

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

Thiago Nacfur Macedo

A Omissão Inconstitucional e a Atuação
Normativa do Judiciário

Brasília – DF

2008

Thiago Nacfur Macedo

**Omissão Inconstitucional e a Atuação
Normativa do Judiciário**

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

Orientadora: Prof^a. Júlia Ximenes

Brasília – DF

2008

Thiago Nacfur Macedo

Omissão Inconstitucional e a Atuação Normativa do Judiciário

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

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

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

*A minha família,
Pela confiança.....*

Agradecimentos

Aos meus pais, José Roberto e Maria Célia, pelo amor e carinho incondicionais.

As minhas irmãs, Carolina e Roberta, pelo companheirismo.

A Viviane Melatti pela paciência e conselhos.

A minha orientadora, Júlia Ximenes, por dividir seu conhecimento comigo ao longo deste projeto.

“Os corações minguados não colhem rosas em seu jardim por temor aos espinhos; os virtuosos sabem que é necessário expor-se a eles para colher as flores mais perfumadas.”

*José Ingenieros
(O homem medíocre)*

Resumo

A omissão inconstitucional revelou-se como um dos temas mais polêmicos do Direito Constitucional. A sistemática desenvolvida para combater a inconstitucionalidade comissiva vem se mostrando incapaz de solucionar também os problemas relativos a omissão. A problemática cinge-se na concretização dos direitos sem que com isso se ofenda o princípio da separação dos poderes. No entanto, não há que se olvidar que este princípio, como é peculiar desta espécie normativa está em constante adaptação a realidade e, portanto, já não pode mais ser visto da forma como fora concebido. Em sendo assim, em face a evolução de tal princípio, hoje, sabe-se que é função do Poder Judiciário garantir o exercício dos direitos garantidos na Constituição, ainda que, para tanto, deva o judiciário estabelecer a norma para o caso concreto. A possibilidade de normatização do caso concreto completa o sistema de combate a omissão inconstitucional sem que haja qualquer ofensa ao princípio da separação dos poderes, pois ao Judiciário somente não é dado intervir nas normas programáticas, ficando estas sujeitas ao crivo de oportunidade e conveniência do legislador.

Palavras-chaves: concretização da Constituição Federal, Poder Judiciário, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, mandado de injunção e princípio da separação dos poderes.

Abstract

The omission proved to be unconstitutional as one of the most controversial issues of constitutional law. The systematic developed to combat unconstitutional acting showing has been unable to solve also problems concerning the omission. The issue focuses on the implementation of rights without having to be offended the principle of separation of powers. However, we must not forget that if this principle, as this is peculiar kind normative is constantly adapting to reality and therefore can no longer be seen how the outside designed. In so, given the evolution of that principle today, it is known that is a function of the Judiciary afford the exercise of rights guaranteed in the Constitution, even, for that, should the judiciary set the standard for the case. The possibility of normalization of the case complete the system of combating the omission unconstitutional without any harm to the principle of separation of powers because the judiciary is given not only intervene in the standards program and is subject to the sieve of opportunity and convenience of the legislature .

Key words: Implementation of the Federal Constitution, the Judiciary, direct action of unconstitutional default, warrant order and the principle of separation of powers.

Sumário

1 Introdução	10
I - Atuação normativa do juiz para suprir a omissão inconstitucional	
2. A concretização da Constituição e o dogma da separação dos poderes	15
2.1 A eficácia das normas constitucionais	26
2.1.2 ATipologia das normas constitucionais	27
2.2.3A vinculação específica aos direitos fundamentais	32
II - A omissão inconstitucional	
2.4 Caracterização da omissão inconstitucional	34
2.4.1 Omissão inconstitucional legislativa	35
2.4.2 Omissão inconstitucional administrativa	38
2.4.3 Caracterização da omissão inconstitucional na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal	41
2.5 Classificação da omissão inconstitucional	43
2.5.1 Omissão total ou absoluta	43
2.5.2 Omissão relativa ou parcial	43
2.5.3 Omissão por falta de atualização ou aperfeiçoamento da norma	44
III – Remédios Constitucionais	
2.6 Remédios disponibilizados pela Constituição contra as omissões inconstitucionais	45
2.6.1 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADI por omissão)	46
2.6.1.1 Os legitimados para propor a ADI por omissão	47
2.6.1.2 O procedimento da ADI por omissão	48
2.6.2 Mandado de injunção	49
2.7 Efeitos da decisão que reconhece a omissão inconstitucional	55
2.8 A possível mudança de jurisprudência	63
3 Conclusão	66
4 Referencias Bibliográficas	70

1 INTRODUÇÃO

A inconstitucionalidade por omissão é sem dúvida um dos temas mais tormentosos e, ao mesmo tempo, fascinantes, do direito constitucional moderno. A problemática envolve não só a questão da eficácia da Constituição, como também, desafia as ferramentas tradicionais de enfrentamento da inconstitucionalidade.

Mister é, que a doutrina e a jurisprudência têm evoluído consideravelmente na busca de soluções para as omissões que desafiam a norma fundamental.

Entre outras questões, podem-se lançar, de imediato, algumas das indagações que mais incomodam os operadores do direito constitucional. Quando se pode afirmar a caracterização de uma omissão inconstitucional? Quais as possibilidades de colmatação desta lacuna? Qual a eficácia do pronunciamento da corte constitucional que afirma a inconstitucionalidade por omissão do legislador? Quais as conseqüências jurídicas da sentença que afirma a inconstitucionalidade por omissão¹?

A solução desses problemas é de fundamental importância, sobretudo, para garantir a concretização da Constituição como um todo, ou seja, para a realização do Estado fundado na democracia e no Direito, pois tão grave quanto um comportamento contrário à Constituição, é a inação quando esta exige um comportamento.

Trata-se de um fenômeno relativamente novo, cujo instrumental desenvolvido para o combate às leis inconstitucionais, isto é, para os atos comissivos contrários a Constituição, vem se mostrando inócuo para enfrentar, também, as omissões inconstitucionais².

O tema da inconstitucionalidade por omissão foi amplamente debatido nos anos que antecederam a convocação e os trabalhos da constituinte de 1988. Como resultado, chegou-se a uma situação ímpar na história do tratamento do *non facere* diante da ordem de ação da Constituição. O constituinte deixava clara sua preocupação com a ineficácia da norma fundamental.

¹ MENDES, Gilmar; *Controle da omissão inconstitucional*.p. 138

² Barroso, Luiz Roberto; *Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*; p.32.

Sendo assim, foram concebidos dois remédios contra a patologia constitucional; (i) o mandado de injunção (art.5º, LXXI); e (ii) a Ação Direta por Omissão (art.103, § 2º).

Essas inovações, apesar do amplo debate, não foram precedidas de estudos criteriosos e de reflexões mais aprofundadas. Afigura-se, portanto, compreensível o clima de insegurança e perplexidade que elas acabaram por suscitar nos primeiros momentos. Esse estado de incerteza ocorreu em razão da jovialidade de uma “Teoria da Omissão Inconstitucional”. Em termos de direito positivo, o fenômeno só recebeu previsão nos textos constitucionais, e mesmo assim timidamente, a partir da década de setenta, com sua incorporação à Constituição da então Iugoslávia (1974) e à de Portugal (1976), esta última, de influência especial na Constituição brasileira, especialmente no que se refere ao tratamento da omissão inconstitucional³.

Nada obstante, em sede doutrinária, o tema é discutido há mais tempo. No começo do século XIX, ressaltava Kelsen que a configuração de um dever do Estado de editar determinada lei afigurava-se inadmissível⁴. Sob o império da Constituição de Weimar (1919) negava-se, igualmente, qualquer pretensão em face do legislador.

Nessa época vigiam na Europa as teorias de supremacia do parlamento, e, foi, sob a égide dessas idéias que chegou-se à maior violação dos direitos fundamentais da história da humanidade, o Holocausto.

Grandes inovações surgiram com a Constituição Alemã de 1949, na tentativa de evitar as causas que resultaram nas horríveis conseqüências vividas nas décadas anteriores. Garantiu-se então, a eficácia imediata dos direitos fundamentais, e a vinculação expressa do legislador a eles(art. 1º § 3º), bem como a Constituição como um todo (art.20,III).Intentava-se assim, garantir maior aplicação ao texto constitucional e assegurar aos cidadãos posição mais decisiva do Poder Judiciário na garantia dos direitos constantes na Carta Magna.

A Corte Constitucional Alemã viu-se compelida a enfrentar a questão atinente à omissão do legislador logo no seu primeiro ano de atividade.

Na decisão proferida em 1951, o Tribunal negou a admissibilidade do recurso constitucional contra a omissão do legislador, que, segundo o alegado, *fixara a*

³Barroso, Luiz Roberto. op. cit.p.33.

⁴ Mendes, Gilmar. op.cit.p.140.

pensão previdenciária em valor insuficiente para a satisfação das necessidades básicas de uma família. A Corte entendeu que os postulados contidos na lei fundamental não asseguravam, em princípio, ao cidadão, qualquer pretensão de uma atividade legislativa, suscetível de ser perseguida por recurso constitucional⁵.

Em 1957 e 1958 a mesma Corte profere entendimentos que estavam a sinalizar um novo caminho no tratamento das omissões inconstitucionais. No primeiro ano o Tribunal entendeu cabível medida judicial contra o parlamento, em casos de omissão parcial, reconhecendo que ao contemplar determinado grupo em detrimento de outros que estavam em situação semelhante, o legislador poderia atentar contra o princípio da isonomia. Já na decisão de 1958, deu-se situação distinta, mas nem por isso menos interessante. Diante de uma lei que fixava a remuneração de funcionários públicos, a Corte declarou que embora não estivesse legitimada a fixar os vencimentos dos servidores, dispunha ela de elementos suficientes para constatar que, em virtude da alteração do custo de vida, os valores estabelecidos na referida lei não mais correspondiam aos parâmetros mínimos exigidos pela Constituição. Diante da complexidade da situação, o Tribunal entendeu por bem não declarar a nulidade da lei, até porque, se o fizesse, apenas agravaria o estado de inconstitucionalidade, optando apenas, pelo reconhecimento da lesão a direito constitucional.

O tratamento da omissão inconstitucional do legislador, tornava imperioso o desenvolvimento de novas técnicas de decisão, que se mostrassem adequadas a eliminar do ordenamento jurídico esta peculiar forma de afronta à Constituição.

A Corte Constitucional alemã recusou, de plano, a possibilidade de substituir-se ao legislador suprindo as lacunas por ele deixadas. Justificava-se dizendo que a tarefa de concretização da Constituição foi confiada primordialmente ao legislador. Assim, tanto o princípio da separação dos poderes, quanto o da democracia obstavam que o Tribunal exercesse a colmatação das eventuais lacunas.

Ora, desde o início, mostravam-se tormentosas essas águas ainda não navegadas pela jurisprudência Constitucional. De fato, o simples reconhecimento da lesão ao direito, isto é, o posicionamento inicialmente adotado pela Corte Alemã, na prática, dificultava, quando não impossibilitava, a auferição do bem da vida.

⁵ MENDES, Gilmar. op. cit. p.140.

Volta-se então, às questões levantadas inicialmente. Como deve proceder a Corte Constitucional diante de uma lacuna legislativa? Pode a própria Corte proceder à colmatação destas omissões, sem ferir o princípio da separação dos poderes?

Colocado, ainda que de forma genérica o tema, busca-se neste trabalho desenvolver um raciocínio técnico jurídico que permita a ampliação do sistema de tratamento das omissões inconstitucionais, sobretudo, no que toca à possibilidade de o Poder Judiciário atuar normativamente para o caso concreto, com o intuito de efetivamente concretizar a Constituição Federal.

Não se pretende defender, que o Supremo Tribunal Federal deva substituir o Parlamento, mas, apenas quando este quedar-se inerte diante de uma imposição constitucional, possa o Tribunal ter as ferramentas necessárias (entre elas a possibilidade de estabelecer a norma no caso concreto) para efetivar os direitos já garantidos na Carta de República.

Propõe-se, com base na doutrina, uma classificação das normas constitucionais que possam vir a dar maior concretude à norma fundamental e, por conseguinte, garantir de forma imediata o exercício dos direitos constitucionais.

Depois, passar-se-á a analisar, em minúcias, o que seria efetivamente concretizar a Constituição e a sua ligação com a necessidade de uma atuação criativa do juiz, bem como, apresenta-se uma visão mais compatível com os tempos hodiernos do princípio da separação dos poderes.

No capítulo seguinte, será caracterizada a omissão inconstitucional e apresentadas suas espécies (pelo menos aquelas que julgamos mais relevantes para os fins deste trabalho).

Na parte derradeira do desenvolvimento, são demonstrados os remédios constitucionais para tratar a omissão inconstitucional e as soluções possíveis para as omissões. Na seqüência, são destacadas as soluções para estas patologias constitucionais que estão à carecer, em determinados momentos, de uma atuação normativa do Poder judiciário.

Em seguida, é apresentada a nossa conclusão.

Ressalta-se, Desde já, que se pretende sustentar posições definitivas ou tão pouco, adotar uma delas de forma cabal, não só pelos limites do presente trabalho, mas, sobretudo porque tal tarefa superaria em muito nossas forças.

I - ATUAÇÃO NORMATIVA DO JUIZ PARA SUPRIR A OMISSÃO INCOSTITUCIONAL

2.1 A concretização da Constituição e o dogma da separação dos poderes

No campo da hermenêutica constitucional as referências aos termos concretização, interpretação das normas é cada vez mais freqüente, contudo, no mais das vezes, essas terminologias são usadas sem qualquer distinção técnica, como se sinônimas fossem. faz-se necessário, portanto, que se faça a distinção técnica entre os institutos.

A doutrina afirma, com acerto, que somente se compreende a norma diante de um problema concreto⁶. Paulo Bonavides chega a considerar a concretização da norma constitucional como um “procedimento tópico” pois, segundo o autor trata-se de uma metodologia na qual é impossível ater-se somente a formalismos abstratos ou fundamentação lógica e clássica dos silogismos, devendo sempre ser levado em consideração a realidade concreta⁷.

A concretização da Constituição implica em um processo que vai do enunciado no texto normativo para uma norma concreta, que por sua vez é simples intermédio até chegar à norma de decisão. Nos dizeres de Canotilho, a concretização não é interpretação é “*construção da norma jurídica*”⁸.

Nesse sentido, vale mencionar os ensinamentos de André Ramos Tavares⁹:

“A concretização de que se fala aqui equivale a um processo complexo e amplo, que parte do texto da norma, com a atribuição de um significado aos enunciados lingüísticos do texto constitucional, mas que não se resume a esta atribuição, e nem pressupõe sua conclusão como uma primeira etapa isolada, pois também demanda elementos de concretização relacionados com o problema carecido de decisão”.

⁶ Nesse sentido: HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. p. 42.

