.1190

²¹ CUNHA JUNIOR, Dirley, ob. cit., p.531/532.

O mandado de injunção brasileiro é previsto no art. 5º, LXXI, da CF/88, e fixa: “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”.²² Deste preceito extrai-se, como informa Luis Roberto Barroso, dois requisitos para o pedido de injunção, quais sejam, a indicação de uma liberdade constitucional ou prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania e à cidadania cujo exercício esteja violado e a ausência de norma regulamentadora, criando a indesejável inviabilização.²³

Acerca de tal indicação dos direitos consagrados pelo mandado de injunção, há dissenso na doutrina. Uns juristas restringem as prerrogativas, delimitando somente aquelas previstas no mandamento, isto é, inerente à *nacionalidade, à soberania e à cidadania* cujo exercício esteja violado, bem como outros abordam que os *direitos e liberdades constitucionais*, não podem elencar outros direitos, como os sociais e políticos e há aqueles que englobam todos os tipos de direitos, liberdades constitucionais e prerrogativas.

A regra é que os direitos consagrados no mandado de injunção venham abranger a defesa de todos os direitos constitucionais, tais como os individuais, coletivos, difusos, políticos e sociais, desde que o impetrante esteja impedido de exercê-lo, em razão da omissão do órgão legiferante. Dessa forma, se verifica o julgado do MI 107, ocorrido em 23 de novembro de 1989, de relatoria do ministro Moreira Alves:

A meu ver, não vejo razão suficiente para restringir os termos literais do inciso LXXI do art. 5º da Constituição – “direitos e liberdades constitucionais” – certo como é que a mesma razão que justifica a concessão do mandado de injunção aos direitos e garantias previstos nesse artigo 5º existe com relação aos outros direitos e garantias constitucionais (inclusive os sociais) cujo o exercício seja inviabilizado pela falta de norma regulamentadora.²⁴

Em referência ao outro requisito para impetrar o mandado de injunção, qual seja, ausência de norma regulamentadora, convém ressaltar que para conquistar o conceito deste, é imprescindível fazer uma interpretação extensiva dos

²² BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 4ª ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 35/2001. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 328

²³ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidade da Constituição brasileira*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 249

²⁴ MI 107/DF, STF, Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, liminar – questão de ordem julgada em 23.11.89. Revista Trimestral de Jurisprudência, n. 133, p. 29/30

mandamentos da Constituição, com fito de prevenir que as garantias constitucionais tenham a mais ampla eficácia possível. Isto é, não sejam abrangidos somente os atos legislativos, mas sim, toda e qualquer medida necessária para tornar efetiva a norma constitucional, incluindo, por sua vez, leis, decretos, regulamentos, resoluções, portarias, despachos administrativos e outros atos legais e administrativos.²⁵

Nesse diapasão, é visto o mandado de injunção como instrumento de concretização do princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, §1º, da CF/88), bem como, é garantia auto-aplicável em razão deste mesmo princípio.²⁶ Antônio Carraza nesta linha de raciocínio expõe:

Podemos, pois, conceituar o mandado de injunção como sendo o procedimento, previsto na Carta Suprema, pelo qual se visa obter ordem judicial que assegure, no caso concreto, o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania, e à cidadania, quando inviável, por falta de norma regulamentadora. Ele permite o desfrute, em toda a latitude do termo, dos direitos e das liberdades constitucionais e, nesse sentido, a realização prática do disposto no art. 5º, §1º, da CF.²⁷

Destarte, nas palavras de Dirley da Cunha, o mandado de injunção, consoante definição dada no art. 5º, LXXI, da CF/88, constitui uma ação de controle incidental de constitucionalidade das omissões do poder público, dada a existência de inércia estatal inviabilizadora da efetividade e da fruição de um direito fundamental, que se perfaz, por sua vez, na relação de causalidade entre omissão (ausência de norma regulamentadora) e impossibilidade de fruição do direito fundamental (exercício do direito, aplicabilidade da Constituição).²⁸

Ademais, somente pode-se verificar a impetração e concretização do mandado de injunção, quando o Poder Constituído não faz as devidas medidas regulatórias, advindas da norma de eficácia limitada ou reduzida, bem como, quando já expirado o prazo fixado na Constituição para edição de norma regulamentadora.

²⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *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. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p.533.

²⁶ PIOVESAN, Flávia, ob. cit., p. 142

²⁷ CARRAZA, Antonio Roque. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. São Paulo, ano 16, junho 1992, vol. 101, p.17

²⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley, ob. cit., p. 533

Nos casos de omissões parciais, o Supremo Tribunal Federal tem declarado incabível proposição de mandado de injunção (exemplo: MI 79-4, DJ 02.08.90, MI254-1, DJ 02.10.92).

Há juristas, entretanto, como Dirley da Cunha²⁹, Flávia Piovesan³⁰ e outros, que optam por adotar entendimento diverso da Corte Constitucional. Argumentam que quando há inviabilização do direito fundamental, por incompletude/deficiência da norma reguladora (omissão parcial), já é motivo ensejador para se impetrar a ação injuncional, a fim de suprir a parte omitida. Outrossim, afirmam haver violação do princípio da economia processual por exigir inicialmente que o jurisdicionado adquira a declaração de inconstitucionalidade de lei preexistente (ação direta de inconstitucionalidade), e posteriormente impetre o mandado de injunção.

Noutro norte, compreendido o conceito e os requisitos do mandado de injunção, importante destacar também as legitimidades ativa e passiva, o objeto, os procedimentos, a competência para julgamento, os efeitos e a finalidade do mandado de injunção, a fim de conquistar uma melhor compreensão de funcionamento deste instrumento de defesa constitucional, garantidor à efetividade e fruição dos direitos, liberdades constitucionais e as prerrogativas inerentes à soberania, à nacionalidade e à cidadania.

A legitimidade ativa para a impetração do mandado de injunção pode ser de toda e qualquer pessoa, física ou jurídica, os entes coletivos, como, os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, as organizações sindicais e as entidades de classe ou associações legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses dos seus membros, que tenham tido seus direitos obstados pela falta de norma regulamentadora.³¹

Nos casos em que o direito prejudicado for difuso ou coletivo, o Ministério Público poderá ingressar com mandado de injunção conforme dispõe o art. 129, III, da CF/88, bem como, essa legitimidade dada ao Ministério Público não impedirá a de terceiros, nas mesmas hipóteses, ingressar com o aludido instrumento

²⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley, ob. cit., p.536

³⁰ PIOVESAN, Flávia, ob. cit., p.138

³¹ OLIVEIRA, Phelipe Toledo Pires de. *Das omissões legislativas e seus instrumentos de combate à luz dos recentes julgados do Supremo Tribunal Federal*. Artigo Disponível em: <http://www.escola.agu.gov.br/revista/2008/Ano_VIII_junho_2008/Das%20omiss%C3%B5es%20legislativas%20-%20Phelippe.pdf> Acesso em: 19.08.08 às 13h26, p. 04

constitucional, segundo prescreve o art. 129, §1º, da CF/88. Enfim, em situações concretas que o Ministério Público não agir como parte, deverá se por na função de *custo legis*.

A legitimidade passiva, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, recai somente sobre a autoridade ou órgão responsável pela expedição de norma regulamentadora, não comportando, portanto, qualquer hipótese de litisconsórcio passivo entre essas autoridades e órgãos omissos e particulares. Assim pode-se observar no MI 323-8, ocorrido em 14 de fevereiro de 1992, de relatoria do ministro Moreira Alves, senão vejamos:

Em face da natureza mandamental do mandado de injunção (...), ele se dirige às autoridades ou órgãos públicos que se pretendam omissos quanto a regulamentação que viabilize o exercício dos direitos e liberdades constitucionais (...), não se configurando, assim, hipótese de cabimento de litisconsórcio passivo entre essas autoridades e órgãos públicos que deverão, se for o caso, elaborar a regulamentação necessária, e particulares, que em favor do impetrante do mandado de injunção, vierem a ser obrigados ao cumprimento da norma regulamentadora, quando vier esta, em decorrência de sua elaboração, a entrar em vigor.³²

Ocorre que, há contrariedade desse entendimento por muitos juristas doutrinadores como Dirley da Cunha³³, Flávia Piovesan³⁴, Luís Roberto Barroso³⁵ e inclusive outro ministro da Corte Constitucional - Marco Aurélio de Mello (MI 305-0/DF, DJU 30.04.91, p.5335). Salientam que não raro a pessoa incumbida de tornar exercitável o direito seja a mesma responsável pela elaboração. Todavia, há casos que inexistente essa coincidência. Deve-se, portanto, recair ou na pessoa física ou jurídica, privada ou pública, que suportaria o ônus de eventual concessão do *writ*; ou sobre a parte a qual cabe prestar a obrigação que haja conservado inerte.

O objeto/finalidade do mandado de injunção também concentra diversidade de juízos. Opinam alguns juristas no sentido de que visa obter uma ordem judicial para que o órgão competente cumpra com seu dever de legislar, isto é, que a autoridade competente expeça a norma faltante. Outros juristas postulam no sentido de que o próprio Poder Judiciário, na sua função jurisdicional, crie a norma faltante,

³² MI 323-8/DF, STF, Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, DJU de 14.02.92, p.1164

³³ CUNHA JÚNIOR, Dirley, ob. cit., p.540/541

³⁴ PIOVESAN, Flávia, ob. cit., p. 145/146

³⁵ BARROSO, Luís Roberto, ob. cit., p. 257/259

de acordo ao direito postulado no caso concreto, ou seja, o Judiciário já na circunstância concreta supra a omissão legal.