⁷ BONAVIDES, Paulo. *Direito constitucional*. 1980. p. 232.

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – *Direito Constitucional e teoria da constituição*. p. 1201.

⁹ TAVARES, André Ramos. *Fronteiras da Hermenêutica Constitucional*. p. 60

Como conseqüência deste modelo de concretização, temos que o direito não preexiste, não se trata de um conjunto de soluções cabalmente preconcebidas. A norma somente se dá diante de um caso concreto e específico, isto é, a solução só vale para aquela situação. Nesse sentido Inocêncio Mártires Coelho¹⁰:

“(...)não se pode interpretar nenhum texto jurídico a não ser colocando-o em relação com problemas jurídicos concretos (reais ou imaginários), com soluções que se procuram para os casos ocorrentes, porque é somente na sua aplicação aos fatos da vida e na concretização, que assim necessariamente se processa, que se revela completamente o conteúdo significativo de uma norma e ela cumpre sua função de regular situações concretas”.

Observe que o Mestre acima mencionado, ao se referir à interpretação, está se valendo de um conceito moderno do termo, que hoje equivaleria à concretização, contudo, a interpretação em seu sentido clássico é instituto distinto, constitui-se na atribuição de um ou vários significados aos símbolos lingüísticos constantes no corpo constitucional, com intuito de se obter uma decisão para os problemas reais. Com o passar dos anos, passou-se a admitir-se que a interpretação inovava, buscando sentidos novos no texto. O teor literal do texto é apenas a ponta do iceberg.

Sobre o caráter constitutivo da concretização da Constituição, e se valendo, como sinônimos os termos “concretizar” e “interpretar” assinala com perfeição Eros Grau¹¹.

Em síntese: a interpretação do direito tem caráter constitutivo não, pois, meramente declaratório, e consiste na produção pelo interprete a partir de textos normativos e dos fatos atinentes a um determinado caso, de normas a serem ponderadas para a solução deste caso, mediante a definição de uma norma de decisão. Interpretar/aplicar é dar concreção ao direito. Neste sentido, a interpretação/aplicação opera a inserção do direito na realidade; opera mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos ainda: opera sua inserção na vida. A interpretação/aplicação vai do universal ao particular, do transcendente ao contingente, opera a inserção das lei (do direito) no mundo do ser (mundo da vida). Como ela se dá no quadro de uma situação determinada, expõe o enunciado semântico do texto no contexto histórico presente, não no contexto histórico do texto.

Kelsen¹² ao se referir à interpretação jurídica (em seu sentido clássico) a descreve como uma “*moldura*”, sendo certo que na interpretação de um dispositivo

¹⁰ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. (2006) p. 49.

¹¹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. p. 163.

específico haveria uma “constelação” de opções viáveis à disposição do julgador, dentro daquela “moldura”. Nessa concepção de Kelsen, parece haver dupla discricionariedade, a primeira que se refere a própria “moldura” e a segunda se manifesta na escolha da “constelação”.

Não cabe, aqui, tecer a minúcias as teorias de interpretação, pois fogem ao intuito desta obra. Sendo suficiente que se perceba o que é tecnicamente concretização da constituição. Reafirmando, como já dito alhures que, muitos autores, ao se referirem a interpretação, querem dizer em um sentido moderno, e neste caso, equivaleria à concretização.

Sem dúvida que e a interpretação (conforme sua concepção clássica) e a concretização, embora institutos distintos comunicam-se, sendo a primeira (interpretação) parte da segunda (concretização). Dessa forma as inúmeras possibilidades interpretativas propiciadas pelo texto da norma são limitadas pela concretização. Nesse sentido Tavares¹³:

“O que interessa aqui iluminar é a circunstância de que as inúmeras possibilidades que o discurso do enunciado das fontes oferece sofrerão um decréscimo quando se tiver um caso concreto ao qual deverão ser aplicadas, ou seja, o caso concreto operará uma redução na moldura inicialmente concebível, quando se parte da idéia de concretização. Exatamente aqui se insere a doutrina”.

Pois bem, se concretizar exige-se que se tenha uma atenção especial ao mundo dos fatos, pois este é onde a norma fundamental deve agir, as constantes mudanças sociais e culturais estão a exigir sempre renovações do aplicador do direito. Sendo assim as peculiaridades das normas constitucionais, propositalmente abstratas e principiológicas, permitem as constantes adaptações da Constituição às mais diferentes realidades.

Daí ser comum lermos em sede de doutrina, que as Cartas fundamentais modernas são “constituições vivas”, ou “constituições abertas” isto é, elas estão, de acordo com a mudança do momento histórico, sempre em constante adaptação à realidade. Elas se movem junto com a história.

A necessidade de compatibilidade entre a Constituição e a realidade foi especialmente tratada por Konrad Hesse que advertiu acertadamente que a eficácia da constituição dependia de sua conformação com a realidade, mas alertava

¹² KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. p.364/369.

¹³ TAVARES, André Ramos. *Op. cit.* p. 76.

também o doutrinador que a norma fundamental também podia conformar a realidade¹⁴.

Dessa forma, rompe-se o dogma do “pacto de gerações” de que nos falava Thomas Paine, ou seja, quando vigorava o positivismo extremo, em que uma geração estabelecia a lei que iria regular a vida social da geração seguinte. As normas eminentemente abstratas e principiológicas da constituição possibilitam que as novas gerações possam, também, adaptar a norma fundamental às novas realidades e aos novos anseios sociais. Nesse sentido pondera Paine¹⁵:

“A vaidade e a presunção de se governar para além do túmulo é a mais ridícula e insolene de todas as tiranias. O homem não tem prioridade sobre o homem; tampouco tem qualquer geração uma propriedade sobre as gerações que lhe seguirão. O parlamento ou o povo de 1688, ou de qualquer outro período, não tem maior direito de dispor sobre as pessoas do presente, de vinculá-las ou controlá-las de qualquer forma, do que o parlamento ou o povo dos dias de hoje tem de dispor sobre, vincular ou controlar aqueles que viverão daqui a cem ou mil anos. Cada geração é, e deve ser, competente para todos os propósitos que as suas ocasiões requererem. São os vivos e não os mortos que devem ser atendidos. Quando o homem deixa de sê-lo, seu poder e sua vontade cessam com ele; e não tendo mais qualquer participação nas preocupações desse mundo ele deixa de ter qualquer autoridade para determinar quem serão seus governados, ou como seu governo deverá ser organizado, ou como deverá ser administrado”.

Entretanto, se diante de uma situação concreta, seja ela, um direito subjetivo constitucionalmente assegurado ou o descumprimento de um dever, também constitucionalmente instituído, a Constituição passa a perder sua força normativa, quando estas imposições não são observadas.

Trazer a Constituição para mundo dos fatos (concretizar) é garantir que os direitos por ela assegurados sejam exercidos, sob pena de seu texto tornar-se simples utopia de um verdadeiro Estado social. Esse “*garantismo*” deve ser levado a cabo de tal forma, que, se diante de um caso concreto onde um direito constitucional não pode ser exercido devido a omissão do legislador, deve o próprio juiz emitir a norma para o caso concreto.

Ao se negar o cumprimento de um direito efetivado, seja ele regra ou princípio na Constituição da República, estar-se-á negando o próprio Estado de Direito. Não cabe delegar à lei a competência de dar eficácia a um direito que se funda

¹⁴ HESSE, Konrad. op. cit. p. 24.

¹⁵ TAVARES, André Ramos. op. cit. p. 43

originariamente na Carta Magna. Primeiro porque isso inverteria toda a concepção de superioridade da Constituição em relação ao restante do ordenamento jurídico e inverteria a supremacia do poder constituinte em relação aos poderes constituídos e, depois, porque negaria a aplicabilidade dos preceitos constitucionais, principalmente no que toca os direitos fundamentais, uma vez que estes, como é sabido, gozam, em sua generalidade, da cláusula garantidora de aplicação imediata. Isso sem falar, no considerável retrocesso que seria retornar ao apogeu dos parlamentos e a visão de que as normas constitucionais são meros conselhos.

Desse ponto de vista, negar aos indivíduos, que procuram ao judiciário para garantir seus direitos constitucionalmente concebidos, é ignorar a realidade (do cidadão que resta impossibilitado de usufruir do seu direito), como também ignorar a norma fundamental que garantiu o direito.

A problemática se torna ainda mais desafiante, quando a impossibilidade dar-se-á por uma omissão do Estado, a qual foi proibida constitucionalmente. A Constituição brasileira prevê dois tipos de omissão, que serão caracterizados oportunamente, contudo, seja qual for a forma de inação, a posição de negar o auferimento do direito, sob o pretexto de que este carece de lei, é agir em sentido contrário à concretização da Constituição e, pior ainda, é submetê-la à discricionariedade do legislador.

Do ponto de vista do enunciado, é possível citar, por exemplo, os direitos fundamentais à prestação. A “*moldura*” aqui não permite captações de sentidos extremos na norma, senão que elas estão a assegurar uma prestação do Estado no sentido de atingir a igualdade e o Estado de direito material. Por outro lado, está-se diante de uma situação concreta, em que o indivíduo, não pode se valer de um direito constitucionalmente garantido (presume-se que a situação concreta do indivíduo efetivamente se insere no âmbito de proteção do direito intentado). De qualquer forma, parece ser função do órgão jurisdicional assegurar a auferição do direito realizando, no caso de inação do legislador, a norma para o caso concreto, sem prejuízo de que o legislador, no futuro, exerça sua atividade. Até porque, conforme estabelece a lei, o juiz não pode deixar de decidir alegando ausência da mesma.

Destarte, o juiz está vinculado à Constituição e deve protegê-la e preservá-la, jamais podendo negar-lhe a concretização. A norma fundamental e o princípio do Estado democrático de Direito vinculam os poderes de tal forma, que o juiz, no

intuito de dar efetividade à Constituição pode, inclusive, atuar criativamente para o caso concreto, quando o legislador, a quem cabia originariamente realizar a concretização da constituição, manteve-se inerte mostrando despreço pelos direitos dos cidadãos que dele dependiam.

A norma fundamental não pode mais ser vista como uma fonte indireta e distante do operador, ao contrário, as Constituições modernas passaram a se inserir na vida cotidiana dos indivíduos de forma definitiva, exigindo sua aplicabilidade imediata, ainda, que, para tanto, deva o magistrado atuar de forma normativa.

Não se acredita que aqui, há violação ao princípio da legalidade, ou ao princípio da separação dos poderes. Tais princípios, como é inerente a esta espécie normativa, amoldam-se à realidade e a ela se adaptam. Com a complexidade e pluralidade das sociedades modernas, visualizar estes conceitos de forma clássica é negar-lhes aplicação e “congelar” a Carta no tempo. Com isso quer-se dizer que estes princípios não podem ser analisados com os mesmos olhos positivistas que por muito impuseram sua visão.

Se se partir do pressuposto de que a Constituição está viva, isto é, que ela está a se movimentar de acordo com as exigências sociais e históricas, os princípios constantes na Constituição, por consequência observam a mesma lógica. A complexidade da vida social moderna exige mais do intérprete, carecendo que se lancem novos olhares sobre os antigos dogmas. A velha concepção da separação dos poderes não parece mais adequada e não abrange, em sua integralidade, a realidade dos tempos atuais.

Nesse sentido pondera Gonçalves Ferreira Filho que *“jamais Montesquieu upôs que todas as regras de direito que o juiz houvesse de aplicar aos julgamentos fossem legislativas”*¹⁶.

A supremacia do parlamento, que por muito vigorou e teve por consequência o positivismo estrito, era por si só, a negação da separação dos poderes. Tal teoria se mostrou ainda mais insuficiente para atender os anseios da sociedade quando legitimou as ditaduras alemã e italiana. Desvinculando de vez, as idéias de lei e justiça, uma vez que muitos dos horrendos crimes praticados pelo regime nazista foram justificados pela legalidade. Nesse sentido, arrebatou Ferreira Filho que depois de profundos estudos, analisa as novas tendências do Parlamento¹⁷:

¹⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. p. 106.

¹⁷ id. p 268.

Na verdade, a tendência contemporânea é a de restringir o Parlamento a uma função de controle, (...) de fiscal do governo (...), voltando assim ao seu ponto de partida histórico. Não sendo necessária, pois, a vinculação entre democracia e legislação parlamentar, é possível e mesmo urgente que novos rumos sejam experimentados no campo da elaboração legislativa.

Também nesse sentido, pondera Inocêncio Mártires Coelho, ao analisar as modernas correntes doutrinárias¹⁸:

“Nesse contexto ativismo judicial, alguns jurídico mais enfáticos chegam a anunciar, entre nós, um sensível deslocamento do centro das decisões politicamente relevantes do Legislativo e do Executivo – por eles reputados inertes – em direção ao poder judiciário, porque acreditam que a nova magistratura estaria disposta a resgatar as promessas de emancipação social inseridas na Constituição de 1988. No plano externo, por força da normatividade da Constituição e da sua presença em todo tipo de conflito, e não apenas nos de natureza política, que se travam entre órgãos supremos do Estado, Prieto Sanchiz afirma que novo constitucionalismo desemboca na onipotência judicial, juízo do qual participa Andrés Ibanez”.

A retirada do Parlamento da posição de supremacia, justifica, até mesmo, o controle de constitucionalidade. Não se aplica simplesmente mais uma lei sem importar-se com o seu conteúdo.

A Constituição e a sua concretização impõem aos juizes o dever de proverem os indivíduos com mais do que uma solução simplesmente “legal”, mas uma solução justa. Desatreia-se assim, em níveis maiores a função jurisdicional da função legislativa, sem que uma se subordine a outra.

Ao se deparar com a possibilidade de também os juizes atuarem normativamente, Cappelletti¹⁹ dispara que “*quando se fala dos juizes como criadores do direito, afirma-se nada mais do que uma óbvia banalidade*”. Para o mestre italiano, o cerne da questão não está no ativismo judicial, mas na limitação do Poder Judiciário para atuar normativamente. Contudo, esclarece, que mesmo o legislador também sofre limitações, no mínimo constitucionais, portanto, é a limitação uma especificidade da jurisdição.

Cappelletti assevera ainda que a criação judicial, embora sempre tenha existido, pois inerente a este, vem se intensificando como reação ao positivismo²⁰.

¹⁸ MENDES, GILMAR; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Gustavo (2006) op. cit. p. 51.

¹⁹ CAPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?*. p.25.

²⁰ id. p. 77.

As constituições modernas, ao enunciarem que os direitos fundamentais possuem eficácia imediata, estão, por conseqüência, confiando esses direitos aos tribunais e os retirando do arbítrio perigoso do legislador. Como então, poderia o juiz se negar a proteger não só simples direitos, mas direitos fundamentais que são o cerne do constitucionalismo moderno?