Nas lições de Calmon de Passos o mandado de injunção é remédio de atuação de um direito já certificado. Portanto, seu objeto esta em definir originariamente, no caso concreto, a norma regulamentadora do preceito constitucional, advindo da omissão do poder constituído. Ao Judiciário, assim, é obrigado agir substantivamente exercitando a função que seria do legislador, no caso concreto, a fim de sanar o conflito e tornar efetivo e fruível o direito, a liberdade constitucional e a prerrogativa aferidas em postulação judicial.³⁶

Outra interpretação sustentável esta nas palavras de Luis Roberto Barroso³⁷, que informa ser o mandado de injunção um instrumento de tutela efetiva de direitos, que foram obstados de forma total ou parcial, por uma deficiente regulamentação. Assim, o objeto do mandado de injunção é a atuação do judiciário em suprir a lacuna legal no caso concreto, com fito de garantir que o direito tutelado seja efetivado. Portanto, não se destina a obtenção de uma decisão judicial no sentido de ordenar o órgão omissor a cumprir com seu dever de legislar.

O Supremo Tribunal Federal na maioria dos seus julgados não vêm compartilhando do mesmo posicionamento do aludido jurista e de outros que acompanham o entendimento deste. Segundo a Corte Constitucional o mandado de injunção possui como objeto a finalidade de obter uma ordem judicial para que o órgão omissor venha cumprir com seu dever de legislar, em qualquer das esferas omissas. Posicionam ainda no sentido de que não é cabível mandado de injunção nos casos de omissão parcial, conforme aludido em passagem anterior.

A competência para processar e julgar o mandado de injunção, de forma originária e recursal, é do Supremo Tribunal Federal (originária – art.102, I, q, da CF; recursal – art. 102, II, “a” e III, “a”, da CF), do Superior Tribunal de Justiça (originária e recursal - art. 105, I, “h”, da CF), dos Tribunais Regionais Eleitorais (originária) e do Tribunal Superior Eleitoral (recursal –art. 121, §4º, V, da CF). Na Justiça Estadual

³⁶ PASSOS, J. J. Calmon de. *Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de injunção, habeas data, Constituição e Processo*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 98/99

³⁷ BARROSO, Luís Roberto, ob. cit., p. 252.

cabe às Constituições Estaduais estabelecerem a competência de órgãos para processar e julgar o mandado de injunção, quando referente a omissões estaduais.³⁸

O procedimento adotado para julgamento do mandado de injunção ainda não foi regularizado, de forma a possuir sua lei específica. Por isso, utiliza-se no que couber, as normas provenientes do mandado de segurança – Lei n.º 1533, de 31 de dezembro de 1951, conforme dispõe a Lei n.º 8038, de 28 de maio de 1990. Nesse sentido, é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, consoante demonstra o julgamento do Mandado de Injunção n.º107/DF, de relatoria do ministro Moreira Alves, que aduz:

Assim fixada a natureza jurídica desse mandado, é ele, no âmbito da competência dessa corte – que esta devidamente definida no art. 102, I, q -, auto-executável, uma vez que, para ser utilizado, não depende de norma jurídica que o procedimento ao mandado de segurança, no que couber.³⁹

Os efeitos da decisão do mandado de injunção são apresentados na doutrina sob diversos alvites, no entanto, três são as correntes predominantes, quais sejam, ou edita-se a norma regulamentadora faltante, suprimindo a omissão legal; ou declara a existência de omissão inconstitucional, dando ordens ao órgão omissor a cumprir com seu dever de legislar; e/ou torna efetivo o exercício do direito tutelado, por meio da atividade interpretativa, integrativa e criativa do juiz, diante do caso concreto.

Flávia Piovesan elucida, acerca das correntes doutrinárias, que a primeira (edição de norma) não poderia ser sustentável, já que afrontaria o princípio da separação dos poderes, bem como não condiziria com a finalidade do mandado de injunção (visa tutelar direito subjetivo e não objetivo - sanar o vício da ordem jurídica). A segunda (declarar omissão e dar ciência ao órgão omissor a cumprir seu dever de legislar) também não seria sustentável, porque estaria sendo atribuído ao mandado de injunção a mesma finalidade da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. E a terceira (efetivar o exercício do direito, pela criação judicial) seria a única sustentável, porque é atribuído um julgamento através da analogia, dos princípios gerais do direito, dos costumes, da equidade, da hermenêutica jurídica,

³⁸ VELLOSO, Carlos Mario da Silva. As novas garantias constitucionais: o mandado de segurança coletivo, o habeas data, o mandado de injunção e a ação popular para defesa da moralidade administrativa. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, ano 85, abril/maio/junho 1989, vol. 306, p. 39/40

³⁹ MI 107/DF, STF, Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, liminar – questão de ordem julgada em 23.11.89. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, n. 133, p. 11/12

com fito de buscar uma solução efetiva, sem deixar de concretizar o exercício de um direito fundamental.⁴⁰

Luis Roberto Barroso, também acerca das correntes apontadas e dos efeitos da decisão, articula de forma semelhante, entendendo que a melhor posição é a de consagrar o provimento judicial na espécie de natureza constitutiva, efeito *inter partes* e caráter mandamental. Isto é, caberia ao juiz criar a norma regulamentadora para o caso concreto, suprimindo a lacuna do ordenamento, atendendo a pretensão veiculada, de forma a ordenar um mandamento para que se faça ou não alguma coisa.⁴¹

Dirley da Cunha, com entendimento igual aos dos juristas aludidos, enuncia que o Judiciário deverá formular a norma necessária, que em seu bojo deverá conter os critérios relevantes e as condições imprescindíveis, com fito de suprir a omissão inconstitucional, efetivar a fruição imediata do direito, e por fim, dar a solução ao caso concreto, estipulando efeito *inter partes*. Em resumo, afirma que o mandado de injunção destina-se a tornar prático o princípio da aplicabilidade imediata de todos os direitos fundamentais (art. 5º, §1º, da CF/88), porque consiste na idéia de efetivar o direito fundamental como a própria Constituição.⁴²

O Supremo Tribunal Federal, nesse passo, inicialmente destacava a idéia de que o mandado de injunção somente deveria declarar a inconstitucionalidade e dar ciência ao órgão omissor para que cumprisse com o seu dever de legislar. Dessa forma, é verificado em determinados julgados, quais sejam, MI 107-3 e MI 168-5, senão vejamos:

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 artigo 5º, LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e ação que visa 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 direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, da Carta Magna).⁴³

⁴⁰ PIOVESAN, Flávia, ob.cit., p. 148 a 166

⁴¹ BARROSO, Luis Roberto, ob. cit, p. 259 a 269

⁴² CUNHA JÚNIOR, Dirley, ob. cit., p. 550

⁴³ MI 107/DF, STF, Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, DJU de 23.11.89, p. 11/60

O mandado de injunção nem autoriza o judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo omitido, nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato ato concreto de satisfação do direito reclamado: mas, no pedido, posto que de atendimento possível para a declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente supra.⁴⁴

Posteriormente, a decisão da Suprema Corte Constitucional veio se alterando no sentido de que o mandado de injunção deveria declarar a omissão inconstitucional, estipular prazos para que o órgão omisso cumprisse com o seu dever de legislar, e caso este não viesse a concretizar a ordem mandamental, seria assegurado ao impetrante um título jurídico para obter do poder público uma reparação devida. Deste modo se vislumbra no julgado – MI 283, de relatoria do ministro Sepúlveda Pertence, conforme destaca:

Mandado de injunção: mora legislativa na edição da lei necessária ao gozo do direito à reparação econômica contra a União, outorgado pelo art. 8º, § 3º, 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 – que, no pedido constitutivo ou condenatório, formulado pelo impetrante, mas 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. 8º, § 3º) – “Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, a vida civil, atividade profissional específica, e decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica n. S-50-GM5, de 19.06.64, e n. S-285-GM5 será concedida reparação econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e entrar em vigor no prazo de dozes 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 constitucional de exercício obstado pela omissão legislativa denunciada.

3. Se o sujeito passivo do direito constitucional obstado é entidade estatal à qual igualmente se deva imputar a mora legislativa que obsta o seu exercício, é 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.

⁴⁴ MI 168-5/RS, STF, Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 21.03.90, DJU de 20.04.90, p. 3094, ementa.

4. Premissas, de que resultam, na espécie, o deferimento do mandado de injunção para:

a) Declarar em mora o legislador com redação à ordem de legislar contida no art. 8º, § 3º, ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e à 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 à 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.⁴⁵

Por fim, é de se constatar que o mandado de injunção trata-se de instrumento de garantia constitucional, que até agora se encontra em fase de construção procedimental, haja vista as inúmeras divergências de alvitre, quanto aos aspectos do objeto, conciliado com a estipulação da finalidade e os efeitos da decisão, além, da evidência da inexistência de lei específica regularizando o referido instrumento.

Todavia, ainda assim pode-se concluir com exatidão que o mandado de injunção configura-se uma ação impetrada por qualquer pessoa que tenha seu direito, liberdade constitucional e prerrogativas, obstado pela omissão estatal. Sua finalidade, em regra, é de tornar possível a fruição desses direitos violados, a partir da edição da norma ausente, ou da atividade criativa do juiz ao caso concreto, sanando o conflito.

2.3. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

A origem da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão brasileira teve como influência o preciso art. 283º da Constituição Portuguesa de 1976. Era prescrito neste os pressupostos de funcionamento da devida ação, estipulados como: que o não cumprimento da Constituição derive da violação de certa e determinada norma; que se trate de norma constitucional não exequível por si

⁴⁵ MI 283/DF, STF, Pleno, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, j. 14.11.91. Revista Lex – Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, v. 158, p. 98/99.

mesma; e que, nas circunstâncias concretas da prática legislativa, faltem às medidas legislativas necessárias para tornar exeqüível aquela norma.⁴⁶

Com efeito, a partir deste aludido preceito constitucional foi ensejado o surgimento da redação dada ao art. 103, §2º, da CF/88, que no seu contexto articula ser a ação direta de inconstitucionalidade por omissão uma medida para tornar efetiva a norma constitucional, isto é, um instrumento de controle de constitucionalidade, em sede abstrata, que visa suprimir uma omissão legislativa estatal, inviabilizadora da eficácia de uma norma constitucional, bem como, da própria Constituição.

Constata-se, por derradeiro, que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão trata de *um processo objetivo* à defesa da ordem fundamental contra as condutas com ela incompatíveis. Não se destina a proteção de relações subjetivadas. Outrossim, não pressupõe a configuração de um interesse jurídico específico, pois os legitimados da ação estão incumbidos de agir não como autores/partes, mas sim como Advogados do interesse público.⁴⁷

Em resumo, é possível destacar, dessarte, que a natureza jurídica do referido instrumento é de ser uma ação específica direcionada ao controle abstrato de constitucionalidade da omissão, bem como, sua finalidade é a defesa objetiva da Constituição, visando à *preservação da integralidade normativo-constitucional*.⁴⁸ No entanto, ademais, para uma melhor compreensão de como esse instrumento constitucional funciona, mister se faz elucidar não só seu conceito e natureza jurídica, mas o procedimento, os legitimados, o objeto e o efeito da decisão.

O procedimento adotado para o referido instrumento concilia-se com o mesmo previsto na ação direta de inconstitucionalidade por ação - Lei n.º 9.868/99, ressalvado o que for incompatível com a natureza e a finalidade da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. A regra, portanto, é de que o legitimado ativo ingresse com a ação, logo, o relator peça informações às autoridades ditas omissas, que após serem apresentadas, ouvir-se-á o Procurador-Geral da República, que por fim, remeterá os autos ao relator para então concluir sua análise e pedir data para julgamento.

⁴⁶ MIRANDA, Jorge, ob. cit., p. 284

⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira e outros, ob.cit., p. 1181

⁴⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley, ob. cit., p. 560

Neste lanço, convém ressaltar, que o Supremo Tribunal Federal tem entendido não ser necessária a manifestação do Advogado Geral da União na ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADI 23-3, de 01.09.89; ADI 480, de 25.11.94). Isto se comprova, haja vista a própria prescrição dada ao art. 103, §3º, da CF/88, que dita ser de competência do Advogado Geral da União defender ato ou texto impugnado, não podendo alegar, por conseguinte, defesa de ato inconstitucional, uma vez que inexistente este ato, em razão da ausência legislativa.

Entretanto, esse entendimento da Corte Constitucional não deve ser observado em absoluto, posto que existem os casos de omissões parciais, onde se constata um ato, ainda que de forma deficiente e incompleta. E é, nesse sentido, a competência do Advogado Geral da União em produzir defesa, na qualidade de curador de presunção de constitucionalidade de norma impugnada, quando presente ato normativo que descumpra o princípio da isonomia (omissão relativa) ou não atende satisfatoriamente uma imposição constitucional concreta (omissão absoluta parcial).⁴⁹

Ademais, referente ao pedido de liminar, em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, por ter esta ação constitucional à finalidade de dar ciência ao Poder constituído em adotar as medidas necessárias, e se tratar de órgão administrativo devendo fazê-la em trinta dias (art. 103, §2º, da CF), parece incompatível e inconcebível a idéia de liminar. Assim se vislumbra, conforme o julgado – ADI 267 e ADI 1458, todos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, senão vejamos:

A suspensão liminar de eficácia de atos normativos, questionados em sede de controle concentrado, não se revela compatível com a natureza e a finalidade da ação direta de inconstitucionalidade da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, eis, que, nesta, a única consequência político-jurídica possível traduz-se na mera comunicação formal, ao órgão estatal inadimplente, de que está em mora constitucional.⁵⁰

Não assiste ao Supremo Tribunal Federal, contudo, em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, §2º), a prerrogativa de expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente.⁵¹

⁴⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin, ob. cit., p. 342

⁵⁰ ADI 267/DF, STF, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 19.05.95, p. 13990

⁵¹ ADI 1458/DF, STF, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, j. 23.05.96, DJU de 20.09.96, p. 34531

Embora o entendimento do Supremo Tribunal Federal seja de apenas destinar-se a fazer a comunicação formal, ao órgão estatal inadimplente, de que este está em mora constitucional, tal posicionamento deve ser analisado sob outro ângulo, nas situações de omissões parciais. Isto porque, caso ocorra eventual declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, é recomendável a suspensão de aplicação da lei inconstitucional, e inclusive, se presentes os requisitos da cautelar, ser deferida a mesma.⁵²

No tocante à legitimidade ativa, idêntico são os proponentes da ação direta de inconstitucionalidade por ação, quais sejam, o Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa de Assembléia Legislativa ou Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Partido Político com representação no Congresso Nacional, Confederação Sindical e Entidade de Classe de âmbito nacional, conforme indica o rol taxativo do art. 103 da CF/88.

O Supremo Tribunal Federal, neste lanço, detalhou que para a confederação sindical é imposto à presença de no mínimo três federações sindicais (art. 535, da CLT) para sua formação, a fim de que não seja descaracterizada sua natureza jurídica e, por conseqüência, reconhecido a ilegitimidade *ad causam* (ADI-MC1121/RS, rel. min. Celso de Mello, julgada em 06.09.95). Para a entidade de classe de âmbito nacional, deve-se demonstrar o “âmbito nacional”, embora em muitas ações não é reconhecido a legitimidade *ad causam*, por não ser possível conceituar a expressão “de alcance nacional”, como observa nas várias jurisprudências.

Assinale, por fim, que para propor ação direta de inconstitucionalidade por omissão, segundo a Corte Constitucional, é necessário a demonstração da pertinência temática, ou seja, deve haver comprovação do interesse específico (defesa da ordem jurídica) posto ao conhecimento do Poder Judiciário. Para o Procurador Geral da República é indispensável à realização dessa exigência.

Entretanto, segundo o entendimento de alguns juristas e doutrinários, como Flávia Piovesan, essa posição adotada pela Suprema Corte não é concebível. O entendimento da exigência de comprovação de pertinência temática, segundo a jurista, é uma pura interpretação extensiva restritiva, calcada em noções

⁵² MENDES, Gilmar Ferreira e outros, ob. cit., p. 1196

estritamente processuais. Ou seja, estar-se-ia, em verdade, convertendo a referida ação, em um real instrumento de defesa de direito subjetivo, o que demonstra, por sua vez, a distorção jurídica.⁵³

A legitimidade passiva recae sobre os órgãos ou autoridades inertes/omissos na atuação de seus deveres de elaborarem medidas necessárias para tornar efetivas as normas constitucionais. Registre-se, entretanto, que tanto os integrantes da legitimidade ativa como da passiva não são considerados partes no processo. Tem-se tal entendimento o Supremo Tribunal Federal, uma vez que a natureza jurídica da ação direta de inconstitucionalidade por omissão é de processo objetivo, de defesa da ordem jurídica e não subjetivo em proteção de direito subjetivo, conforme notificado alhures.⁵⁴

O objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão é a mora inconstitucional dos órgãos competentes para a concretização da norma constitucional, confirmada como todo ato ou medida omissiva do poder público (executivo, legislativo e judiciário) que inviabilize a efetividade de uma norma constitucional. Na concepção do Supremo Tribunal Federal o objeto da devida ação são todas as omissões de medida normativa, seja ela total ou parcial (vide tópico 2.1, quanto ao tipo de declaração que se deve dar).

Clèmerson Clève acerca deste aspecto elucida que a omissão de ato/medida normativo é de conceito amplo, não compreendendo, portanto, somente a omissão legislativa, mas as omissões normativas de cunho administrativo (regulamentos, instruções) colidente com a Constituição.⁵⁵ Antonio Carraza, em mesmo alvitre, enuncia que a inexecução da Constituição decorre não pela falta de lei, mas de inexecução das leis existentes, isto é, caberia a ação direta de inconstitucionalidade por omissão permitindo que a ilegalidade por omissão (leva uma inconstitucionalidade por omissão) seja afastada.⁵⁶

A competência para processar e julgar originariamente a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, no que se refere a omissão de atos/medidas para tornar efetiva a norma constitucional, seja do âmbito da União, dos Estados ou dos Municípios, é do Supremo Tribunal Federal. Assim ocorre, tendo em vista ser todo

⁵³ PIOVESAN, Flávia, ob.cit., p. 118/120

⁵⁴ CUNHA JÚNIOR, ob. cit., p.563.

⁵⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin, ob. cit., p. 343/344

⁵⁶ CARRAZA, Roque Antônio, ob. cit., p. 13/14

controle de constitucionalidade abstrato de competência da cúpula máxima da justiça, qual seja, Supremo Tribunal Federal, que é o órgão guardião da Constituição Federal.⁵⁷

Vale registrar, ainda nesse passo, que por ter os Estados força para instituir suas próprias normas, isto é, sua própria Constituição, a competência do controle de constitucionalidade das omissões de medidas que inviabilizam a efetividade das normas constitucionais estaduais, é do Tribunal de Justiça. A este Tribunal cabe processar e julgar originariamente a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, de omissões de atos que não tornaram efetivo mandamento, frise-se, da Constituição Estadual.

Os efeitos da decisão judicial da ação direta de inconstitucionalidade por omissão devem corroborar o preceito constitucional inscrito no art. 103, §2º, da CF/88. Isto é, deve ser dado ciência ao poder competente omissor, a fim de que este adote as medidas necessárias a tornar efetiva a norma constitucional. E ao se tratar de órgão administrativo, além de ser dado a aludida ciência, estipular-se-á o prazo de trinta dias para a consecução das tomadas de providências, sob pena de responsabilização da autoridade omissa.

Depreende-se, assim, que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal inicialmente era de declarar a omissão (inércia legislativa) ou a execução (inércia executiva), ao ser dado a procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Portanto, não seria concebível a idéia da colenda Corte proferir já de antemão a produção da legislação da norma ausente, bem como, fazer a execução do ato administrativo não cumprido, tudo em razão da proteção ao Princípio da harmonia e Separação dos Poderes.