Grande crítica que se faz ao ativismo judicial, funda-se na suposta falta de legitimidade dos juizes. Contudo, essa tese pode ser refutada dizendo-se que, embora não possuam legitimidade originária, para produzirem normas jurídicas, os magistrados acabam por adquiri-la com o seu comportamento, e principalmente por meio da fundamentação de suas decisões. Nesse sentido Inocêncio Mártires Coelho²¹:

“A motivação é condição de validade de todas as decisões judiciais(...). Nesse perspectiva pode-se afirmar que, enquanto o parlamento ostenta uma legitimidade de origem, os juizes possuem uma legitimidade adquirida pelo modo como exercem a jurisdição. Aos parlamentares, a sociedade confere legitimidade pela eleição; aos juizes pelo controle de seu comportamento”.

Tudo isso põe em evidência a necessidade da revisão dos atos legislativos. Isto porque, sem dúvida, os Parlamentares estão mais distantes dos fatos, portanto, suas prognoses dificilmente compreendem toda a realidade a ser normada. Não há como olvidar que os magistrados estão mais perto da realidade, pois lidam com a vida dos cidadãos diurnamente. Nesse sentido Coelho²²:

“Críticas à parte, o que a experiência demonstra é que tudo isso ocorre de maneira necessária, não apenas em decorrência da insuprimível distância entre a generalidade/abstração das normas e a especificidade/concretude das situações da vida, mas também em razão das constantes alterações no prisma histórico-social de aplicação do direito, transformações que ampliam aquela distância, sucitando problemas de justiça material, que o juiz do caso está obrigado a resolver prontamente”.

Sendo assim, a criação do direito também por aquele que o aplica, não é, senão, um complemento necessário ao trabalho do legislador. Em razão da distância causada pela abstração e generalidade da norma e pela demora em sua atualização, que se dá em face do longo processo político do qual as leis são frutos, por conseqüência, se não tivermos a concretização da constituição pelo juiz, jamais

²¹ COELHO, Inocêncio Mártires. Interpretação constitucional. p. 72.

²² MENDES, Gilmar; COELHO Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Gustavo. op.cit. p. 55.

alcançaremos os postulados de justiça. Pior ainda, voltar-se-á aos tempos da lei injusta.

A lei, com sua especificidade de abstração e generalidade, possui imensa dificuldade em apreender os fatos da vida cotidiana em seu texto. O problema agrava-se ainda quando se depara com a demora da lei em se atualizar. Não que se deva culpar o legislador, pois tais características são inerentes à lei, e no mais, nem mesmo o melhor dos profetas, poderia prever a minúcias a riqueza da vida em sociedade. O legislador não tem melhores chances que um apostador de loteria.

Nesse sentido Inocêncio Mártires Coelho afirma ainda que *“do trabalho do legislador, cujas opções normativas, ainda que fossem proféticas, jamais conseguiriam aprisionar nas malhas da lei toda a complexa realidade social”*²³.

A constante adaptação das Constituições a realidade é um trabalho essencialmente entregue aos intérpretes-aplicadores do Direito, apresentando-se como requisito indispensável a própria efetividade da Carta Magna. A qual somente se realiza quando em efetiva sintonia com a realidade.

O dogma da separação dos poderes (em sua visão clássica) resta de todo superado, sendo a função do Poder Judiciário a de garantir a maior aplicabilidade da Constituição, jamais podendo renegá-la ao segundo plano, condicionando sua eficácia à existência de lei, o que acarretaria toda uma inversão de valores, e infinito regresso evolucionar.

Reconhece-se agora, que, por exemplo, quando o legislativo deixa termos vagos ou imprecisos na lei, significa que ele está deixando ao Judiciário o poder de dentre as varias soluções possíveis, adotar aquela que melhor se encaixe ao caso concreto. E isso permanecerá assim até quando o legislador descontente com os rumos das decisões dos juizes, resolva legislar, imprimindo uma orientação ao problema.

Esta tese é sem dúvida de vital importância para o conceito desta obra, pois se pode desenvolver o mesmo raciocínio no tocante à omissão do legislador. Uma vez, querendo o legislador limitar as escolhas do judiciário, bastaria elaborar a norma restritiva genérica.

Nesse sentido, Inocêncio Mártires Coelho dá a notícia dos ensinamentos de José Puig Brutau;²⁴

²³ Id. p. 55.

²⁴ id. p. 58.

“O legislador, certamente, pode avançar mais com um só de seus passos do que os juizes com os passos representados por muitas decisões ou sentenças; porém os períodos de inatividade, inércia e irresolução do primeiro não lhe permitem, quase nunca, sinalizar novos caminhos à evolução jurídica, em comparação com o incessante progresso representado pela atividade dos profissionais do direito e, sobretudo, dos juizes. Ademais, o legislador só se decide atuar quando o objetivo a que se propõe já está traçado por uma série de decisões acumuladas. O legislador nos dá a sensação de um míope equipado com uma arma poderosa”.

Sobre a superação de dogmas, e em defesa da possibilidade de atuação normativa judicial, Inocêncio Mártires Coelho arremata que deve o aplicador²⁵;

“(…) assumir ônus dobrado de combater idéias cristalizadas, até porque, via de regra, longe de traduzirem verdadeiros consensos, essas falsas unanimidades não passam de preconceitos coletivos, fruto dos argumentos de autoridades, que sabidamente esterilizam o pensamento e impedem os vãos mais arrojados”.

Tudo isso é de inestimável valor para os fins colimados no presente estudo, porque, a separação dos poderes e a impossibilidade de edição de norma para o caso concreto, é sempre apontado como justificativa para que o tribunal não assegure aos indivíduos os direitos garantidos constitucionalmente.

Com efeito, mostra-se hodiernamente descabível se falar em afastamento do aplicador (principalmente do aplicador constitucional) do mundo dos fatos. Conseqüentemente exige-se que o magistrado, diante da situação concreta, se preocupe também com fatores de justiça além dos fatores legais. No caso dos princípios, que conforme se verá, são normas jurídicas imediatamente exigíveis e que possibilitam, portanto, sua concretização via poder judiciário, devendo o juiz aplicá-los de forma a conceder-lhes a maior efetividade.

Sendo assim, se diante de caso concreto, há um direito originário da norma suprema, deve o aplicador-intérprete do Direito concretizá-lo valendo-se de conceitos como igualdade, justiça, segurança jurídica e inclusão social, ainda que para tanto deva editar a norma para o caso concreto, pois conforme demonstrado, trata-se de exercício intrínseco à jurisdição.

Qualquer entendimento em contrário, conforme demonstra Jorge Hage em sua excelente tese de mestrado²⁶, remeteria ao passado distante, mais

²⁵ id. p 59.

²⁶ HAGE, Jorge. *Omissão inconstitucional e direito subjetivo*. p. 89.

precisamente a 1790, quando vigia o Decreto Lei nº16-24 que dispunha em seu artigo 12 não poderem os tribunais “fazer regulamentos (nos casos em que a lei fosse incompleta ou obscura) cabendo-lhes dirigir-se ao Corpo Legislativo sempre que seja necessário interpretar uma lei ou fazer outra nova”.

Conta Hage que o referido decreto mostrou-se extremamente infeliz em sua aplicação prática, pela excessiva freqüência com que os juizes dirigiam-se ao Corpo Legislativo. Essa “apelação ao Legislativo”, segundo Perelman, conforme nos conta ainda Hage²⁷, atravancava o bom andamento da justiça e ainda, ofendia a separação dos poderes *“pois ao interpretar uma lei de uma maneira e não de outra, o legislativo decidia um litígio em curso, em favor de uma das partes”*.

O Código de Napoleão previu, sem dúvida, posição mais avançada. Dispunha o dito Código que *“juiz que se recuse a decidir a pretexto de silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei, poderá ser processado como culpado por denegação de justiça”*. É nítida a semelhanças entre o então disposto no Código francês, e o postulado que vigora hoje no ordenamento jurídico brasileiro, mais precisamente no art.126 do Código de Processo Civil; “o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei”.

Consta ainda na tese de mestrado de Hage citação do “discurso preliminar” de apresentação do Código de Napoleão elaborado por PORTAILS que, sem dúvida contribui muito para o entendimento aqui pretendido e por isso, entendemos por bem aqui reproduzi-lo²⁸.

(...)é impossível que o legislador preveja tudo(...) uma massa de assuntos fica necessariamente deixada ao império dos usos, a discussão dos homens instruídos e ao arbítrio dos juizes (...). Se falta uma lei sobre a matéria, há que se consultar os usos e costumes e a equidade. A equidade é o retorno à lei natural, ante o silêncio, a omissão ou a obscuridade das leis positivas”.

A relação pessoal com a qual o juiz é obrigado a lidar diante das situações concretas, e as imposições dos princípios constitucionais, os quais devem ser observados, estão a habilitar o juiz para que diante de uma “constelação” de possibilidades, ele busque aquela que melhor se coadune com os valores da norma fundamental. Por outro lado a generalidade e abstração da lei, que acabam por afastá-la da realidade e a demora intrínseca ao procedimento legislativo que acaba

²⁷ HAGE, Jorge. id. p. 90.

²⁸ HAGE, Jorge. id. p. 91.

por acarreta em um inexorável retardamento no oferecimento de soluções para os problemas sociais cotidianos, acabam por endossar uma atuação concretizadora e por conseguinte normativa.

Concluí-se este raciocínio com a conclusão de Jorge Hage²⁹:

(..) a implantação de controles de constitucionalidades foi o resultado histórico de uma experiência negativa – a produção de leis que atentam contra os valores e normas constitucionais – também assim não deve surpreender o fato de que esse controle se amplie para alcançar as omissões legislativas. Se a lei inconstitucional deve ser anulada e privada de eficácia, também deve erradicar-se as omissões e vazios legais constitucionalmente inadmissíveis. A jurisdição constitucional nasceu como uma garantia de submissão do poder constituído à vontade do constituinte, a partir do qual se legitima; representa uma garantia frente ao legislador arbitrário que dita leis injustas desde a perspectiva axiológica da constituição, que fundamenta o modelo de organização política e jurídica da sociedade. Todavia, tanto podem ser arbitrárias e contrárias a esses valores, objetivos e normas constitucionais as medidas legislativas adotadas, como a omissão daquelas que seriam condição de realização de ditos valores, objetivos e direitos constitucionais.

Por fim, note-se que o tirano ao qual temia o Barão de Montesquieu era o déspota sentado no trono do monarca, e não o Poder Judiciário, nesse sentido³⁰:

(...) o déspota só é poderoso porque lhe é dado tirar a vida. Como poderia a honra suportar o déspota? Ela possui regras determinadas e caprichos obstinados, enquanto o déspota não segue regra alguma, e seus caprichos destroem todos os demais. (...)

Um governo moderado poderá, se o quiser e sem se arriscar, afrouxar sua molas, pois se mantém em virtude de suas leis e por sua própria força. Mas quando, no governo despótico, o príncipe pára, por um momento, de manter o braço levantado, e quando não pode destruir imediatamente aqueles que ocupam os postos mais elevados, tudo estará perdido, pois, não existindo mais a mola do governo, que é o medo, (...).

2.2 A eficácia das normas constitucionais

A *priori*, com intuito de evitar eventuais equívocos, há que se distinguir a chamada “eficácia jurídica” da “eficácia social”. A “eficácia Jurídica” diz respeito à aptidão da norma produzir efeitos jurídicos. Usando a doutrina de Pontes de Miranda, pode-se dizer que a “eficácia jurídica” da norma, corresponde à sua

²⁹ HAGE, Jorge. id. p. 115.

³⁰ MONTESQUIEU, Barão de. O espírito das leis. p. 41.

validade, assim relacionando-se diretamente com as idéias de irradiação de conseqüências e de vinculabilidade³¹.

Ao contrário, quando nos referimos à “eficácia social” estamos lidando com a efetiva aplicação da norma no seio da sociedade. Aqui a idéia que deve se ter em mente é a concreta observância da norma por aqueles à que ela se dirige. Essa é a eficácia de que nos falava Konrad Hesse, ao observar que a Constituição está condicionada pelo momento histórico, somente podendo realizar sua pretensão de concretização quando estiver em consonância com a realidade temporal em que deve atuar. Afirmava Hesse que *“Nenhum poder no mundo, nem mesmo a Constituição pode alterar os condicionantes naturais. Tudo depende, portanto, de que se conforme a Constituição a esses limites”*³².

Pois bem, para os fins deste trabalho, a partir de agora, quando nos referirmos ao termo “eficácia” estaremos nos referindo chamada “eficácia jurídica”.

2.2.1 A tipologia das normas constitucionais

Como se sabe, encontra-se superada a doutrina que pregava pela existência de normas constitucionais não auto-aplicáveis, doutrina esta que nos conduzia pela tormentosa trilha das normas constitucionais como simples pedidos ao legislador, ou seja, a norma constitucional não era efetivamente uma norma, pois, não era dotada de vinculatividade ou imperatividade. Como já ressaltava há muito, o grande Ruy Barbosa³³ *“não há, numa Constituição cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos”*.

A qualidade ímpar da Constituição, tanto por sua posição no ordenamento jurídico, tanto por sua concepção materialmente aberta e, principalmente, por sua proximidade com a política, pode levar o operador ao engano de que há normas no corpo da Carta que não seriam efetivamente normas, mas simples conselhos ou pedidos.

³¹ MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. Tomo I, Caps. I e IV.

³² HESSE, Konrad. op. cit. p.13.

³³ BARBOSA, Ruy, *Comentários à Constituição Federal brasileira*. vol.2. p. 475.

Com efeito, com Jorge Hage, podem ser ressaltadas três qualidades da maioria das normas jurídicas (certamente que não de todas, pois tais características deveriam ser por demais abrangentes).

- (a) Possuem eficácia de grau, intensidade, ou imediatismo distintos.
- (b) Não dispõem de sanções explícitas resultantes da própria norma isoladamente considerada.
- (c) As sanções presentes no corpo constitucional não se apresentam como sanções jurídicas, mas sanções políticas.

As peculiaridades demonstradas não afastam a qualidade do direito Constitucional como Direito, ao contrário, apenas justificam que suas normas recebam tratamento e estudos correspondentes à sua importância e complexidade.

Para o bem do Direito, e, por consequência, de toda a sociedade, tal entendimento, de que certas normas constitucionais não seriam efetivamente normas, resta de todo superado. Sabe-se, hoje, que a norma constitucional é imperativa e vinculativa dotada de plena eficácia jurídica. Contudo, diante da natureza das normas constitucionais não se há de olvidar que estas possuem densidades normativas distintas.

Mesmo no que diz respeito às normas programáticas, que serão devidamente analisadas no tópico seguinte, reconhece-se hoje valor jurídico constitucional idêntico ao restante dos preceitos constitucionais³⁴.

Assentada, então, a premissa de que toda norma constitucional possui eficácia, passar-se-á a agrupá-las para melhor compreendermos as distinções e semelhanças que as permeiam.