Ademais, por derradeiro, a decisão judicial da ação direta de inconstitucionalidade por omissão teria eficácia declaratória ou mandamental, a depender da esfera da omissão, seja no âmbito legislativo ou executivo. Os efeitos desta referida decisão seria *ex tunc*, porque somente retroagiria os efeitos à data em que a omissão se materializou. E quanto ao aspecto da responsabilização seria

⁵⁷ CUNHA JÚNIOR, ob. cit., p. 563.

resolvida a questão, independente das sanções de outra natureza, por direito a perdas e danos.⁵⁸

Ocorre que, após inúmeras críticas de doutrinadores e juristas, como Luis Roberto Barroso, José Afonso da Silva, Mauro Cappelletti, Clèmerson Clève, e outros, acerca da forma sistemática como eram estabelecidos os efeitos da decisão, o entendimento do Supremo Tribunal Federal vem adotando entendimento diverso, daquele posicionado alhures. Isto tudo em razão da nova visão do direito constitucional, sob a ótica do neoconstitucionalismo. No entanto, essa nova concepção, será melhor explanada no capítulo próximo.

Mas, para um breve vislumbre, acerca dos novos entendimentos, enuncia-se que a forma como estavam sendo estabelecidos os efeitos da decisão judicial, é incompatível com a sistemática do novo ideal constitucional. A supervalorização do princípio da separação dos poderes não pode coadunar com a idéia de supremacia da Constituição. Outrossim, deve-se observar um sistema de freios e contrapesos, ao que se refere às competências de cada poder constituído, conciliado com a idéia do Estado Democrático de Direito – Constituição Dirigente (proporcionar a igualdade material, por meio da lei, de forma que todos os direitos sejam aplicados).

Enfim, o que vale registrar, é que a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é um instrumento de controle abstrato, somente ajuizado por um grupo seletivo, estipulado em mandamento constitucional. Tem a finalidade de fazer a defesa da ordem jurídica (processo objetivo), de modo que torne efetiva uma norma constitucional (há um nexo causal entre poder omissivo e não efetividade de qualquer norma – qualquer direito, não somente o fundamental). E em face da natureza objetiva e abstrata os efeitos da decisão judicial são *erga omnes*.

⁵⁸ CARRAZA, Antonio Roque. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. São Paulo, ano 16, junho 1992, vol. 101, p. 14/15

3. O ESTADO-JUIZ E A OMISSÃO LEGISLATIVA

3.1. Aspectos históricos: Princípio da Separação dos Poderes frente à necessidade de adequação para alcançar a verdadeira aplicação da Constituição

Ficou assentado no primeiro capítulo que durante o período de transição histórica do Estado Liberal de Direito ao Estado Democrático de Direito, houve diversos acontecimentos culturais, políticos e econômicos que influenciaram, formal e materialmente, na criação da atual Constituição Federal, denominada Constituição Dirigente. Outrossim, houve a modificação na forma de atuação do Estado para com a sociedade (meios de intervenção) e da sociedade para com o Estado (meios de garantir os direitos fundamentais).

No período do Estado Liberal evidenciou-se a separação entre sociedade civil (esfera privada) e Estado (esfera pública). Isto é, os cidadãos eram livres (para agirem, fazerem escolhas) perante o Estado e iguais diante da lei (eram sujeitos de direito, não estavam ligados aos privilégios de hierarquia social determinada no absolutismo). Em suma, o cidadão era guiado por um ideal de liberdade que buscava *“no espaço público a possibilidade de materializar as conquistas implementadas no âmbito do Estado que assumiu a feição de não interventor.”*¹

A função do Estado não interventor, impossibilitado de controlar politicamente a sociedade (pluralista porque fundada em diferentes valores), gerava uma burguesia que formalmente sustentava os princípios da revolução social (ideais contra o absolutismo) e materialmente (na aplicação política) sobressaltava os princípios de uma ideologia de classe. Ou seja, o vitorioso Estado Liberal (também chamado de burguês) *elevava “os direitos da liberdade ao cume da ordem política. Liberdade essa, indispensável à manutenção do poder político e que, só nominalmente, se estendem às demais classes.”*²

¹ MAULAZ, Ralph Batista de. *Os paradigmas do Estado de Direito – o Estado Liberal, o Estado Social (socialista) e o Estado Democrático de Direito*. Artigo disponível em: <www.atame-df.com.br/material/doc/mat06032401.doc> Acesso em: 27.11.2008, às 16h54, p. 03

² MAULAZ, Ralph Batista de. *Os paradigmas do Estado de Direito – o Estado Liberal, o Estado Social (socialista) e o Estado Democrático de Direito*. Artigo disponível em: <www.atame-df.com.br/material/doc/mat06032401.doc> Acesso em: 27.11.2008, às 16h54, p. 06

Portanto, verificou-se a formação de uma sociedade totalmente desigual, porque os referidos princípios da revolução social, isto é, o da defesa da liberdade individualista (liberdade política), somente se estendeu a determinadas classes sociais. As outras camadas (dos proletariados da sociedade, dos despossuados de bens) sofriam (na tomada de escolhas sem lograrem êxito) com a emancipação da economia de mercado capitalista. Por isso, que na época, surgiram manifestações sociais pedindo uma melhoria de condições materiais de existência (dos desabrigados, por exemplo) e uma atuação do Estado (como interventor) para proporcionar uma igualdade de oportunidades para todos os cidadãos.

Nestes termos, por tais razões, viu-se decorrer o declínio do liberalismo e o nascimento de uma nova concepção de atuação do Estado perante a sociedade, isto é, surgiu um novo Estado (Social Intervencionista/ Democrático de Direito), com inéditas revoluções no âmbito da proteção dos direitos fundamentais, para conquistar uma igualdade na liberdade, que por intervenção estatal, geraria a igualdade de oportunidades, desembocada na igualdade material, consagrada na vigente Carta Magna.

Nesse diapasão, importante colacionar a elucidação de Gomes Canotilho, salientando a igualdade material, geradora de uma igualdade de oportunidades e, por conseqüência, da justiça social, senão vejamos:

(...) o princípio da igualdade é não apenas um *princípio de Estado de direito* mas também um princípio de *Estado Social*. Independentemente do problema da distinção entre “igualdade fáctica” e “igualdade jurídica” e dos problemas económicos e políticos ligados à primeira (ex: políticas e teorias da distribuição e redistribuição de rendimentos), o princípio da igualdade pode e deve considerar-se um **princípio de justiça social**. (...)

Esta igualdade conexas-se, por um lado, com uma política de “justiça social” e com a concretização das imposições constitucionais tendentes à efectivação dos direitos económicos, sociais e culturais. Por outro, ela é inerente à própria ideia de *igual dignidade social* (e de igual dignidade da pessoa humana) consagrada no artigo 13º/2 que, deste modo, funciona não apenas com fundamento antropológico-axiológico contra *discriminações*, objectivas ou subjectivas, mas também como princípio jurídico-constitucional impositivo de compensação de desigualdade de oportunidades e como princípio sancionador da violação da igualdade por comportamentos omissivo (inconstitucionalidade por omissão).³

³ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2000, p.430/431

Pelo exposto, percebe-se que a preocupação primordial do novo Estado Democrático de Direito (vigência da Constituição Dirigente) é construir um bem estar social voltado tanto para diminuir as desigualdades sociais e econômicas, por meio da adoção de mecanismos jurídicos garantidores da aplicação do direito fundamental, como também, em dar ao Estado uma nova “atuação” perante a sociedade, sob a égide de uma original interpretação do princípio da separação dos poderes, a fim de alcançar uma efetiva aplicação da Constituição, conforme se verá.

A teoria da Separação dos Poderes criada por Montesquieu e interpretada por Carré de Malberg traduzia a idéia de assegurar a liberdade dos cidadãos, limitando os “poderes” das autoridades, mediante uma distribuição de funções estatais a órgãos diferentes. Numa melhor compreensão, transcrevem-se as palavras originais de Carré, informando que:

La forma en que Montesquieu presenta su teoría separatista implica que cree hallar en el Estado tres potestades diferentes, cuya reunión o haz constituye la potestad estatal total, pero que tienen un contenido diferente y que, por lo mismo se le muestran como iguales, independientes y autónomas en sus relaciones de unas con otras. A su vez, las tres clases de autoridades que corresponden a esta división tripartita de la potestad del Estado constituyen orgánicamente tres grandes poderes yuxtapuestos e iguales, en el sentido de que cada una de ellas posee una parte especial y diferente de la potestad estatal, así como tiene cada una de ellas su esfera de acción propia, en cuyo interior es independiente y dueña; de donde se deduce la consecuencia de que, en la esfera de cada uno de los tres poderes, el titular más elevado tiene realmente carácter de órgano supremo.⁴

Verifica-se, conforme o enunciado transcrito, que a aludida teoria tornou-se elemento caracterizador do período histórico do liberalismo. Viu-se tal afirmação em decorrência da ênfase em proteger a liberdade de escolhas dos cidadãos, sem interferência do Estado (antagonismo ao absolutismo). A idéia de separar o Estado e

⁴ MALBERG, R. Carré de. *Teoría General del Estado*, ob. cit., p. 757/758, apud BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Aspectos da teoria geral do processo constitucional: teoria da separação dos poderes e funções do Estado. *Revista da Informação Legislativa*, Brasília, a. 19, n. 76, out./dez. 1982, p. 110/111. A forma que Montesquieu apresenta sua teoria separatista implica acreditar em encontrar no Estado três poderes diferentes, cuja reunião o faz constituir a potência estatal total, que têm um conteúdo diferente e que, pelo mesmo se mostram como iguais, independentes e autônomas nas relações de umas com as outras. Por sua vez, as três classes de autoridades que correspondem a esta divisão tripartida de poderes do Estado constituem organicamente três grandes poderes justapostos e iguais, no sentido de que cada uma delas possui uma parte especial e diferente da potência estatal, assim como tem cada uma delas sua esfera de ação própria, em cujo interior é independente e dona; de onde se deduz a consequência de que, na esfera de cada um dos três poderes, o titular mais elevado tem realmente caráter de órgão supremo. (tradução livre)

a sociedade civil, que para José Alfredo, era “*considerada como separação externa e separação de poderes no Estado ou separação interna*” (mecanismo simétrico, dado no Estado Liberal, que garante o domínio dos negócios públicos pelo Estado, através da repartição de funções aos órgãos autônomos e independentes – forma de controle).⁵