São inúmeras as classificações sugeridas pela doutrina a fim de estabelecer uma tipologia entre as normas constitucionais, entretanto, por escapar o intuito desta obra, selecionamos apenas aquelas que julgamos pertinentes para a melhor compreensão deste trabalho.

Destacam-se então, as classificações de José Afonso da Silva e Luiz Roberto Barroso. A primeira, e sem dúvida mais conhecida, distingue as normas (i) de eficácia plena e aplicabilidade imediata, (ii) de eficácia contida e aplicabilidade imediata

³⁴ Canotilho, José Joaquim Gomes. op. cit. p. 1176.

sendo passíveis de restrição por lei, e (iii) de eficácia limitada ou reduzida, em geral dependentes de integração infra-constitucional para produzirem efeitos³⁵.

Já a classificação de Luiz Roberto Barroso, apresenta-se, dentre os doutrinadores brasileiros, pelo menos até onde pudemos constatar, como a de maior pertinência para os fins aqui pretendidos.

O eminente jurista, sem se afastar das premissas que inspiraram a classificação anterior, prefere agrupar as normas constitucionais em (i) normas de organização, (ii) normas definidoras de direito e (iii) normas programáticas. As normas constitucionais de organização têm como escopo organizar o exercício do poder, definindo as estruturas organizacionais do Estado, as competências e os procedimentos a serem observados. Já as normas constitucionais definidoras de direito têm por objeto fixar os direitos fundamentais, aí incluídos os direitos sociais, coletivos e políticos. Por fim, as normas constitucionais programáticas, são aquelas que traçam os fins públicos a serem alcançados pelo Estado^{36, 37}.

No tocante as normas constitucionais de organização não há maiores dificuldades quanto à eficácia jurídica plena e a aplicação imediata.

Problema maior surge ao se investigar o segundo grupo, o das normas definidoras de direito, pois aqui há que se fazer uma distinção interna. Deve-se separar as normas definidoras dos direitos individuais clássicos, as definidoras de direitos políticos e por último as normas definidoras de direitos sociais. É exatamente no que toca aos direitos sociais que a jurisprudência vem esbarrando nos maiores obstáculos, pois se tem confundido com a espécie final, as normas programáticas.

Sobre as dificuldade encontradas pelos operadores do direito, em diferenciar as normas constitucionais garantidoras de direito sociais e as normas constitucionais programáticas, pondera Jorge Hage³⁸;

E isso tem sido assim, não só pelas questões políticas obviamente envolvidas, como também por sua aparente proximidade e vizinhança, em alguns casos, com as normas do 3º grupo – as normas programáticas - com as quais tendem eles a ser confundidos, sem embargo das marcantes diferenças que deveriam ser percebidas (e nem sempre o são) entre direitos fundamentais (sejam

³⁵ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*.

³⁶ BARROSO, Luiz Roberto. *Direito Constitucional e efetividade de suas normas*.

³⁷ Jorge Hage, com o fim de aprimorar a classificação da normas constitucionais trazidas por Luiz Roberto Barroso, acrescenta ainda à classificação, uma espécie que denominou “normas de fomento, incentivo e estímulo”. No mais, o doutrinador acrescenta ainda subdivisões às espécies apresentadas originalmente.

³⁸ HAGE, Jorge. *op. cit.* p. 29.

individuais ou sociais) já conferidos ao indivíduo ou grupos pela própria Constituição (pouco importa se previsto ali uma regulamentação infraconstitucional) e normas que apenas traçam fins ou objetivos públicos a serem alcançados progressivamente pelo Estado.

Embora não rara as confusões entre as normas que definem direitos sociais e as normas programáticas, estas, com aquelas, não se confundem. Basta ver que, enquanto as primeiras propiciam a exigibilidade de uma conduta, mediante prestações positivas ou negativas (no caso dos direitos sociais, mais frequentemente exige-se condutas positivas), as segundas são normas em que se apenas traçam linha diretoras pelas quais não de orientar-se os poderes públicos.

Com apoio da doutrina, exemplificar casos de normas constitucionais que garantem direitos sociais e normas constitucionais programáticas. Assim, como exemplo da primeira espécie tem-se o art. 7º, inciso IX da CF/1988:

“São direitos dos trabalhadores (...): XI – participação nos lucros, ou resultados, conforme definido em lei”.

Já como normas programáticas pode-se referir ao Art.3º, III:

“Constituem objetivos da República federativa do Brasil: (...) III – erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais”³⁹.

A confusão entre as espécies normativas é tamanha, que mesmo na jurisprudência alienígena é fácil encontrar exemplos. Nesse sentido o Tribunal Constitucional Português, quando chamado a pronunciar-se sobre direitos fundamentais sociais, considerou que eles ficavam dependentes, na sua exata configuração e dimensão, de uma intervenção legislativa conformadora e integradora, só então adquirindo plena eficácia e exigibilidade⁴⁰.

A confusão resulta do fato de que, em alguns momentos, ambas as espécies normativas buscam os mesmo objetivos.

Não há dúvida de que esta confusão entre normas definidoras de direitos e normas programáticas acabam por acarretar conseqüências danosas à concretização da Constituição. Não, há que se olvidar, entretanto, que a garantia de concretização dos direitos sociais traz à baila problemas políticos.

Em sede de tipologia de normas constitucionais, ressaltamos na doutrina internacional a classificação de Ronald Dworkin, que em sua obra *Taking rights*

³⁹ Exemplo dado encontrado em: HAGE, Jorge. idem. p. 37.

⁴⁰ Canotilho, José Joaquim Gomes. op. cit. 520.

*seriously*⁴¹, apresenta a distinção entre normas – regras - (*rectius*), princípios jurídicos (*principles*) e diretrizes (*polices*). Segundo o doutrinador as regras se aplicam no estilo “tudo ou nada”, são identificadas através de sua origem, ou seja, são reconhecidas por um critério eminentemente formal.

Após mencionar as características das regras, Dworkin apresenta então, os princípios (*principles*) e as diretrizes (*polices*), sustentando que estas duas espécies não se amoldam ao estilo “*all-or-nothing*”, ao contrário, são aplicadas mediante uma ponderação, uma atribuição comparativa de pesos, de modo que a incidência de um não implique na supressão do outro, senão apenas na preferência de um e afastamento do outro naquele caso concreto⁴².

Para o professor americano, os princípios e as diretrizes não são identificados por sua origem, mas sim por sua força argumentativa, ou nos dizeres do próprio Dworkin, ao comentar a essência dos princípios; “*it states a reason that argues in one direction but does not necessitate a particular decision*⁴³”.

Passa, então, o eminente doutrinador a distinguir melhor os princípios (*principles*) das diretrizes (*polices*), ficando claro que as últimas se referem aos objetivos de uma sociedade ou coletividade como um todo, que são definidos para serem perseguidos permanentemente, porque se consideram benéficos para a população, enquanto isso os princípios se comunicam com as idéias de igualdade, justiça, honestidade e etc⁴⁴.

Nas palavras de EROS GRAU, a distinção entre os princípios e as diretrizes de DWORKIN⁴⁵:

Dworkin chama de diretrizes as pautas que estabelecem objetivos a serem alcançados, geralmente referidos a algum aspecto econômico, político ou social (ainda que – observa – alguns objetivos sejam negativos, na medida em que definem que determinados aspectos presentes devem ser protegidos contra alterações adversas). Denomina princípios, por outro lado, as pautas que devem ser observadas não porque viabilizem ou assegurem a busca de determinadas situações econômicas, políticas ou sociais que sejam tidas como convenientes, mas, sim, porque a sua observância corresponde a um imperativo de justiça, de honestidade ou de outra dimensão moral.

Os princípios cumprem, ainda, é relevante notar, a função de orientar e informar a aplicação das regras jurídicas comuns, de modo que uma regra pode ser

⁴¹ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. p. 22/31.

⁴² Dworkin menciona ainda os “Standards” que seriam os conceitos jurídicos vagos.

⁴³ DWORKIN, Ronald. op. cit. p. 26.

⁴⁴ HAGE, Jorge. op. cit. p. 33.

⁴⁵ GRAU, Eros Roberto. op. cit. 158.

posta de lado pelo tribunal, quando ela violar um princípio que tenha importância naquela situação concreta.

Sendo assim, atentando-se às classificações de normas constitucionais aqui mencionadas, não se deve confundir diretrizes políticas ou metas coletivas a serem perseguidas continuamente pelo Estado e pela coletividade e as regras e princípios jurídicos, uma vez que estes últimos vinculam Poder Judiciário (deve-se dizer que as diretrizes constitucionais também vinculam o Poder Judiciário, contudo, com densidade normativa menor, uma vez que estão sujeitas ao crivo de decisões políticas).

Unindo o conceito de norma programática de Luiz Roberto Barroso e as “policies” de que nos falava Dworkin, leciona Jorge Hage⁴⁶;

“É preciso avançar neste contexto, cuidando-se de consolidar, na doutrina nacional, visando a subseqüentes reflexos nas decisões dos tribunais, o entendimento de que somente as verdadeiras normas programáticas (que correspondem ao conceito de “policies” de dworkin), é que constituem diretrizes ou objetivos políticos a serem perseguidos pelo Estado e pela comunidade como um todo, e que podem ter sua concretização condicionada ou dependente de julgamento de oportunidade, dos legisladores, e da avaliação financeira dos administradores que detenham o poder político neste ou naquele momento”.

Conclui-se que somente as diretrizes (“policies” de Dworkin) que correspondem às normas programáticas (de Luiz Roberto Barroso) é que podem ficar sujeitas ao juízo de oportunidade e conveniência dos órgão políticos. Os princípios jurídicos jamais podem ficar ao livre arbítrio dos poderes constituídos, uma vez que representam os imperativos de justiça, de igualdade, de integridade e outros valores morais, que longe de serem alheios, fazem parte do conceito de Direito.

2.3 A vinculação específica aos direitos fundamentais

Como se sabe, a questão assume peculiar importância no que toca aos direitos fundamentais. Isso porque, os direitos à prestação, são, em grande parte, consagrados como direitos fundamentais.

⁴⁶ HAGE, Jorge. op. cit. 38.

A eficácia imediata que hoje se confere aos direitos fundamentais, liga-se à necessidade de se superar, em definitivo, a concepção de Estado de direito formal, onde os Direitos fundamentais somente ganham expressão quando regulados por lei.

A noção de que os direitos fundamentais não se aplicavam imediatamente, por serem vistos como dependentes da livre atuação do legislador, e a falta de proteção judicial direta destes direitos, foram experimentadas de maneira particularmente notável na história, durante a Constituição de Weimar. Tal concepção possibilitou a instalação do regime totalitário, bem como do nazismo. Sem dúvida, momento ímpar na corrosão dos valores humanitários. Vale dizer, que quando os tribunais eram chamados a proteger os cidadãos para garantir-lhes os direitos constitucionais, argumentavam defendendo a impossibilidade de gozo desses direitos, uma vez que não existia lei regulamentadora.

A Constituição alemã de 1949, intentando evitar que as horríveis experiências a pouco experimentadas, pudessem ocorrer novamente, tratou de prever expressamente a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais⁴⁷.

Iniciava-se, então, uma tendência de garantir que os direitos fundamentais não ficassem mais sujeitos ao crivo dos legisladores. Muitas constituições que se seguiram passaram a conter a cláusula de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

A Constituição brasileira não foi exceção, prevendo no art. 5º, § 1º. a aplicabilidade imediata do direitos fundamentais.

Com efeito, percebe-se que os direitos fundamentais, sejam eles direitos de defesa ou direitos a prestação, não são simples normas programáticas, mas sim normas princípios (em sua eminência) Além disso, explicita-se ainda, que os direitos fundamentais originam-se da própria constituição e não na lei. *“É a lei que deve mover-se no âmbito dos Direitos Fundamentais, não o contrário”*⁴⁸. Mais do que isso, os juizes, diante de uma lei que contrarie os direitos fundamentais, não deve observá-la em prevalência daqueles direitos.

Canotilho, observa que o entendimento contrário, isto é, de que os direitos fundamentais à prestação seriam normas programáticas (no sentido de que nos falava Luiz Roberto Barroso) e, portanto, carecem de atuação do legislador para que

⁴⁷ MENDES, Gilmar; COELHO Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Gustavo. op. cit. p. 241.

⁴⁸ Ibidem

possam ser admitidos como direitos subjetivos, inverte a lógica da relação direitos fundamentais e lei, critica o Mestre português nos seguintes termos⁴⁹;

“A realização dos direitos fundamentais, é neste sentido, um importante problema de competência constitucional: ao legislador compete dentro das reservas orçamentais, os planos econômicos e financeiros, das condições sociais e econômicas do país garantir as prestações integradoras dos direitos sociais, econômicos e culturais. Paradoxalmente, parece vir a cair-se no esquema relacional lei – direitos fundamentais que vigorou no século passado: os direitos fundamentais apenas se reconhecem na âmbito da lei; é a lei dona dos direitos fundamentais”.

Ora, deixar os direitos fundamentais submetidos à lei, nada mais seria, senão o retrocesso cultural e jurídico e a explícita submissão aos mesmos riscos daqueles que viveram sob a égide da Constituição de Weimar.

Sendo assim, tal opção se mostra de todo irrazoável.

II – A OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

2.4 A caracterização da omissão inconstitucional

A concretização da constituição há de ser efetivada, fundamentalmente, através de lei. Os princípios da democracia e do Estado de direito (art.1º - CF) têm na lei instrumento básico de sua concepção.

A administração pública entre outros princípios, está vinculada expressamente ao princípio da legalidade (art.37), o mesmo pode-se dizer do sistema tributário, entre outros.

O princípio da reserva legal, foi consagrado de forma ampla na Constituição brasileira; “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art.5º, II – CF).

Estas considerações, embora sucintas, estão à demonstrar que a concretização da ordem fundamental carece de lei, e que a constituição confiou nas

⁴⁹CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. p. 369

instituições políticas, principalmente o Poder Legislativo, para realizar a concretização da Constituição.

Contudo, nosso Constituinte estava tão preocupado em garantir o exercício dos direitos subjetivos constitucionais que foi além da omissão legislativa, prevendo ainda, que a impossibilidade do auferimento do direito se desse por inatividade administrativa.

Assim, passemos a caracterizar a omissão legislativa e administrativa.

2.4.1 Omissão inconstitucional legislativa

Pois bem, uma vez ressaltada a importância da atuação dos poderes para a realização da norma fundamental, passar-se-á a caracterizar a omissão desses órgãos.

Um simples *non facere*, por si só, não configura um desafio à norma fundamental, é preciso que haja um mandamento expresso ou implícito da norma suprema que exija a adoção de determinada conduta pelo Poder Legislativo ou executivo. “A *inconstitucionalidade resultará, portanto, de um comportamento contrastante com uma obrigação jurídica de conteúdo positivo*”.⁵⁰

A omissão legislativa, para ganhar significado autônomo e relevante, deve conexionar-se com uma exigência constitucional de ação. O simples dever geral de legislar, por si só, não caracteriza uma omissão inconstitucional.