No entanto, essa concepção da teoria da separação dos poderes, dada por Montesquieu e “fundada” no Estado Liberal, demonstrou-se diversa, quanto às interpretações e outras vezes ineficaz à luz dos alvites de vários juristas. Carré de Malberg⁶, por exemplo, declarou ser este princípio errôneo e inaplicável, porque os devidos preceitos conceituais eram tidos como inconciliáveis com o princípio da unidade do Estado e de seus poderes. Outros juristas declaravam que a interpretação deste princípio tem de ser conciliada com as relações e conflitos decorrentes das funções atribuídas aos diferentes órgãos estatais.⁷

A verdade é que após as inúmeras interpretações do princípio da separação dos poderes, este pode ser configurado quanto ao aspecto material, como critério jurídico de organização do Estado. Isto é, são atribuídos aos órgãos competências específicas, que, todavia, em determinados casos excepcionais e subsidiários não estão esses órgãos impedido de exercerem funções diversas. Já quanto ao aspecto formal constitui-se mecanismo de pesos e contrapesos, para conquistar um equilíbrio, em virtude da separação dos poderes.⁸ É o que se vislumbra nas palavras de Francisco Porrua Perez, conforme segue:

Repartida la soberanía entre varios órganos, correspondiendo a distintos órganos dentro del Estado ejecutar la soberanía dentro de un mismo plano de igualdad, se puede obtener un equilibrio que se traduzca en un prudente ejercicio del poder, en un balance de poderes, en el que un poder sirva de freno y de control al otro.⁹

⁵ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Aspectos da teoria geral do processo constitucional: teoria da separação dos poderes e funções do Estado. *Revista da Informação Legislativa*, Brasília, a. 19, n. 76, out./dez. 1982, p. 121

⁶ MALBERG, R. Carré de. *Teoría General del Estado*, ob. cit., p. 835, apud, BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Aspectos da teoria geral do processo constitucional: teoria da separação dos poderes e funções do Estado. *Revista da Informação Legislativa*, Brasília, a. 19, n. 76, out./dez. 1982, p. 112/113.

⁷ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Aspectos da teoria geral do processo constitucional: teoria da separação dos poderes e funções do Estado. *Revista da Informação Legislativa*, Brasília, a. 19, n. 76, out./dez. 1982, p. 106.

⁸ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Aspectos da teoria geral do processo constitucional: teoria da separação dos poderes e funções do Estado. *Revista da Informação Legislativa*, Brasília, a. 19, n. 76, out./dez. 1982, p. 106 e 118

⁹ PEREZ, Francisco Porrua. *Teoría del Estado*. Editorial Porrua, S.A., México, 1969, 5ª ed., p. 364, apud, BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Aspectos da teoria geral do processo constitucional:

Assim, hodiernamente, o princípio da separação dos poderes é compreendido à luz das diferentes realidades constitucionais (segundo a técnica da hermenêutica), de forma a possibilitar que a teoria da constituição e a experiência constitucional, possam mutuamente se completarem, esclarecerem e fecundarem. Deste modo, se verifica na flexibilização dada ao Poder Executivo para exercer poder regulamentar (medidas provisórias com força de lei), igualmente, quando é dado ao Poder Judiciário agir em determinados casos com ativismo criativo (sentenças aditivas proferidas em sede de controle de constitucionalidade).¹⁰

Por isso, percebe-se que consoante essa nova interpretação concedida ao Princípio da Separação dos Poderes, que serve de mecanismo solucionador, por meio da hermenêutica constitucional, da não resistência ao modelo positivista e outros, a possibilidade de ver alcançada a efetiva aplicação da Constituição Federal, bem como, dos direitos que nela estão estabelecidos, resolvendo, por sua vez, problemas como o das omissões estatais, conforme se estudará adiante.

3.2. O controle judicial das omissões legislativas

Ilustrou-se em capítulos e tópicos anteriores que, a partir da criação do Estado Democrático de Direito ou Estado Social (a qual Constituição Federal de 1988 se insere), houve o nascimento de uma nova ideologia constitucional (neoconstitucionalismo). A Carta Magna, hodiernamente, figura-se no centro de uma *“estrutura de poder de onde irradia a sua força normativa. É dotada de supremacia formal e material, determina a vigência e a validade das normas abaixo dela e fixa-lhes o modo de interpretação e compreensão.”*¹¹

teoria da separação dos poderes e funções do Estado. *Revista da Informação Legislativa*, Brasília, a. 19, n. 76, out./dez. 1982, p.114. Distribuída a soberania entre vários órgãos, correspondendo a distintos órgãos dentro do Estado ao exercitar a soberania dentro de um mesmo plano de igualdade, pode-se obter um equilíbrio que se traduz em um prudente exercício de poder, em um balanço de poderes, em que um poder sirva de freio e contrapeso a outro. (tradução livre)

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 156

¹¹ OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. A atuação do juiz no estado democrático de direito: Em busca do ponto de equilíbrio. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, José Luis Bolzain de; STRECK, Lenio Luiz (ORG). *Estudos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 103.

Em suma, a Constituição Federal de 1988 (Constituição Dirigente) constitui uma Carta voltada ao futuro, simboliza um “instrumento social” que *busca estar em consonância com a crescente complexidade de sociedade antagônica, aberta e plural*.¹² É caracterizada, assim, “*como pervasiva, invasora, capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e o estilo doutrinário, a ação dos agentes públicos e ainda influenciar diretamente nas relações sociais.*”¹³

Embora a aludida Constituição Dirigente do Estado Democrático de Direito, direcionada a alcançar uma justiça social, através de um corpo normativo (pervasivo, invasor) que define direitos fundamentais sociais como assenta diretrizes sociais, ainda necessita que os seus preceitos constitucionais sofram adequação segundo os dogmas da nova ideologia constitucional. Deste modo, se constata pelos inúmeros problemas controversos, quanto à forma de aplicação/efetivação das normas constitucionais e dos direitos que as estabelece, a resistência ao modelo positivista e outros.

Consoante o ensinamento de Lenio Streck, existe no Estado Democrático de Direito uma Constituição que contém promessas de modernidade não cumpridas, porque ainda não foram estas efetivadas pelos mecanismos da democracia representativa, bem como, em razão da inefetividade dessas aludidas promessas, há um aumento de demandas nos tribunais e discussões acerca dos limites de atuação destes (prevalência de posturas positivistas quando da aplicação do direito – crise de duas faces: uma crise de modelo de direito e outra crise refém do esquema aristotélico-tomista).¹⁴

Noutras palavras, dadas por Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto, o Estado-Juiz está vinculado no estalão do liberalismo, porque a destinação do juiz demonstra-se ser um “escravo da lei”, com atividade limitada em apenas declarar o direito (dogma do positivismo), quando, na verdade, deveria coadunar com a inédita ideologia do Estado Democrático de Direito social, que exige um novo modelo de

¹² PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2.ed. rev, atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.185.

¹³ STRECK, Lenio Luiz. O papel da constituição dirigente na batalha contra decisionismos e arbitrariedades interpretativas. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, José Luis Bolzain de; STRECK, Lenio Luiz (ORG). *Estudos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 179.

¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. O papel da constituição dirigente na batalha contra decisionismos e arbitrariedades interpretativas. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, José Luis Bolzain de; STRECK, Lenio Luiz (ORG). *Estudos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 179/180

juiz e, conseqüentemente, um novo Poder Judiciário, que venha a se posicionar, diante dos julgamentos, conforme critérios de justiça fixados na Constituição, no intuito de proteger os direitos fundamentais.¹⁵

Portanto, segundo Lenio Streck, é inexorável compreender que o novo dogma do direito instituído pelo Estado Democrático de Direito é incompatível com a teoria positivista das fontes (a concepção positivista identifica texto e norma, vigência e validade, ignorando a parametricidade formal e material da Constituição), com o predomínio dos discursos de fundamentação, embasados em regras (discursos positivistas, quando deveriam ser discursos da aplicação do direito – novo ideal constitucional) e, por fim, com o modo de interpretação substantivo-dedutivo (relação epistemológica sujeito-objeto, quando deveria ser feita a nova hermenêutica constitucional do papel criativo, integrador do juiz).¹⁶

Tal incompatibilidade, assim como a não superação da velha teoria positivista das fontes (prevalecendo o texto literal da lei, isto é, a objetividade do texto sobrepõe ao intérprete), é evidenciada em determinados julgados do Supremo Tribunal Federal, quando este interpretou que o dispositivo referente ao mandado de injunção (garantia constitucional) não é auto-aplicável, porque careceu de uma atividade concretizadora legislativa.¹⁷ Isto é, a devida garantia constitucional ficou no plano simbólico, tendo seus efeitos limitados ao plano da política, sem impor obrigações especificamente jurídicas.¹⁸

Após inúmeras críticas feitas por juristas e doutrinadores, como Flávia Piovesan, Roque Antônio Carraza, e outros (vide tópico 2.2), afirmando ser o mandado de injunção uma garantia auto-aplicável, em virtude do princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais

¹⁵ OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. A atuação do juiz no estado democrático de direito: Em busca do ponto de equilíbrio. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, José Luis Bolzain de; STRECK, Lenio Luiz (ORG). *Estudos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 105/106

¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. O papel da constituição dirigente na batalha contra decisionismos e arbitrariedades interpretativas. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, José Luis Bolzain de; STRECK, Lenio Luiz (ORG). *Estudos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.181/182

¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. O papel da constituição dirigente na batalha contra decisionismos e arbitrariedades interpretativas. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, José Luis Bolzain de; STRECK, Lenio Luiz (ORG). *Estudos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 181

¹⁸ WERNECK VIANNA et al., op. cit. p. 139, apud, CAMPOS, Sérgio Pompeu de Freitas. *Separação dos Poderes na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris ed., 2007, p. 257

(art. 5º, §1º, da CF/88), a Suprema Corte vem modificando seu posicionamento quanto a este (auto-aplicabilidade) e outros aspectos (efeitos e a finalidade do instituto), a fim de conseguir enquadrar o referido instrumento constitucional segundo a nova ideologia constitucionalista.