Como regra, legislar é uma faculdade do legislador. Insere-se no âmbito de sua discricionariedade ou, mais propriamente, na sua liberdade de conformação a decisão de criar ou não lei acerca de determinada matéria, *respeitados obviamente, critérios de razoabilidade*⁵¹. Conseqüentemente, de ordinário, sua inércia não configura infração à Constituição.

Todavia, nos casos em que a Constituição exigir, ato comissivo do legislador, este deve manifestar-se na conformidade da exigência constitucional, sob pena se sua inação se configurar ilegítima. Não se cuida aí de um direito genérico e abstrato à emanção de uma norma jurídica, mas sim de que existe, para o legislador, um

⁵⁰ BARROSO, Luiz Roberto. op. cit. p.32.

⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Gustavo . op. cit. p. 249.

dever específico de legislar sobre determinada matéria. Quando a Constituição expressamente o prevê, está investindo o cidadão de um direito⁵². Mas isso não é tudo essa omissão deve ainda, impossibilitar uma auferição de um direito.

Isso porque, conforme já, mencionado alhures, no caso de se tratar de norma programática não há que se falar em omissão. É o ensinamento de Gomes Canotilho⁵³:

“É difícil, por exemplo, falar em inconstitucionalidade por omissão no caso de não cumprimento de normas-fim ou normas tarefas. Assim, e para tornar mais transparente esta idéia, não haverá grande utilidade em falar de inconstitucionalidade por omissão pelo não cumprimento do art.3º, donde se enunciam como objetivos fundamentais construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos. O não cumprimento de normas-fim e normas-tarefas, como as que acabamos de citar, também tem relevo jurídico constitucional, mas as sanções dependem mais da luta política do que de mecanismos de controle de inconstitucionalidade por omissão”.

Nessas normas o constituinte deixa, corretamente, margem discricionária aos poderes políticos, para que esses, de acordo com critérios de oportunidade e conveniência, estabeleçam a melhor forma de concretizá-los.

A efetiva concretização dessas normas depende de situações fáticas alheias ao texto constitucional, como por exemplo, a situação econômica do Estado. Submetem-se ao condicionante geral do Direito como um todo, de que não se pode conceder aquilo que não se possui.

Também nesse sentido ensina Jorge Hage que *“Tais normas(ao se referir as normas programáticas), como já se viu, não fazem surgir, para ninguém, um direito a uma prestação material específica e imediata e nem um direito à emanção de normas legais⁵⁴”*.

Com efeito, em relação às normas programáticas, onde se prevê genericamente a atuação do Poder Público, mas sem especificar a conduta adotada, não será possível, como regra, falar em omissão inconstitucional, pois cabe ao legislador, verificar, de acordo com as condições fáticas, quando e em que medida serão realizáveis aqueles objetivos salvo se a inação inviabilizar as providencias

⁵² Nesse sentido: HAGE, Jorge. op. cit. p.49.

⁵³ CANOTILHO, José, Joaquim, Gomes. *Tomemos a sério o silêncio dos poderes públicos – o direito a emanção de normas jurídicas e a proteção judicial contra as omissões legislativas*. p.354/355.

⁵⁴ HAGE, Jorge. op. cit. p. 70.

correspondentes ao mínimo existencial⁵⁵. Pois se assim não o fosse, importaria em verdadeira renúncia à Constituição.

Para reforçar tal entendimento, nos vale-se mais uma vez dos ensinamentos de Gomes Canotilho⁵⁶;

O descumprimento das normas programáticas é também inconstitucional, mas a sua concretização depende essencialmente de luta política e dos instrumentos democráticos, ao passo que as omissões legislativas inconstitucionais em sentido estrito podem originar uma ação direta de inconstitucionalidade .

As normas consagradoras de diretrizes(no sentido em que explica Ronald Dworkin) podem e devem servir de parâmetro para o controle judicial, mas elas ficam dependentes, na sua exata configuração e dimensão, de uma intervenção legislativa conformadora e concretizadora, que deve observar as condições fáticas e políticas, só então adquirindo plena eficácia e exigibilidade⁵⁷.

José Afonso da Silva dá um exemplo interessante de caracterização de omissão inconstitucional. O doutrinador se vale do art.6º que prevê o direito de participação dos trabalhadores nos lucros e na gestão das empresas, *conforme definido em lei*. Ocorre que, se esse direito não se realizar, por omissão do legislador em produzir a lei ali referida, tal omissão se caracterizará como inconstitucional⁵⁸.

Com efeito, a doutrina mais recente vem manifestando-se no sentido de caracterizar um novo tipo de omissão legislativa inconstitucional. Consistiria a inação na não atualização de normas defasadas perante circunstâncias supervenientes. É a chamada omissão por falta de atualização ou aperfeiçoamento de normas. A omissão consistiria não apenas na ausência total ou parcial da lei, mas na falta de adaptação e aperfeiçoamento da lei. *“Esta carência ou déficit de aperfeiçoamento das leis assumirá particular relevo jurídico constitucional, quando da falta de melhorias ou correções resultem conseqüências gravosas para efetivação dos direitos fundamentais”*.⁵⁹

⁵⁵ Nesse sentido: BARROSO, Luiz Roberto. op. cit. p. 35.

⁵⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. op. cit. p. 520.

⁵⁷ Canotilho, José Joaquim Gomes. op.cit. p. 520.

⁵⁸ Silva, José Afonso; *Curso de Direito Constitucional Positivo*. p.48.

⁵⁹Canotilho, José Joaquim Gomes. op.cit. p. 1035

Questão que vem desencadeando tormentosos debates, surge, nos casos que se tem o início do processo legislativo, mas o parlamento não delibera em um decurso razoável de tempo.

O Supremo Tribunal Federal vinha considerando que, iniciado o processo legislativo, não havia que se cogitar de omissão inconstitucional do legislador⁶⁰, porém, em maio de 2007, optou por trilhar novos caminhos, entendendo que a *inertia deliberandi* (discussão e votação) também configura omissão passível de ser configurar inconstitucional⁶¹.

Sem dúvida, a complexidade de algumas obras legislativas não permite que elas sejam concluídas em tempo exíguo. Ora, o próprio constituinte houve por bem excluir do procedimento legislativo abreviado os projetos de códigos (art.64, § 4º). Nesse sentido Gilmar Mendes:

*Não se deve olvidar outrossim, que as atividades parlamentares são caracterizadas por veementes discussões e difíceis negociações, que decorrem mesmo do processo democrático e do pluralismo político reconhecido e consagrado pela ordem constitucional.*⁶²

Uma vez iniciado a processo legislativo deve-se então, conceder prazo razoável, de acordo com complexidade da demanda, para a efetiva confecção da lei. Contudo, a particularidade do processo legislativo, não deve importar em manifesta negligência ou recusa do Parlamento à efetivação da Constituição. Nesse sentido, mais uma vez, cabem as palavras de Gilmar Mendes⁶³;

Essas peculiaridades da atividade parlamentar que afetam inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam, todavia, uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional. Não temos dúvida, portanto, em admitir que também a *inertia deliberandi* das Casas Legislativas podem ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

2.4.2 Omissão inconstitucional administrativa

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.495, Ilmar Galvão, julgada em 02/05/2002, DJ 02/08/2002: www.stf.gov.br

⁶¹ ADI 3.682 – 09/05/2007.

⁶² MENDES, Gilmar. op. cit. p.152/153.

⁶³ Idem. p .153.

Embora, em princípio, conforme mencionado alhures, a concretização da Constituição foi confiada primordialmente ao Poder Legislativo, que atua através da lei, a norma fundamental pátria contemplou a possibilidade de eventual omissão das autoridades administrativas.

É possível que a omissão de ato ou providência administrativa mais relevante, nesse âmbito, se referira ao exercício do poder regulamentar⁶⁴. Torna-se, então, importante conhecer alguns aspectos deste poder, para fins de melhor reconhecimento da omissão inconstitucional.

A técnica de separação de poderes adotada pela Constituição Federal de 1988 não é absoluta. Com isso quer-se dizer, que, embora as funções primordiais de cada poder devam ser respeitadas, não há exclusividade no exercício desses poderes. É assim, que, por exemplo, cabe ao Senado Federal julgar o Presidente da república e o Vice-Presidente nos crimes de responsabilidade⁶⁵.

Pois bem, no tocante ao poder normativo, embora esta função caiba precipuamente ao Congresso Nacional, este não se esgota na elaboração das leis, tão pouco está adstrito ao Poder Legislativo. Sem dúvida, a característica peculiar dos regulamentos é o fato de serem expedidos, por poder outro, que não o legislativo. Além disso, são hierarquicamente inferiores à lei. De fato, só podem existir, como regra geral, para garantir o seu fiel cumprimento⁶⁶.

Os regulamentos, submetem-se ao princípio da legalidade estrita, o qual submete toda administração pública. Assim, não há justificativas políticas ou práticas para expedição de regulamentos, mas, tão somente, a explicação jurídica, ou seja, a autorização legal⁶⁷. Em sendo assim, os regulamentos pressupõem uma lei, seu exercício somente pode dar-se *secundum legem*. Há, ainda, uma distinção material

⁶⁴ Idem. p.163.

⁶⁵ CF, Art. 52: “Compete privativamente ao Senado Federal:

I – processar e julgar o Presidente e o Vice-presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e o Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aquele”. (...)

⁶⁶ CF, Art. 84: “Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

IV: sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”.

⁶⁷ CANOTILHO, José Joaquim. op. cit. p. 921.

entre os regulamentos e a lei, é que a possibilidade de inovar no ordenamento, é exclusiva da lei. Nesse sentido, corrobora Pontes de Miranda⁶⁸;

“Onde se estabelecem, alteram ou extinguem direitos não há regulamentos, há abuso do poder regulamentar, invasão de competência legislativa. O regulamento não é mais que auxiliar das leis, auxiliar que sói pretender, não raro, o lugar delas, mas sem que possa, com tal desenvoltura, justificar-se e lograr que o elevem à categoria da lei”.

Os regulamentos, então, são próprios da atividade administrativa, da função de garantir a aplicação geral da lei⁶⁹.

Não raras vezes, a lei estabelece prazo para a edição de ato regulamentar, fixando uma *conditio* para sua execução. Nesse caso, cumpre ao Executivo diligenciar a regulamentação no prazo estabelecido, ou se julgá-lo exíguo, postular na justiça contra a violação do direito-função. Contudo a omissão administrativa não tem o condão de paralisar a eficácia da lei, que deve ser aplicada naquilo que não depender do regulamento⁷⁰.

Maior relevo, em termos de controle abstrato, possuem os casos de regulamento autorizados quando a lei não contiver os elementos mínimos que assegurem sua plena aplicabilidade. Ora, somente a lei pode criar, modificar ou extinguir direitos. Se a lei delega essa função ao regulamento, trata-se de verdadeira renúncia ao mandamento constitucional e ofensa direta ao direito fundamental do princípio da legalidade. Nesse sentido Celso Antônio Bandeira de Mello⁷¹;

“Se à lei fosse dado dispor que o executivo disciplinaria, por regulamento, tal ou qual liberdade, o ditame assecuratório de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei perderia o caráter de garantia constitucional, pois o administrado seria obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa ora em virtude de regulamento, ora de lei ao líbido do legislativo”.

Os regulamentos autorizados devem ter na lei um norte. Todos os direitos só podem ser criados, modificados ou extinguidos mediante lei, e, não, por regulamento.

⁶⁸ MIRANDA, Pontes de. *Comentário à Constituição de 1967, com a emenda n.de 1969*. São Paulo: p.314.

⁶⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. op. cit. p. 833.

⁷⁰ MIRANDA, Pontes de. op. cit. p. 319.

⁷¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. p.340.

A questão que se impõe é: se diante de uma lei que autoriza de forma genérica um regulamento que verse sobre direitos, isto é, lei que permite que ao executivo, criar, modificar ou extinguir direitos por ato próprio, o que, como já visto, é de todo inconstitucional, se seria uma inconstitucionalidade por ação ou por omissão.

Quer parecer que a inconstitucionalidade na referida hipótese seria por ação, isso porque, houve um ato que contrariou a cláusula pétrea que prevê a separação dos poderes, ou seja, houve uma ação de delegação que foi de encontro ao disposto na Constituição.

De regra, pode-se concluir, pela natureza infralegal dos regulamentos, portanto, não há que se falar, a princípio, em controle de constitucionalidade.

Por fim, há que se destacar o que a doutrina vem chamando de “regulamento de natureza primária” ou “regulamento de natureza originária”. O tema parece ter sido inserido no ordenamento pátrio após a Emenda Constitucional nº45/2004.

Há alguns casos, em que a própria Constituição autoriza determinados órgãos a produzirem atos que, tanto como as leis, emanam diretamente da Carta e têm, portanto, natureza primária ou originária. Observa-se que, ao contrário do que ocorre com os regulamentos de forma geral, neste caso, não há qualquer ato de natureza legislativa que se situe entre os regulamentos originários e a Constituição. Esses atos, a despeito do termo regulamentar, têm como escopo regulamentar a própria constituição⁷².

Como exemplo de regulamentos originários, podemos citar o art.103 –B da Constituição, que instituindo o Conselho Nacional de Justiça, conferiu a esse órgão atribuição para “expedir atos regulamentares no âmbito de sua competência, ou recomendar providências”.⁷³

Não há dúvidas, que, em se tratando de um regulamento originário, dever haver controle abstrato de constitucionalidade, uma vez que a estes é possível criar, modificar ou extinguir direitos.

2.4.3 Caracterização da omissão inconstitucional na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

⁷² FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. p. 44.

⁷³ A emenda 45/2004, também introduziu expressão idêntica ao tratar do Conselho Nacional do Ministério Público.

Neste tópico pretende-se mostrar em que situação encontra-se nossa Suprema Corte, no que concerne a caracterização da omissão inconstitucional.

Já em 1989, na análise da ADI nº 19, o Supremo Tribunal Federal entendeu que não caberia ação direta de inconstitucionalidade por omissão para determinar a prática de ato administrativo, uma vez que a ação visa sanar a omissão de cunho normativo.

Na ADI nº 336 (julgada a liminar em 24/09/1990) o Supremo Tribunal Federal, entendeu cabível liminar em casos de omissão relativa.

Em 1992, no julgamento do MI nº 395, a Corte se manifestou no sentido de não admitir a fungibilidade entre o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. No mesmo sentido, nas ADI–MC nº 986, relator Ministro Néri da Silveira, ADI nº 1.439 relator Ministro Celso de Mello e ADI nº 1442, também de relatoria do Ministro Celso de Mello, fixou-se também o entendimento de que não cabia conversão de ADI em ADI por omissão.