Vislumbra-se as aludidas modificações, em um principal e primeiro momento, ao analisar a eficácia social do mandado de injunção a partir do conceito do princípio da separação dos poderes. Isto é, estaria o Estado-Juiz, ao proferir os efeitos da decisão de mandado de injunção (edição da norma reguladora ausente, por meio de um ativismo judicial), violando a competência exclusiva do Poder Legislativo e, por conseguinte, o mencionado princípio? É consoante esta indagação que, nos conceitos de Flávia Piovesan e Eros Roberto Grau, se verá as alterações vitais do devido instrumento constitucional, ao enquadrá-lo no novo teor constitucional.

Ensina Flávia Piovesan que não há transferência de incumbência do poder de legislar para o Judiciário, porque o Estado-Juiz não estará elaborando normas gerais e abstratas, mas somente tornando fruível o exercício de direitos e liberdades constitucionais no caso concreto.¹⁹ Eros Roberto Grau, em mesma linha de raciocínio, elucida que sob o manto do princípio da supremacia da Constituição, cabe ao Poder Judiciário o dever de prover efetividade imediata do direito ou garantia constitucional (art. 5º, §1º, da CF/88) e por isso, em cada caso concreto, deverá o Estado-Juiz não apenas reproduzir o direito, mas também produzi-lo, desde que respeitados os princípios jurídicos, e não seja usurpado o poder de legislar - elaborar norma geral e abstrata.²⁰

O citado jurista ainda salienta que essa produção do direito (ativismo judicial), que integra o ordenamento jurídico, não viola o princípio da separação dos poderes, porque o Legislativo não detém o exercício da função normativa, mas apenas a função legislativa. Esta atualmente foi superada, no sentido de a razão humana não conseguir formular preceitos normativos unívocos, nas quais em sua integridade, constate todas as situações da realidade que devem ser reguladas.²¹ Mauro Cappelletti, nestes termos, enuncia que quando é acentuado o papel de criatividade judiciária (produção do direito), igualando a função jurisdicional à legislativa, não há que se falar em invasão de esferas de poderes, conforme aduz:

¹⁹ PIOVESAN, Flávia, op. cit., p. 169

²⁰ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*.^{12ª} ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p.321

²¹ GRAU, Eros Roberto, ob. cit., p. 322.

Devemos inquirir se a criatividade judiciária, ou sua mais acentuada medida, torna o juiz legislador; se, em outras palavras, assumindo os juízes (ou alguns deles, como os constitucionais e comunitários) papel acentuadamente criativo, a função jurisdicional termina por se igualar à legislativa, e os juízes (ou aqueles outros juízes) acabam por invadir o domínio do poder legislativo.

(...) Desde logo não estou absolutamente de acordo com essa assertiva: os argumentos desenvolvidos nos parágrafos precedentes e os resultados aí obtidos evidenciam que os juízes estão constrangidos a ser criadores do direito, “law-makers”. Efetivamente, eles são chamados a interpretar e, por isso, inevitavelmente a esclarecer, integrar, plasmar e transformar, e não raro a criar *ex novo* o direito. Isto não significa, porém, que sejam legisladores. Existe realmente, como me proponho agora demonstrar, essencialmente diferença entre processos legislativo e jurisdicional.²²

Dessa forma, ainda nas palavras de Mauro Cappelletti, não há texto qualquer que não deixa espaço para variações, lacunas e *nuances*. Nos casos de textos legislativos (lei), *representados por um conjunto de símbolos convencionais, cujo significado encontra-se sujeito a mudanças e aberto a questões e incertezas*, em razão das novas realidades que vão surgindo, há necessidade do papel de ativismo judicial, bem como, do interprete, com vistas a preencher as lacunas, exatificar as *nuances* e esclarecer as ambigüidades, por meio de escolhas, que na sua definição é:

Escolha significa discricionariedade, embora não necessariamente arbitrariedade; significa valoração e “balanceamento”; significa ter presentes os resultados práticos e as implicações morais da própria escolha; significa que devem ser empregados não os argumentos da lógica abstrata, ou talvez os decorrentes da análise lingüística puramente formal, mas também e sobretudo aqueles da história e da economia, da política e da ética, da sociologia e da psicologia. E assim o juiz não pode mais se ocultar, tão facilmente, detrás da frágil defesa da concepção do direito como norma preestabelecida, clara e objetiva, na qual pode basear sua decisão de forma “neutra”. É envolvida sua responsabilidade pessoal, moral e política, tanto quanto jurídica, sempre que haja no direito abertura para escolha adversa.²³

Logo, dada a necessidade de ver os preceitos constitucionais (os direitos fundamentais e garantias constitucionais) efetivados, bem como, a própria Constituição aplicada, deve-se dar ao Estado-Juiz o poder-dever de preencher e exatificar as lacunas, mediante a produção do direito (“criando a norma” e suprimindo a

²² CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores*. Porto alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993/ Reimpressão, 1999, p.73/74

²³ CAPPELLETTI, Mauro, ob. cit., p.22 e 33

omissão) no caso concreto, desde que todo este ativismo judiciário esteja de acordo com os padrões da realidade da atualidade, e seja feito de forma prudente e cautelosa (agir com responsabilidade e sob “controle”). Neste ínsito, imprescindível demonstrar como o juiz faz a referida “criação do direito” (hermenêutica), de forma responsável, e que não se envereda na função legislativa, senão vejamos:

De novo, porém, surge a pergunta: como configurar uma *substituição judicial de norma jurídica* que não se traduza em *criação de normas* pelo Judiciário?

c) Coloquemo-nos perante hipóteses de *omissão total* de normas que tornem, *prima facie*, inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais. Existirão, desde logo, casos em que a decisão injuntiva do tribunal se limita a revelar a *dimensão normativa autônoma* de alguns direitos e liberdades. Estamos a referir-nos aos direitos, liberdades e garantias constitucionais que, desfrutando de dimensões de *normatividade, actualidade, positividade e autonomia*, são susceptíveis de aplicabilidade directa. Não obstante a Constituição os colocar sob reserva da lei, os bens reentrantes no âmbito de protecção da norma são determinados e conformados *autonomamente* pela Constituição.

(...) o remédio criado pelo mandado de injunção não cria disciplina normativa, visa apenas *revelar* o conteúdo jurídico autônomo e obstar a quaisquer reticências colocadas pelos serviços competentes que pretendessem invocar inexistência de lei para neutralizar o exercício de um direito. Dir-se-á que os direitos em causa incluem no seu âmbito normativo *pretensões subjectivas originárias* dotadas de um espaço de conformação constitucional autônoma que permite adopção de medidas injuntivas contra a falta de *interpositio legislatoris*.²⁴

O que realmente faz o juiz ser juiz e um tribunal um tribunal, não é a sua falta de criatividade (e assim a sua passividade no plano substancial), mas sim (a sua passividade no plano processual, vale dizer) a) a conexão de sua atividade decisória com os “*cases and controversies*” e, por isso, com as partes de tais casos concretos, e b) atitude de *imparcialidade* do juiz, que não deve ser chamado para decidir *in re sua*, deve assegurar o direito das partes a serem ouvidas (“*fair hearing*”), (...) e deve ter, de sua vez, grau suficiente de *independência* em relação às pressões externas e especialmente àquelas provenientes dos “poderes políticos”.²⁵

Pelo exposto, extrai-se que diante dos casos de lacuna ou mesmo de omissão legislativa, o juiz exercerá, sob a forma de integração e complementação do direito normado, o dever de criar a norma de decisão para o caso concreto (efeito

²⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. Tomemos a Sério o Silêncio dos Poderes Públicos – O Direito à Emissão de Normas Jurídicas e a Protecção Judicial contra as Omissões Normativas. In: TEIXEIRA, Sávio de Figueiredo (ORG). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993, p.364/365.

²⁵ The “Mighty Problem” of *Judicial Review and the Contribution of comparative Analysis*, em *Southern Calif. Law Rev.*, p. 437 apud, CAPPELLETTI, Mauro, ob. cit., p. 74/75

inter partes, não há continuidade), desde que respeitando a finalidade do sistema normativo existente, bem como, a vedação de não elaborar normas gerais e abstratas (função do legislador).²⁶ Isto é, estará o Estado-Juiz de acordo com o procedimento interpretativo (necessidade de aplicar e efetivar o direito fundamental e a própria Constituição - princípio da ótima concretização da norma), condicionado à nova ideologia constitucional (ativismo judicial e da sistemática de freios e contrapesos), a fim de conseguir tornar efetivo o direito subjetivo pretendido (prerrogativa, liberdade, direito) ao se impetrar o mandado de injunção.²⁷

Portanto, o juiz não deve mais estar adstrito à idéia de que estaria violando o Princípio da separação dos poderes ao atuar com “criatividade” judiciária. Isto porque deve esse princípio ser compreendido à luz da sistemática de freios e contrapesos, em que um órgão do Poder deve ser fiscalizado e controlado por outro órgão de Poder. Isto é, sob esta ótica, o mandado de injunção deve ser interpretado, de forma que a omissão do órgão legislativo seja contida e controlada pelo órgão judiciário, ou seja, a partir da união dos conceitos dos princípios da prevalência da Constituição com o princípio do controle mútuo entre os poderes é que se faz possível compreender o instituto, pelo prisma da nova ideologia constitucional.²⁸

Na jurisprudência da Suprema Corte Constitucional, essa nova concepção do mandado de injunção, em que se demonstra uma original interpretação do princípio da separação dos poderes (pesos e contrapesos) e a idéia de ativismo judicial, todos com fito de integrar o ordenamento jurídico, preencher as lacunas, suprir as omissões, a partir da criação do direito, pode ser vislumbrada, nos seguintes trechos das decisões judiciais:

Indaga-se: assentada esta premissa, segundo a qual o provimento no mandado de injunção há de ser um provimento delimitado subjetivamente, podemos caminhar no sentido da prolação de uma sentença meramente declaratória quanto à omissão do Congresso Nacional?