Em 9 de maio de 2007, julgando a ADI nº 2.240, o Supremo Tribunal Federal, lidou com questão inusitada, pois tratava-se da criação do Município Luiz Eduardo Magalhães, já consolidado à época do julgamento. Diante da situação de fato já constituída a corte declarou a inconstitucionalidade sem a declaração de nulidade, e, estabeleceu prazo razoável para a regularização do município.

Na mesma data, julgando a ADI nº 3.682, o STF entendeu que a *inertia deliberandi* também se configurava passível de ser caracterizada como omissão inconstitucional.

2.5 Classificação das omissões inconstitucionais

As omissões inconstitucionais possuem diversas espécies de classificações, contudo, algumas delas se mostram irrelevantes para os fins deste trabalho, de tal sorte, que, selecionamos somente aquelas que pareceram dotadas de alguma utilidade para fins de compreensão desta obra.

A omissão poder ser total ou absoluta, parcial ou relativa e ainda por falta de atualização ou aperfeiçoamento de norma.

2.5.1 Omissão total ou absoluta

A omissão inconstitucional total estará configurada quando o legislador, tendo o dever jurídico de atuar, abstém-se inteiramente de fazê-lo, deixando um vazio normativo. Na omissão absoluta, apesar do mandamento constitucional, não há qualquer ação no sentido de atendê-lo.

2.5.2 Omissão relativa ou parcial

Se diante de uma lei, cuja a elaboração é exigência Constitucional, e notamos que aquela atende a maioria dos preceitos constitucionais, mas se omite em outros pontos, estamos então diante de uma omissão parcial ou relativa. O atendimento insatisfatório ou incompleto da exigência Constitucional de legislar configura, sem dúvida, afronta à Constituição⁷⁴.

Canotilho adverte que as omissões relativas ou parciais, tratam de situações em que imposições legiferantes favorecem certos grupos ou situações, esquecendo, contudo, outros grupos e outras situações que preencham os mesmo pressupostos de fato. Esta concretização incompleta tanto pode se dar por uma intenção deliberada do legislador de conceder vantagens a apenas certos grupos ou interesses (nestes casos, ter-se-á uma inconstitucionalidade por ação), ou ainda, pode derivar de uma não-averiguação das situações de fato, mas sem que haja o propósito de arbitrariamente favorecer a grupos ou a situações específicas⁷⁵.

Assim, conclui-se que em caso de haver manifesta intenção de favorecer somente a determinado grupo, ignorando a situação de fato que há outros em

⁷⁴ MENDES, Gilmar. op. cit. p. 155.

⁷⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. op. cit. p. 520.

situação semelhante, ter-se-á, em verdade, uma inconstitucionalidade por ação. Nesse caso, haveria, entre outros, lesão ao princípio da moralidade.

Se por outro lado, ao elaborar ato normativo, concede-se vantagem a determinado grupo, e, por não observação do contexto social, deixa-se de contemplar grupo em situação semelhante, estamos então, diante de uma omissão inconstitucional.

2.5.3 Omissão por falta de atualização ou aperfeiçoamento da norma

Trata-se realmente de situação peculiar e ainda carente de maiores debates na doutrina e principalmente na jurisprudência, conforme ressaltado alhures.

Na omissão por falta de atualização ou aperfeiçoamento, trata-se de uma omissão imprópria, pois já houve uma atuação completa do órgão legiferante no sentido de concretizar a Constituição, entretanto, ocorreram situações fáticas supervenientes que fizeram com que a lei antes elaborada constitucionalmente, se tornasse insuficiente para efetivar a norma fundamental. A lei passa a carecer de atualizações e aperfeiçoamentos.

O intento da Constituição não é garantir apenas elaboração de uma lei, mas, mais do que isso, trata-se de assegurar direitos e auferir, assim, a maior concretização possível. Se com as mudanças sociais a lei passa a se configurar insuficiente para garantir a efetivação da Constituição, é função do legislador atualizar-la.

III – REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS

2.6 Remédios disponibilizados pela Constituição contra as omissões inconstitucionais

A experiência constitucional brasileira, da independência até o início da vigência da Constituição de 1988, é uma crônica marcada definitivamente pela distância entre a realidade e a norma. A marca da falta de efetividade, acompanhou o constitucionalismo brasileiro pelas décadas afora, desde a promessa de igualdade de todos, constante na Constituição 1824 (vigente durante o regime escravocrata) até as promessas garantistas da Constituição militar de 1969.

Destituídas de normatividade as Constituições desempenhavam o papel menor, mistificador, de proclamar o que não era verdade e prometer o que não era cumprido. Boa parte da responsabilidade por essa disfunção pode ser creditada à omissão dos Poderes Públicos em dar eficácia às normas constitucionais⁷⁶.

A Constituição de 1988 enfrentou diretamente este tema, concebendo, conforme já mencionado, dois instrumentos, sendo eles:(i) a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e (ii) o mandado de injunção, para os quais passamos, a partir de agora, a lançar um olhar mais minucioso.

Deve-se registrar que, embora a maioria da doutrina tenha considerado oportuno o fato de a Constituição dispor de mecanismos de controle da inação inconstitucional, houve também quem considerasse que a criação de um meio específico acabava por limitar as formas de correção do ordenamento jurídico, principalmente no que toca as omissões parciais. Nesse sentido destacamos Juliano Tavares Bernardes⁷⁷:

Aliás, aí se revelou extremamente infeliz o constituinte brasileiro, em sua opção de copiar a constituição portuguesa, quando criou mecanismo específico para o controle abstrato da constitucionalidade dos atos omissivos. Se quanto às omissões formais houve nisso grande avanço, pois incorporada a idéia da existência de interesse objetivo e juridicamente tutelado à emanção de medidas que implementem a aplicabilidade da constituição federal, o mesmo não pode ser dito quanto à fiscalização das omissões parciais. É que, considerados os poucos efeitos previstos para a decisão da ADInO, o constituinte acabou por reduzir as possibilidades de corrigir a disciplina insuficiente. Seria muito melhor que não tivesse criado a ADInO ou que houvesse restringido a aplicação dela só às normas formais, porque assim se poderia mais facilmente caminhar, no âmbito mesmo do controle da constitucionalidade dos atos omissivos, no rumo da adoção de técnicas decisórias mais eficientes para enfrentar o problema.

⁷⁶ BARROSO, Luiz Roberto. op. cit. p. 220.

⁷⁷ BERNARDES, Juliano Tavares. *Novas perspectivas do controle da omissão inconstitucional no direito brasileiro*. Disponível em: www.jusnavegandi.com.br Acesso em: 01nov.2006

Também nesse sentido podemos citar Revorio, cuja o pensamento nos dá notícia Juliano Berdardes Tavares, cuja as análises feitas da Constituição portuguesa cabem perfeitamente ao ordenamento pátrio⁷⁸.

Más allá Del sistema portugués(que he tomado como ejemplo más cercano), me parece que puede afirmarse com carácter más general que el establecimiento de un procedimiento específico de verificación de las omisiones legislativas no resulta un remedio eficaz a las omisiones legislativas relativas, en comparación con otras soluciones a esta situación. Y ello por las dificultades para configurar como inconstitucional por omisión un proceso cuyo objeto, más que la omisión en sentido estricto, sería realmente el precepto incompleto o defectuoso, lo que nos sitúa más bien en la inconstitucionalidad por acción. Pero aun admitiendo que estos supuestos pudieran tratarse como omisiones, el problema sería entonces el de dotar de efectos jurídicos a la sentencia estimatoria, por las dificultades existentes para vincular jurídicamente al legislador a iniciar un procedimiento legislativo, cuyo resultado además permitirá en algunos casos un margen de discrecionalidad que há de respetarse.

Registro feito. Pasemos a análise dos institutos.

2.6.1 A ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADI por omissão)

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão se configura, conforme se depreende do texto constitucional, como modalidade de controle abstrato e concentrado de controle de constitucionalidade. A ADI por omissão não tem outro escopo senão a defesa da ordem fundamental contra condutas com ela incompatíveis. Não há que se falar, em sede de controle de constitucionalidade abstrato e concentrado em proteção de situações individuais ou relações subjetivadas, mas, ao contrário, nessa seara o intento é a defesa do ordenamento como um todo.

Em sendo assim, não se pressupõe, em se tratando de ação direta de constitucionalidade, a caracterização de um interesse de agir. Os órgãos ou entes incumbidos de inicializar o processo de defesa da ordem constitucional não atuam como autores, no sentido estritamente processual, mas como advogados do

⁷⁸ Ibidem.

interesse público. Os legitimados atuam como verdadeiros advogados da Constituição⁷⁹.

2.6.1.1 Os legitimados para propor a ADI por omissão

A doutrina em peso vem criticando a opção estrutural do constituinte ao dispor na Carta, sobre a ação direta de inconstitucionalidade⁸⁰. O artigo 102 da Constituição que contém o elenco das competências do Supremo Tribunal Federal, não contempla a ação direta por omissão, limitando-se a mencionar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ator normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

No artigo seguinte, fixam-se os entes ou órgãos legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade. Parece evidente que essa disposição refere-se à ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, prevista no artigo anterior.

Se tivermos o cuidado de investigar o direito comparado, observaremos que o constituinte português estabeleceu um rol distinto de legitimados para o controle abstrato da ação e da omissão. No controle da omissão, o constituinte lusitano, optou por estabelecer número bem menor de legitimados do que aqueles possibilitados de iniciar o processo em caso de ação inconstitucional. Para o controle da omissão foram estabelecidos como legitimados apenas o Presidente da República e o Provedor de Justiça.

A equiparação de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, com os legitimados para propor ação direta em razão de omissão inconstitucional, conforme assentado pelo Supremo Tribunal Federal, prepara algumas dificuldades. Isto porque no rol do artigo 103 estão presentes como legitimados o Presidente da república, Mesa do Senado Federal e a Mesa da Câmara dos Deputados.

Esses entes possuem direito a iniciativa legislativa. Pode-se então imaginar a possibilidade de algum desses órgãos propor ação direta de inconstitucionalidade no

⁷⁹ Termo utilizado em: KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional.*, p. 175/176.

⁸⁰ MENDES, Gilmar. *op. cit.* p. 250.

qual o próprio proponente será o destinatário da ordem de fazer do Tribunal. Isto é, o próprio responsável pela inconstitucionalidade se volta contra ela.

Assim, salvo nos casos de iniciativa privativa de outros poderes, como é o caso do Supremo Tribunal Federal em relação ao Estatuto da Magistratura, esses órgãos não poderiam propor ação de inconstitucionalidade por omissão, uma vez que, são eles próprios os responsáveis pelo estado de inconstitucionalidade⁸¹.

2.6.1.2 O procedimento da ADI por omissão

O Supremo Tribunal Federal entende que a regra de legitimação ativa prevista no art.103 (legitimados para ADI) aplica-se integralmente à ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Apresentada a ação deverá o relator requerer informações às autoridades eventualmente responsáveis pela reclamada omissão.

Após as informações será ouvido o Procurador Geral da República, devendo os autos em seguida, serem submetido ao relator, que pedirá dia para julgamento.

O Supremo Tribunal Federal vem entendendo não ser necessário a manifestação do Advogado Geral da União, na ação direta de inconstitucionalidade por omissão⁸².

No que toca à concessão de medida cautelar em sede da ADI por omissão, a Corte Constitucional vem posicionando-se no sentido de não admitir a sua concessão. O Tribunal fundamenta seu posicionamento na incompatibilidade entre o *periculum in mora*, requisito necessário à concessão de cautelar, e a natureza e finalidade da ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão. Segundo a Corte em razão da natureza da ação direta, em nada contribuiria para afastar o perigo de dano, já que no mérito, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão apenas autorizaria o Tribunal a cientificar o órgão responsável pela omissão, para que este venha a tomar as providências necessárias⁸³.

⁸¹ MENDES, Gilmar. op. cit. p.1128.

⁸² BRASL, Supremo Tribunal Federal. ADI 480/DF, Rel. Min. Paulo Brassard, julgada em 13/10/1994

⁸³ A propósito, ADI-MC 267/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 19/05/1995; ADI-MC 361/DF Rel.Min. Marco Aurélio,DJ de 20/10/1990; ADI –MC 1387/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 29/03/ 1996. Vale citar trecho elucidatório, da ADI-MC 267/DF, acima referida; “a suspensão liminar de eficácia de atos normativos, questionados em sede de controle concentrado, não se revela compatível com a natureza e finalidade da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, eis que, nesta, a única

Gilmar Mendes ao comentar a impossibilidade de concessão de cautelar em sede omissão inconstitucional por via de ação direta, faz as seguintes ponderações⁸⁴;

Essa orientação parte de uma premissa – ainda hoje dominante no tribunal – segundo a qual a decisão proferida em sede de ADI por omissão limita-se a reconhecer a inadimplência de dever constitucional de legislar. Parece que essa posição não corresponde à natureza complexa da omissão, especialmente nos casos de omissão parcial.

Em se admitindo efeitos outros para a declaração de inconstitucionalidade por omissão, que não, a simples comunicação do órgão eventualmente responsável, a concessão de medida cautelar torna-se inexoravelmente plausível.

Mais a frente, estudaremos outros possíveis efeitos da declaração de omissão inconstitucional, pois trata-se de tema central à esta obra. Contudo podemos adiantar que, se, por exemplo, o Tribunal admitisse a suspensão da norma para que o órgão legislativo deliberasse, seria perfeitamente possível a possibilidade de concessão de medida cautelar.

Por fim, pede-se vênia para citar, mais uma vez, os ensinamentos do Ministro. Gilmar Mendes⁸⁵:

Portanto, aceita a tese concernente à fungibilidade (relativa) entre ação direta de inconstitucionalidade e a ação direta por omissão, especialmente no que se relaciona com a chamada “omissão parcial”, e admitida a necessidade de adoção de uma técnica de decisão diferenciada (declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade), parece que se haverá de admitir, igualmente a possibilidade de que o Tribunal deferira providências cautelares, desde que esta decisão seja compatível com o pronunciamento que venha eventualmente (declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, com a suspensão da aplicação da norma, se for o caso).

O Supremo Tribunal Federal parece estar em momento de viragem jurisprudencial, com isso, a discussão sobre a concessão de cautelar em sede ADI por omissão voltou a ganhar corpo, tanto na Corte Suprema, como na Doutrina.

2.6.2 Mandado de injunção

consequência político-jurídica possível, traduz-se na mera comunicação formal, ao órgão estatal inadimplente, de que está em mora constitucional”.

⁸⁴ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mátiães; GONET, Paulo Gustavo. op. cit.1138.

⁸⁵MENDES, Gilmar. op .cit p.145

O mandado de injunção, ao contrário do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, visa a tutela de um direito subjetivo concreto do titular, o qual foi prejudicado pela ausência de norma regulamentadora.

A Constituição Federal previu expressamente em seu art.5º LXXI a concessão do mandado de injunção sempre que a ausência de norma torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e as prerrogativas inerentes a nacionalidade, soberania e à cidadania.

O instrumento ora analisado vem causando acirradas discussões entre os doutrinadores, e, principalmente, vem colocando em posições diametralmente opostas jurisprudência e doutrina.

Alguns autores sustentam que as regras constantes do preceito constitucional que instituiu o mandado de injunção, carecem de normatização infraconstitucional. Nesse sentido afirma Inocêncio Mártires Coelho que *“se fosse auto-aplicável ou bastante em si, como afinal e contraditoriamente se afirmou naquela ocasião, o mandado de injunção dispensaria a ajuda regulamentadora tomada de empréstimo a outro remédio constitucional”*⁸⁶.

Uma segunda posição sustenta que deveria o tribunal, diante de um mandado de injunção, proferir a decisão que contivesse a norma concreta que se aplicaria àquele caso específico. Nesse sentido, Luiz Roberto Barroso, disserta que o pronunciamento da corte possui nítido caráter constitutivo, *“devendo o juiz criar a norma regulamentadora para o caso concreto, com eficácia inter partes, e aplicá-la, atendendo quando seja o caso, à pretensão veiculada”*⁸⁷. Esta corrente possui uma variante que sustenta que a decisão judicial há de conter uma regra geral aplicável não só à questão submetida ao crivo da Corte, mas também aos demais casos semelhantes⁸⁸.

Segundo essa concepção o constituinte teria dotado o Tribunal, excepcionalmente, do poder de editar normas abstratas, de modo que essa atividade apresentaria fortes semelhanças com a atividade legislativa. Com intuito de restringir tal posicionamento, vem se defendendo que se a concretização do direito

⁸⁶ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Gustavo. op.cit. p.22.

⁸⁷ BARROSO, Luiz Roberto.op. cit. p.124.

⁸⁸ Nesse sentido: MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Gustavo. op.cit. p.1147.

subjetivo, o qual se encontra impossibilitado em face de ausência de pressuposto normativo, não deve ser auferido quando houver dispêndio de recursos públicos, o mandado de injunção deve ser inadmitido⁸⁹.

De outro lado, a jurisprudência vem posicionando-se no sentido de que a decisão em mandado de injunção possui caráter *mandamental*. Por essa orientação caberia ao Tribunal dar ciência ao órgão omissor da mora na regulamentação, para que este adote providências necessárias e, se se tratar de direito oponível contra o Estado, suspender os processos judiciais e administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria caso não houvesse a inação normativa. Nesse sentido o STF decidiu que:

“O caráter essencialmente mandamental da ação injuncional – consoante tem proclamado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – impõe que se defina, como passivamente legitimado *ad causam*, na relação processual instaurada, o órgão público inadimplente, em situação de inércia constitucional, ao qual é imputável a omissão inviabilizadora do exercício do direito, liberdade e prerrogativa de índole constitucional.(...) O novo writ constitucional, consagrado pelo art. 5º, LXXI, da Carta Federal, não se destina a constituir direito novo, nem a ensejar ao Poder Judiciário o anômalo desempenho de funções normativas que lhe são institucionalmente estranhas. O mandado de injunção não é o sucedâneo constitucional das funções político-jurídicas atribuídas aos órgãos estatais inadimplentes. A própria excepcionalidade desse novo instrumento jurídico impõe ao judiciário o dever de estrita observância do princípio constitucional da divisão funcional do poder”(STF,RTJ 139:712,1992, MI 284 – DF, Rel. Min. Marco Aurélio).

Com tal posicionamento diametralmente oposto ao da doutrina, a corte acabou por esvaziar o mandado de injunção.

Se se considerar, como o fez o tribunal, que o mandado de injunção tem como escopo apenas “informar” o órgão omissor, temos então, que o mandado de injunção e a ADI por omissão se equivalem. Ora, se diante de um direito subjetivo, o qual não pode ser auferido em face de uma ausência de regra regulamentadora, o Tribunal não se dispõe a conferi-lo, mas apenas a comunicar o órgão omissor, não se trata então de assegurar a concretização do direito individual, mas tão somente proteger o ordenamento jurídico. Nesse sentido dispõe Barroso⁹⁰:

Sem nutrir simpatia pela inovação representada pelo mandado de injunção e rejeitando o ônus político de uma competência normativa que não desejava, a Corte esvaziou a potencialidade do novo remédio. Invocando, assim, uma visão clássica e rígida do princípio da separação dos poderes, promoveu a

⁸⁹ Idem.p.1147.

⁹⁰ BARROSO, Luiz Roberto. op. cit.p. 125/126

equiparação do mandado de injunção à ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

A expectativa criada com a adoção deste instituto no ordenamento constitucional brasileiro acarretou a propositura de inúmeras ações de mandado de injunção, o que levou o Supremo Tribunal Federal a decidir, em um curto espaço de tempo, não só a questão relativa à sua imediata aplicação desse instituto, independentemente de promulgação de regras procedimentais, como, também, sobre a natureza e o significado deste instituto.

Para se ter idéia, entre 1990 e 1991 o Supremo Tribunal Federal julgou 203 mandados de injunção. Destarte, após, a sedimentação da posição da Corte maior no que toca a natureza e finalidade do instituto, o número caiu consideravelmente, ao ponto que até 16.08.2006 haviam sido autuados somente 738 mandados de injunção⁹¹.

Sendo assim, assentava-se a posição de que não cabia ao Judiciário concretizar a norma constitucional definidora de direito, somente cabendo à Corte comunicar ao órgão responsável, para que este sanasse a omissão. Desta feita, lavrou-se nos seguintes termos⁹²:

Em face dos textos da Constituição Federal relativos ao mandado de injunção, é ele ação outorgada ao titular de direito, garantia prerrogativa a que alude o art.5º, LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a Ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art.103, parágrafo 2º) e de que se determine, se se tratar de direito constitucional oponível ao Estado, a suspensão dos processo judiciais ou administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse a omissão inconstitucional.

Assim, de acordo com a conformação dada pela Suprema Corte, há dois remédios constitucionais para que seja dada ciência ao órgão omissor do Poder Público, e nenhum para que se concretize o direito garantido constitucionalmente.

A equiparação dos institutos, embora sendo um de controle concreto (mandado de injunção) e o outro de controle abstrato (ação direta de inconstitucionalidade por omissão) fez com que o Tribunal concedesse às decisões

⁹¹ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Gustavo. op.cit. p .1148.

⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal.MI 107-3 –DF, Rel. Min. Moreira Alves. Essa decisão é considerada *leadin case* na matéria. No mesmo sentido MI 42-5-DF, Rel. Min. Moreira Alves.

dos dois instrumentos efeitos *erga omnes*, o que é característica típica do controle abstrato. Nesse sentido Gilmar Mendes⁹³:

O Tribunal parte da idéia de que o constituinte pretendeu atribuir aos processos de controle da omissão idênticas conseqüências jurídicas. Isso está a indicar que, segundo seu entendimento, também a decisão proferida no mandado de injunção é dotada de eficácia *erga omnes*. Dessa forma, pôde o Tribunal fundamentar a ampliação dos efeitos da decisão proferida no mandado de injunção.

No voto do Ministro relator, Moreira Alves, no Mandado de Injunção nº: 107, que tornou-se o paradigma sobre a matéria, pode-se destacar trecho no qual o eminente julgador alega não estarem previstos na Constituição a natureza e finalidade do mandado de injunção. Foram os termos do relator; *“a Constituição não indica os legitimados passivos nem a natureza e efeitos na providência jurisdicional perseguida com o mandado de injunção”*.

Entretanto, *data vênia* a Constituição preceitua com todas as letras que “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos”. Resta límpido então, que a intenção do constituinte foi elaborar um instituto que garantisse o exercício imediato do direito (já conferido pela Carta Magna).

O Supremo Tribunal Federal argumentava ainda que a tese que pretendia ver a Corte como verdadeira legisladora anômala esbarrava não só no princípio da separação dos poderes, mas também no princípio da reserva legal. Isso porque, no caso de o STF elaborar a norma do caso concreto, ela haveria de impor obrigações a terceiros, o que nos termos do art.5º,II, da Constituição somente dar-se-á em virtude de lei.

Ocorre, que conforme já demonstrado, não há ofensa ao princípio da separação dos poderes. No que toca ao princípio da legalidade, há mais do que uma simples lei a fundamentar o exercício do direito, há uma norma constitucional (na maioria das vezes um direito fundamental) o que por conseqüência, por tratar-se de uma de princípios (conforme ensinamentos de Dworkin) ou normas definidoras de direito (conforme ensinamentos de Barroso) são dotadas de auto-executoriedade.

Em posição contrária ao entendimento inicialmente firmado Pelo STF, Luiz Roberto Barroso advoga⁹⁴;

⁹³MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Gustavo. op.cit. p.1198.

⁹⁴ BARROSO, Luiz Roberto. op. cit. p.118.

(...) não se ajusta aos lindes do instituto a idéia de determinar a quem quer que seja que expeça um ato normativo. Tal objeto – e, assim mesmo, com caráter de dar mera ciência – aproxima-se mais da tutela a ser prestada na ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Após o ímpeto inicial de rejeição do mandado de injunção, o Supremo Tribunal Federal, parece haver se sensibilizado com os apelos doutrinários e parece caminhar para um entendimento mais amplo do instituto.

Avanço considerável se deu no mandado de injunção nº 283-5 de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence. Neste caso, o Tribunal, pela primeira vez, estipulou prazo para que fosse elaborada a lei. Segue parte relevante do acórdão;

Ementa: Mandado de injunção: mora legislativa na edição da lei necessária ao gozo do direito a reparação econômica contra a União, outorgado pelo art. 8, par. 3, ADCT: deferimento parcial, com estabelecimento de prazo para a purgação da mora e, caso subsista a lacuna, facultando o titular do direito obstado a obter, em juízo, contra a União, sentença líquida de indenização por perdas e danos.

(...)

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.

Reconhecia-se então, no acórdão em comento, a possibilidade de, em subsistindo a omissão legislativa, após decorrido o prazo para a purgação da mora, ser possível ao titular dos direitos obter a reparação por perdas e danos.

Sem dúvida, há uma grande evolução entre os dois julgados aqui demonstrados. Se no primeiro a corte limitava-se a expedir sentença mandamental, no segundo passou a estipular prazo para que se colmatasse a lacuna, possibilitando em caso de permanência do *status quo*, a reparação em perdas e danos.

Vale dizer, que o prazo fixado pelo Supremo Tribunal Federal para que o parlamento produzisse a lei, escoou sem que mesma tivesse sido confeccionada, assim, diante de novo mandado de injunção, com fulcro na mesma ausência normativa, o Supremo entendeu que poderiam os detentores do direito subjetivo ingressar imediatamente requerendo as perdas e danos (MI. 543).

Já no MI nº 232, onde se discutia a isenção das entidades beneficentes, o Supremo firmou a nova jurisprudência, valendo colar parte relevante da Ementa⁹⁵:

“o mandado de injunção conhecido, em parte e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do art.195 parágrafo 7º, da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida”.

Note-se que nesse precedente a Corte não precisou suprir qualquer lacuna normativa, limitou-se a considerar a norma constitucional como auto-aplicável. Não há, pois, maiores dificuldades já que não se exige do Tribunal uma norma integradora do ordenamento jurídico.

Ora, a norma constitucional não sendo ela norma programática, tal qual a define Barroso, ou “policies” conforme Dworkin, gozam de auto-aplicabilidade, portanto, a corte cingiu-se a caracterizar devidamente a norma constitucional.

De qualquer forma, percebe-se assim, que, ainda que sem assumir um comprometimento com a edição de normas concretas, o Supremo Tribunal Federal afastou-se, ainda que timidamente, da orientação inicialmente perfilhada. A integração do ordenamento jurídico através de ato de caráter normativo, continua a ser um dogma imperativo na Corte Suprema. Nesse sentido podemos citar o trecho abaixo que serve bem de paradigma para apresentar-nos o entendimento do Tribunal(ADI 1439, 22/05.1996).

A procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do Poder Público, confere ao Supremo Tribunal Federal, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional. - 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.

2.7 Efeitos da decisão que reconhece a omissão inconstitucional

⁹⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 232-1 – RJ Rel. Min. Moreira Alves. DJU. 27 de março de 1992.

Caracterizada a omissão inconstitucional deve o Tribunal decidir no intuito de assegurar o direito ao indivíduo, ou ainda, de defender o ordenamento jurídico. Entretanto, conforme a tipificação da omissão, seja ela total ou parcial, terá a Corte opções distintas para solver o problema.

Assim, diante de uma omissão total, há três possibilidades de atuação judicial:

- (i) Reconhecer a auto-aplicabilidade à norma constitucional e fazê-la incidir diretamente.
- (ii) Apenas declarar a existência da omissão, constituindo em mora o órgão competente para saná-la.
- (iii) Não sendo a norma auto-aplicável, criar para o caso concreto a regra faltante.

No primeiro caso, considerando a Corte que a norma constitucional é bastante em si, que possui densidade jurídica para sua aplicação direta, e que concede todos os meios pelos quais se possa exercer o direito, estará então o Tribunal em condições de resolver a demanda. De todo modo, é comum que, antes de se considerar a norma como auto-aplicável, dê-se prazo ao órgão competente para que atue normativamente.

Nesse sentido, podemos remeter o leitor à jurisprudência já citada do MI nº 232-1, tendo em vista que diante de um caso concreto o Tribunal após estabelecer prazo para que o Poder Legislativo colmatasse a lacuna, e, em face da persistência deste órgão na omissão, entendeu ser auto-aplicável a norma que confere a imunidade tributária às instituições beneficentes (art.195, § 7º).

Sem dúvida que neste caso a situação é menos complexa uma vez que não se exige uma atuação normativa por parte do judiciário.

A segunda possibilidade de atuação judicial, será normalmente aplicada quando a norma não se revestir da qualidade de auto-aplicável, sendo inviável concretizá-la sem a edição de um ato integrador. Aqui, o Tribunal apenas declara a mora do órgão responsável, devendo, aqueles que tiverem o exercício de um direito subjetivo constitucional impossibilitado requerer a reparação de eventuais perdas e danos. Esta é a prática judicial mais comum no direito brasileiro.

Nestas hipóteses de simples declaração de inconstitucionalidade e de comunicação do órgão responsável pela omissão, o Tribunal importou técnica de decisão da Corte Constitucional Alemã. Trata-se da declaração de

inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, até porque, no caso de se caracterizar a omissão total, não há ato normativo para ser declarado nulo. Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal rompe com um velho dogma do direito constitucional, o qual sempre considerou que lei inconstitucional é lei nula.

A declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade assumirá especial relevo quando se tratar dos efeitos da decisão pronunciada em sede de omissão parcial.