A meu ver, não!

A omissão é premissa do provimento judicial, mas esse provimento, a meu ver, deve alcançar o desiderato previsto no tocante ao próprio instituto do mandado de injunção; deve viabilizar o exercício, em si, do direito, porque senão de mandado de injunção não se tratará, no caso, nem, tampouco, de uma sentença harmônica com esse

²⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes, ob. cit., p. 357.

²⁷ PIOVESAN, Flávia, ob. cit., p.172/174

²⁸ PIOVESAN, Flávia, ob. cit., p. 170/171.

instituto, mas de uma sentença pertinente à ação direta de inconstitucionalidade por omissão...

Peço vênia para, no caso, entender que o mandado de injunção tem desfecho concreto, não implica simplesmente em uma vitória de Pirro para a impetrante. O mandado de injunção deve viabilizar o exercício de direito previsto na Carta.

Com isso, concluo pelo acolhimento do pedido e estabeleço os requisitos que poderão vir a ser substituídos por uma outra legislação específica, tomando de empréstimo o que se contém no CTN quanto à imunidade relativa aos tributos e que beneficia as entidades mencionadas no § 7º do artigo 195 da Carta.²⁹ (Voto Ministro Marco Aurélio Mello)

O mandado de injunção por ter caráter substantivo, faz às vezes de norma infraconstitucional ausente e integra o direito ineficaz, em razão da ausência dessa norma infraconstitucional, à ordem jurídica, assim na linha da lição de Celso Barbi, no sentido de que o Juiz cria 'para o caso concreto do autor da demanda uma norma especial', ou adota 'uma medida capaz de proteger o direito reclamado'.³⁰

Por fim, diante da nova ideologia constitucional, o mandado de injunção vem sofrendo as alterações necessárias, com vistas a não tornar, hodiernamente, um instrumento ineficaz (ao tentar garantir o direito subjetivo pretendido). Isto é, a partir da sistemática de freios e contrapesos (o controle e fiscalização das funções dos poderes), do ativismo judicial ("criação do direito" de acordo com a técnica da hermenêutica constitucional), do poder-dever do Judiciário em prover efetividade imediata do direito ou garantia constitucional (art. 5º, §1º, da CF/88), o mencionado instrumento acaba tornando garantia eficiente à luz dos delineamentos da nova ideologia constitucional (concretiza o princípio da prevalência da Constituição – aplicabilidade/efetividade). Assim, pode-se desfechar tal conclusão nos ensinamentos de Sergio Bermudes e Celso Barbi, conforme vejamos:

Mediante a sentença, que concede a injunção o juiz não se limita a editar a norma regulamentadora faltante, emitindo, apenas, um preceito, cujo descumprimento habilitará a parte a propor outra ação, visando à tutela do seu direito (...). (...) Em outras palavras, e sinteticamente, o juiz compõe a lide; resolve o conflito, assegurando desde logo, o direito, a liberdade, a prerrogativa, cujo exercício a falta

²⁹ MI 232-RJ, STF, Pleno, j. 27.03.92. Revista Lex – Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, v. 167, p. 119-120. Trata da falta de norma regulamentadora do art.195, 7º, da Constituição Federal, em que o Supremo Tribunal Federal, deu ciência do estado de mora legislativa, estipulou prazo para que fossem adotadas as providências necessárias para o cumprimento do dever constitucional de legislar, sob pena, de vencido o prazo, sem que fosse adimplida a obrigação, a entidade impetrante gozasse de imunidade tributária.

³⁰ Temas de Direito Público. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 170, apud, FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. *Controle de Constitucionalidade na omissão legislativa: instrumentos de proteção judicial e seus efeitos*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 99

da norma regulamentar tornava inviável. Não teria sentido o juiz apenas enunciar a norma faltante, quando a injunção se insere no sistema constitucional de garantia.

(...)

Concedendo injunções, os juízes de todas as instâncias estarão exercendo, normalmente, a jurisdição, atuando a vontade concreta da lei, mediante sentenças suscetíveis de fazer coisa julgada somente às partes entre as quais forem dadas, sem nenhuma eficácia extravazante.

(...)

O mandado de injunção foi posto no elenco dos direitos e garantias fundamentais, exatamente, para assegurar a efetividade de direitos que a carta política não quis se esvaziassem de conteúdo prático pela falta de norma regulamentadora. Por isso, seria absurdo negar imediata eficácia ao mandado com o inaceitável pretexto de que não existem mecanismos para a sua atuação.³¹

A fórmula que parece mais adequada, e já vem merecendo a preferência dos que escreveram sobre o assunto (...) é a de o juiz criar, para o caso concreto do requerente de MI, uma norma especial, ou adotar uma medida capaz de proteger o direito do autor da demanda. Essa solução está de acordo com a função tradicional da sentença, que é resolver o caso concreto levado ao Poder Judiciário, mas limitando a eficácia apenas a esse caso, sem pretender usurpar funções próprias de outro Poder.³²

Noutro norte, o Supremo Tribunal Federal, em suas decisões, equiparava os efeitos do mandado de injunção aos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, isto é, havia em ambos os instrumentos constitucionais a constatação de uma omissão legislativa inconstitucional, que deveria ser resolvida através de uma expedição de ordem judicial ao legislador para colmatar a devida omissão/lacuna. E como não é possível conceber a idéia de dar as duas ações mandamentais efeitos idênticos, ou mesmo torná-los instrumentos ineficazes (não promover a efetividade do direito tutelado), não foi outra a evidência da imprescindibilidade de modificações neste âmbito, pela ótica da Corte Constitucional.

Desse modo, de acordo a nova ideologia constitucional (uma Constituição Dirigente no Estado Democrático de Direito), não deve mais a ação direta de inconstitucionalidade por omissão somente cientificar o órgão moroso para que adote as medidas necessárias, a fim de suprir a omissão (art. 103, § 2º, da CF/88) inviabilizadora da eficácia de uma norma constitucional, bem como da própria Constituição. Hodiernamente, com intuito de vislumbrar os princípios da prevalência

³¹ BERMUDEZ, Sérgio. Mandado de Injunção. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol.78, n.º 642, abril 1989, p.24/25

³² BARBI, Celso Agrícola. Mandado de Injunção. IN: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (COORD). *Mandado de Segurança e Injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 391.

da Constituição, da imediata aplicação dos direitos fundamentais, da ótima concretização da norma constitucional e da garantia de proteção judicial efetiva (art. 1º, da CF/88), o Supremo Tribunal Federal vem modificando seus posicionamentos, com vistas a não só cientificar o órgão moroso, mas também adotar medidas normativas e concretizadoras (prazos e uso de leis similares – sentenças aditivas) para a superação de inconstitucionalidade. Assim, pode-se verificar no seguinte trecho da decisão:

Não se pode afirmar, simplesmente, que a decisão que constata a existência da omissão inconstitucional e determina ao legislador que empreenda as medidas necessárias à colmatação da lacuna inconstitucional não produz maiores alterações na ordem jurídica. Em verdade, tem-se aqui sentença de caráter nitidamente mandamental, que impõe ao legislador em mora o dever, dentro de um prazo razoável, de proceder à eliminação do estado de inconstitucionalidade.

O dever dos Poderes Constitucionais ou dos órgãos administrativos de proceder à imediata eliminação do estado de inconstitucionalidade parece ser uma das conseqüências menos controvertidas da decisão que porventura venha a declarar a inconstitucionalidade de uma omissão que afete a efetividade de norma constitucional

O princípio do Estado de Direito (art. 1º), a cláusula que assegura a imediata aplicação dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º) e o disposto no art. 5º, LXXI, que, ao conceder o mandado de injunção para garantir os direitos e liberdades constitucionais, impõe ao legislador o dever de agir para a concretização desses direitos, exigem ação imediata para eliminar o estado de inconstitucionalidade.

Considerando que o estado de inconstitucionalidade decorrente da omissão pode ter produzido efeitos no passado – sobretudo se se tratar de omissão legislativa -, faz-se mister, muitas vezes, que o ato destinado a corrigir a omissão indevida do legislador.

No caso em questão, a omissão legislativa inconstitucional produziu evidentes efeitos durante esse longo período transcorrido desde o advento da EC n. 15/96. Diante da inexistência da lei complementar federal, vários Estados da federação legislaram sobre o tema e diversos municípios foram efetivamente criados ao longo de todo o país.

Municípios criados, eleições realizadas, poderes municipais devidamente estruturados, tributos municipais recolhidos, domicílios fixados para todos os efeitos da lei, etc.; enfim, toda uma realidade fática e jurídica criada sem qualquer base legal ou constitucional. É evidente que a omissão legislativa em relação à regulamentação do art. 18, §4º, da Constituição acabou dando ensejo à conformação e à consolidação de estados de inconstitucionalidade que não podem ser ignorados pelo legislador na elaboração da lei complementar federal. Assim sendo, voto no sentido de declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo

art. 18, §4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão.

Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI n. 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios.³³

Assim, conforme o julgado transcrito, o Supremo Tribunal Federal não só cientificou o órgão moroso, para que adotasse as medidas necessárias, como determinou prazo razoável, para que o Poder Legislativo fizesse a lei adequada. Ademais, em outros julgados, a “atuação” da Corte Constitucional se aperfeiçoou, no sentido de não só fixar prazo, como estipular que a sentença tornasse título executivo para a restituição/perdas e danos, caso não fosse cumprida a ordem judicial de legislar. Tais medidas incrementadas pelo Estado-Juiz (porque está fora da literalidade da lei – ativismo judicial), portanto, acabam estabelecendo a chamada sentença aditiva ou modificativa (integram ou complementam o que já foi estipulado pelo Legislador ou ainda tornam uma solução constitucional obrigatória que o Tribunal deva fazer diante dos casos concretos).

Vê-se, pois, que tanto o mandado de injunção como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão apresentam-se como instrumentos constitucionais, que vem se alterando consoante aos paradigmas da nova ideologia constitucional, no intuito de garantir o direito subjetivo e proteger a ordem jurídica. Enfim, realmente pretendem os aludidos instrumentos, dar efetividade e aplicabilidade a Constituição e aos direitos nelas estabelecidos. Os julgados recentes do Supremo Tribunal Federal, que conferem esse sentido, são os Mandados de Injunção n.º 670 e 712 (julgado em 25/10/2007 – discutia-se a greve no funcionalismo). Nestes a Corte Constitucional concedeu caráter mandamental e não declaratório ao Mandado de Injunção, tudo com o intuito de garantir o exercício de direito previsto na Constituição, apesar da omissão do Legislativo.

Por isso, a aspiração social em alcançar a igualdade de oportunidade, desembocada na igualdade material, instituídas no Estado Democrático de Direito

³³ ADI 3.682-3/ MT, STF, Rel. Min. Gilmar Mendes, D.J. de 06.09.2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 28.10.08 às 17h10, p. 309 a 311.

ou Estado Social ou ainda Estado Constitucional, dogmas da Constituição Dirigente ou Constituição Social, fizeram desses aludidos instrumentos constitucionais, meios eficazes a pretender proporcionar a justiça social, desde que embasados na inédita interpretação do princípio da separação dos poderes e no ativismo judiciário apoiado pela atividade de interprete constitucional (criando sentenças aditivas), que são uns dos vários paradigmas da nova ideologia constitucional.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988, também denominada de Constituição Dirigente, foi construída à luz dos vários aspectos históricos acontecidos entre o período do Estado Liberal de Direito até o Estado Democrático de Direito (nosso modelo atual de Estado). É compreendida como um instrumento social que organiza o exercício do poder político, define os direitos fundamentais e assenta as diretrizes sociais a serem conquistadas pelo Estado. Por fim, é composta de um conjunto de normas atributivas de direito, de organização e de conteúdo programático.

A efetividade e aplicabilidade das citadas normas constitucionais são analisadas de acordo a classificação ensinada por José Afonso da Silva. Isto é, podem essas normas terem eficácia plena, contida ou limitada. A regra, ditada por muitos doutrinadores e juristas, conforme abordado no desenvolvimento do trabalho, é para se observar a prescrição dada ao art. 5º, §1º, da CF/88, que indica a idéia do princípio otimizador da maior eficácia possível do direito ou garantia constitucional, incitando a desnecessidade de atividade legislativa concretizadora.

A norma constitucional que depende de atividade concretizadora legislativa para conquistar a efetividade e a aplicabilidade no mundo jurídico e social, impõe ao Poder Legislativo o dever de cumprir com a sua função de agir (prestação positiva) e/ou não agir (prestação negativa) diante da realidade dos fatos concretos. Caso esse referido Poder não desempenhe seu dever de legislar ocorrerá a chamada omissão legislativa inconstitucional, que é conceituada como toda ausência de medidas que inviabilizam a efetividade da norma constitucional e, por consequência, a própria Constituição.

A citada inconstitucionalidade por omissão ou omissão inconstitucional pode ser classificada nas seguintes modalidades: ação/omissão, originária/superveniente, material/formal, absoluta/relativa e total/parcial. Os meios de controle a coibir essas referidas omissões, independente de qual modalidade se encontre, são a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção, ambos configurados como instrumentos de garantia constitucional.

O Mandado de Injunção esta previsto no art. 5º, LXXI, da CF/88. Trata de uma ação de controle incidental de constitucionalidade de omissões dos poderes constituídos, quando há uma ausência de norma regulamentadora que inviabiliza o

exercício do direito, bem como a aplicação da própria Constituição. Possui como objeto a finalidade de o Estado-Juiz suprir a lacuna legal no caso concreto, mediante a criação do direito. Esta criação se faz pela integração e complementação do direito normado (técnica da hermenêutica constitucional – ativismo judiciário), desde que respeitando a vedação da produção de norma geral e abstrata e os princípios constitucionais.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão está prevista no art. 103, §2º, da CF/88. Trata de um instrumento de controle abstrato de constitucionalidade, que visa à defesa da ordem jurídica (defesa objetiva da Constituição). Possui como objeto finalístico não só cientificar o órgão moroso, bem como impor medidas normativas concretizadoras e eficazes (estipular prazos, por exemplo), a fim de que viabilize a eficácia da norma constitucional e a aplicação da Constituição Federal, colmatando, por conseguinte, a omissão inconstitucional. E põe as aludidas medidas dando ensejo a uma sentença aditiva ou modificativa, porque integram ou complementam o que já foi estipulado pelo legislador.

Assim se figuram os referidos instrumentos constitucionais, a partir da nova realidade constitucional instituída no Estado Democrático de Direito. Em “antigos” julgados do Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção eram tratados pela Corte Constitucional como duas ações constitucionais “iguais” e de efeitos idênticos, isto é, como garantias ineficazes para os legitimados.

Hodiernamente, a tendência das posições do Supremo Tribunal Federal diante das omissões legislativas é de pretender fazer com que o Estado-Juiz, em sede de Mandado de Injunção e de Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, adote em suas decisões medidas concretas a satisfazer o exercício do direito tutelado, bem como dar efetividade e aplicabilidade a própria Constituição. Ou seja, não pode mais ser deixado que dois instrumentos de garantia constitucional continuem, em plena nova ideologia instituída no Estado Democrático de Direito, ineficazes.

Dessa forma, assume o Poder Judiciário sua função de forma mais ativa, isto é, consagra a ideologia do Estado Democrático de Direito, que destaca o constitucionalismo social (Estado Interventor), vinculado na idéia de uma igualdade como condição de justiça (igualdade material, de oportunidades). Ou seja, no caso

das omissões legislativas deve o Estado-Juiz, sob o paradigma da hermenêutica constitucional, criar meios a efetivar a Constituição e os próprios direitos nela estabelecido, buscando, por sua vez, que seja concretizado a justiça social (aspirações sociais presentes na Constituição).

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Aspectos da teoria geral do processo constitucional: teoria da separação dos poderes e funções do Estado. *Revista da Informação Legislativa*, Brasília, a. 19, n. 76, out./dez. 1982.

BARBI, Celso Agrícola. Mandado de Injunção. IN: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (COORD). *Mandado de Segurança e Injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidade da Constituição brasileira*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BERMUDES, Sérgio. Mandado de Injunção. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol.78, n.º 642, abril. 1989.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 4ª ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 35/2001. São Paulo: Saraiva, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Ed, 2001.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores*. Porto alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993/ Reimpressão, 1999.

CARRAZA, Antonio Roque. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. São Paulo, ano 16, junho 1992, vol. 101.

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

CUNHA JÚNIOR, Dirley. *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. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. *Controle de Constitucionalidade na omissão legislativa: instrumentos de proteção judicial e seus efeitos*. Curitiba: Juruá, 2001.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Inconstitucionalidade por omissão: uma proposta para o constituinte. *Revista da Informação Legislativa*, Brasília, n.89, jan./mar. 1986.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*. 12ª ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

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

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma constituição*; trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: ed. Líder, 2002.

MAULAZ, Ralph Batista de. *Os paradigmas do Estado de Direito – o Estado Liberal, o Estado Social (socialista) e o Estado Democrático de Direito*. Artigo disponível em: <www.atame-df.com.br/material/doc/mat06032401.doc> Acesso em: 27.11.2008, às 16h54.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Social*. Ano 2- Jul/Set 2002 – nº 7.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: inconstitucionalidade e garantia da Constituição*. Ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1991, tomo VI.

OLIVEIRA, Phelipe Toledo Pires de. *Das omissões legislativas e seus instrumentos de combate à luz dos recentes julgados do Supremo Tribunal Federal*. Artigo Disponível em: <http://www.escola.agu.gov.br/revista/2008/Ano_VIII_junho_2008/Das%20omiss%C3%B5es%20legislativas%20-%20Phelippe.pdf> Acesso em: 19.08.08 às 13h26.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. A atuação do juiz no estado democrático de direito: Em busca do ponto de equilíbrio. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, José Luis Bolzain de; STRECK, Lenio Luiz (ORG). *Estudos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PASSOS, J. J. Calmon de. *Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de injunção, habeas data, Constituição e Processo*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2.ed. rev, atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Ed., 2007.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2007

STRECK, Lenio Luiz. O papel da constituição dirigente na batalha contra decisionismos e arbitrariedades interpretativas. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, José Luis Bolzain de; STRECK, Lenio Luiz (ORG). *Estudos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

VELLOSO, Carlos Mario da Silva. As novas garantias constitucionais: o mandado de segurança coletivo, o habeas data, o mandado de injunção e a ação popular para defesa da moralidade administrativa. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, ano 85, abril/maio/junho 1989, vol. 306.

JURISPRUDÊNCIA:

MI 107/DF, STF, Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, liminar – questão de ordem julgada em 23.11.89. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, n. 133.

MI 283/DF, STF, Pleno, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, j. 14.11.91. *Revista Lex – Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, v. 158.

MI 232/RJ, STF, Pleno, j. 27.03.92. *Revista Lex – Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, v. 167.

ADI 3.682-3/ MT, STF, Rel. Min. Gilmar Mendes, D.J. de 06.09.2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 28.10.08 às 17h10

ADIn – MC 1.458-7/DF, STF, Rel. Min. Celso de Mello, D.J. de 20.09.96. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 28.10.08 às 17h 20

MI 168-5/RS, STF, Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 21.03.90, DJU de 20.04.90, ementa.

MI 323-8/DF, STF, Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, DJU de 14.02.92.

ADI 267/DF, STF, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 19.05.95.