Vale observar que a segunda opção em pouco ou nada contribui para a concretização das normas constitucionais, isto, porque, os princípios constitucionais (conforme Dworkin) ou as normas garantidoras de direito (conforme Barroso) ficam submetidas ao arbítrio do legislador. É como dizer que o Poder constituinte só importa quando o poder constituído quer. Mais grave ainda, é o entendimento de que os direitos fundamentais se encontram também condicionados pela lei.

Sobre a provável ineficácia da simples comunicação ao órgão omissivo, pondera José Afonso da Silva⁹⁶:

A mera ciência ao poder legislativo pode ser ineficaz, já que ele não está obrigado a legislar. Nos termos estabelecidos, o princípio da discricionariedade do legislador continua intacto, e está bem que assim seja, mas isso não impediria que a sentença que reconhecesse a omissão inconstitucional já pudesse dispor normativamente sobre a matéria até que a omissão fosse suprida. Com isso conciliar-se-iam o princípio da autonomia do legislador e a exigência do efetivo cumprimento das normas constitucionais

Com a devida vênia, apenas se discordas dos ensinamentos do mestre quanto à discricionariedade do legislador, diante de uma imposição constitucional, mas mesmo com tais divergências a doutrina soa em coro ao apoiar uma atuação que garanta maior cumprimento das normas constitucionais.

A terceira opção, conforme já visto alhures vem sendo de pronto rejeitada pelo Tribunal. Aqui, reconhecida a omissão e a mora a Corte formula, no âmbito do caso concreto, a norma faltante e necessária para o exercício do direito subjetivo. O Tribunal supriria a lacuna com base no art. 126º do Código de Processo Civil, segundo o qual, na ausência de lei, o juiz deve julgar com base na analogia, nos costumes e princípios gerais de direito.

Conforme já mencionado, não há que se falar aqui em ofensa ao princípio da separação dos poderes, pois esse, conforme já demonstrado, não pode mais ser

⁹⁶ SILVA, José Afonso da. op. cit. p.49.

visto de maneira clássica e absoluta, mas sim atendendo as necessidades da complexa e plúrima sociedade moderna. Também nesse contexto, deve-se utilizar de uma classificação que dê as normas constitucionais a maior aplicabilidade possível, de preferência, as classificações aqui sugeridas de Dworkin e Barroso. Principalmente no que toca ao Mandado de injunção, onde se tem um direito conferido ao cidadão pela própria Constituição da República, não se pode confundir as normas definidoras de direito com as normas programáticas. Conforme preceitua Hage estamos falando *“de direitos já assegurados pela Constituição, não que há cogitar de opções”*⁹⁷.

No Brasil há pouco precedentes de efetiva normatização do caso concreto pelo Judiciário, mas para fins exemplificação lançamos mão do julgamento feito pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Tratava-se de mandado de injunção requerido por dois policiais que haviam sido eleitos para cargos de direção da Federação Nacional da Polícia Civil e que pediam afastamento de seus cargos, invocando o art. 84, parágrafo único da Constituição do Estado, que previa: “A lei disporá sobre licença sindical para os dirigentes de Federações e sindicatos de servidores públicos, durante o exercício do mandato, resguardados os direitos e vantagens de cada um”. À época a lei que disciplinava as condições da licença não fora disciplinada. Dessa forma, decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ. MI 6/90 Rel. Dês. Barbosa Moreira);

É admissível mandado de injunção seja qual for o texto constitucional, federal ou estadual, que proveja o direito cujo o exercício depende de norma regulamentadora ainda não editada. Não conflita com a Carta de República a disposição do art. 84, parágrafo único da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que trata da “licença sindical” para os servidores públicos civis eleitos para cargos de direção em federações ou sindicatos da categoria, durante o exercício do mandato. A servidores nessa situação reconhece-se o direito, até a entrada em vigor de lei regulamentadora, ao gozo de licença não remunerada, determinando-se à autoridade impetrada que os afaste de suas funções, sem prejuízo dos direitos e vantagens à carreira”.

O TJRJ diante de um direito subjetivo o qual vinha sendo obstado pela ausência de lei, produziu a norma para o caso concreto e assegurou o exercício do direito. Não resta dúvida de que esta opção é a que traz maior efetividade à norma constitucional.

⁹⁷ HAGE, Jorge.op. cit. p. 142.

Ao defender a atuação normativa do Tribunal, sem que com isso se ofenda o princípio da separação dos poderes, dispõe Dirley da Cunha Junior⁹⁸:

(...) o poder judiciário não só pode como deve, no exercício da jurisdição constitucional, integrar a ordem jurídica e suprir a omissão(...) Não estão em jogo, aqui, as oscilações político-partidárias, mas sim a imperatividade da Constituição e o respeito pela vontade popular, fonte do maior de todos os poderes: o poder Constituinte! Ao contrário do que muitos comodamente advogam, os ideais de um Estado Constitucional Democrático e de Direito estão a exigir essa firme postura do judiciário, e não a repeli-la.

Completa ainda Junior⁹⁹:

Devemos, portanto, superar preconceitos que absolutamente em nada contribuem para a solução do problema, antes mais o aprofundam num mar de escuridão, e começar a crer em novas possibilidades. E a Constituição possibilita – todos crêem nisso, mas só alguns tem coragem de revelar – que o judiciário assuma, provisoriamente, o centro de decisões do Legislativo e do Executivo, no exercício da jurisdição constitucional compromissária com a efetividade constitucional.

Ora, se a Constituição não quisesse ser integralmente aplicada não teria confiado ao judiciário os meios de garantir a efetividade de suas normas, inclusive na omissão do legislador, que possui, remédios próprios. Quem não quer os fins não concede os meios.

Por fim. Conclui o autor¹⁰⁰:

No estado Constitucional Democrático e de Direito, o poder público está obrigado, normativo-constitucionalmente, à adoção de todas as medidas necessárias à concretização das imposições constitucionais. Essa conclusão leva a uma outra: no Estado Constitucional Democrático de Direito, a proteção jurídica há de ser global e eficiente, sem lacunas, o que pressupõe, nos casos de omissão inconstitucional, o reconhecimento de um direito público subjetivo ao cidadão de exigir uma atuação positiva do legislador e dos demais poderes do Estado.

Dessa forma, resta límpido que, se necessário à garantir o exercício dos direitos subjetivos consagrados na Constituição, está o tribunal autorizado a normatizar diante de um caso concreto, dando maior aplicabilidade a norma constitucional. No estado Democrático de Direito todos os poderes estão vinculados de maneira direta e insolúvel à norma fundamental, que, por via das dúvidas, consagrou o judiciário como seu guardião máximo, para assegurar sua efetividade. Desta feita, não pode o guardião da justiça deixar de prover o indivíduo com o legítimo exercício de um direito subjetivo constitucionalmente adquirido, sob o

⁹⁸ JUNIOR, Dirley da Cunha. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. p. 215.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ *Idem*. p. 216.

pretexto de que cabe a outro órgão assegurar tal direito. No Estado Democrático de Direito estamos todos vinculados à Constituição.

Por outro lado, diante de uma inconstitucionalidade por omissão parcial restam as seguintes linhas de atuação judicial possível:

- (i) A declaração de inconstitucionalidade por ação da lei que criou a situação que feriu o princípio da isonomia.
- (ii) A declaração de inconstitucionalidade da lei por omissão parcial da lei, com ciência ao órgão legislador para tomar as providências necessárias.
- (iii) A extensão do benefício à categoria excluída.

Deve-se levar em consideração o que já foi dito quando nos referimos à caracterização da omissão inconstitucional, sobre o intuito manifesto de, por motivos escusos, beneficiar determinada categoria em detrimento de outra. Nesse caso, o que há na verdade é uma inconstitucionalidade por ação e não, por omissão.

A primeira solução, embora encontre amparo na ordem constitucional, traria o inconveniente de universalizar a situação menos vantajosa. É claro que, se a desequiparação fosse pela criação de um ônus, e não, de uma vantagem a determinada categoria, a declaração de inconstitucionalidade com a eventual nulidade da lei, caso não haja comprometimento da ordem jurídica, seria a solução.

Já na segunda possibilidade de atuação judicial, onde apenas se “comunica” o órgão omissor, tem-se a vantagem de manter em vigor a legislação incompleta que outorga benefícios, sem que com isso, se generalize a situação menos vantajosa.

Pode-se invocar, a favor deste entendimento, o posicionamento do Tribunal que equiparou a ação direta de inconstitucionalidade por omissão ao mandado de injunção, sendo assim, limita-se a Corte a constatar a inconstitucionalidade da situação jurídica, sem pronunciar a sua cassação. Desta forma as normas preservam sua força até a promulgação das novas disposições requeridas expressamente pelo acórdão que julgou a ação.

Não obstante no Estado democrático de Direito, não é qualquer que lei que é válida, mas somente aquela que se coadune com a Constituição Federal, portanto, se a lei fere valor tão importante da norma fundamental, como é o caso do princípio da isonomia, deve ser declarada inconstitucional.

Há na doutrina quem defenda que, nos casos de omissão parcial, a norma não pode continuar a vigor. Defendem para tanto, que a norma inconstitucional é

nula, e que, permitir que a norma declarada inconstitucional continue a produzir efeitos, seria o mesmo que inverter a ordem de supremacia no ordenamento jurídico, e, ainda, inverter a relação entre poder constituinte e poder constituído. Segundo a mesma tese, a norma é suspensa até que o ato normativo complementar adentre no sistema. Nesse sentido, GILMAR MENDES¹⁰¹:

A única concepção que parece coadunar-se com a Constituição, no caso de simples declaração de inconstitucionalidade da omissão parcial, na via do mandado de injunção ou do controle abstrato da omissão, é aquela que defende a imediata suspensão da aplicação do complexo normativo defeituoso ou ilegítimo. A aplicação geral e defeituosa da lei considerada inconstitucional representaria uma ruptura com o princípio da hierarquia da Constituição.

Parece, entretanto, que há que se fazer um juízo de ponderação diante do caso concreto, pois não há dúvidas de que declaração de nulidade da lei ou a sua suspensão, em determinados casos concretos apenas agravaria a situação de inconstitucionalidade.

A declaração de nulidade da norma que constitui benefícios à determinadas categorias, mas por outro lado exclui outros grupos que se encontram em situação semelhante, apenas agravaria o estado de inconstitucionalidade, difundindo a situação menos benéfica. Nesse sentido MENDES pondera que ¹⁰²“ a soma de duas omissões não gera uma ação ou afirmação, mas uma omissão ao quadrado. Ou Marx: a soma de dois erros não dá um acerto, mas um erro um ao quadrado”.

Destarte há mais uma vez há uma relativização do dogma da “lei inconstitucional é lei nula”.

Afirma ainda o mestre que¹⁰³:

Evidentemente, a cassação da norma inconstitucional (declaração de nulidade) não se mostra apta, as mais das vezes, para solver os problemas decorrentes da omissão parcial. Mormente da chamada exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade. É que ela haveria de suprimir o benefício concedido, em princípio licitamente, a certos setores, sem permitir a extensão da vantagem aos segmentos discriminados. A técnica da declaração da nulidade, concebida para eliminar a inconstitucionalidade causada pela intervenção indevida no âmbito de proteção dos direitos individuais, mostra-se insuficiente como meio de superação da inconstitucionalidade decorrente da omissão legislativa.

¹⁰¹MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Gustavo. op.cit. p.1200.

¹⁰² MENDES, Gilmar.op. cit. p.157.

¹⁰³ MENDES, Gilmar. op. cit. p. 158/159.

Na defesa desta posição que sustenta de declaração de inconstitucionalidade sem a conseqüência da nulidade, o Supremo Tribunal Federal editou a sumula 339 com o seguinte entendimento: “Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento da isonomia”.

A terceira via de atuação judicial seria a ampliação da lei para que esta seja aplicada também às categorias excluídas. Contudo, também esbarra no princípio da separação dos poderes, conforme a súmula citada acima. Não há dúvida, entretanto, que a ampliação à aqueles que se encontram em situação semelhante seria a opção que garantiria maior aplicação a Constituição.

O excelentíssimo Ministro Celso de Mello, negando a ampliação de texto normativo ponderou que¹⁰⁴:

O princípio da divisão funcional do poder impede que, estando em plena vigência o ato legislativo, venham os tribunais, a ampliar-lhe o conteúdo normativo a estender sua eficácia jurídica a situações subjetivas nele não previstas, ainda que a pretexto de tornar efetiva cláusula isonômica inscrita na Constituição.

Toda a argumentação até aqui desenvolvida com intuito de defender a normatização realizada pelo judiciário em caso de omissão inconstitucional que venha impedir o exercício de direito subjetivo outorgado pela própria Constituição da República, vale, também aqui, com o atenuante que nestes casos de concessão de benefício o judiciário não estaria inovando, mas apenas ampliando a aplicação da lei à aqueles indevidamente excluídos.

Deve-se ressaltar que há no Supremo Tribunal Federal, jurisprudência em que o benefício foi ampliado ao grupo preterido, nesse sentido vale citar a seguinte ementa¹⁰⁵:

ISONOMIA - ATIVOS E INATIVOS - § 4º DO ARTIGO 40 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - APLICABILIDADE. A garantia insculpida no § 4º do artigo 40 da Constituição Federal e de eficácia imediata. A revisão dos proventos da aposentadoria e a extensão aos inativos de quaisquer benefícios e vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade pressupõem, tão-somente, a existência de lei prevendo-os em relação a estes últimos. O silêncio do diploma legal quanto aos inativos não é de molde a afastar a observância da igualação, sob pena de relegar-se a atuação do legislador ordinário como se a este fosse possível introduzir, no cenário jurídico, temperamentos a igualdade. Uma vez editada lei que implique outorga de direito aos servidores em atividade, dá-se pela existência da norma constitucional, a repercussão no campo patrimonial dos aposentados. A locução contida na parte final do § 4º em comento - "na forma da

¹⁰⁴ BRASL. Supremo Tribunal Federal. AI nº273.561 – SP, 27/08/2002. www.stf.gov.br.

¹⁰⁵BRASIL Supremo Tribunal Federal. AI Agr. 121189-DF, 09/06/1992. www.stf.gov.br.

lei" - apenas submete a situação dos inativos as balizas impostas na outorga do direito aos servidores da ativa.

De qualquer forma, das possibilidades concebidas de atuação judicial diante da problemática da omissa inconstitucional, não há como negar que a colmatação da lacuna, mediante atuação normativa do próprio judiciário, é uma das formas mais efetivas para se garantir o direito subjetivo.

Não pretendemos aqui, definir a atuação normativa do Poder Judiciário, como única e exclusiva forma de atuação judicial viável, mas apenas entendemos que essa posição não pode ser descartada de plano, devendo sim, integrar o sistema de tratamento da omissão inconstitucional. Destarte a atuação normativa no âmbito da jurisdição constitucional não é a melhor forma para todos os casos que envolvem inação contrária à norma fundamental, mas, sem dúvida, há de ser para alguns.

Nesse sentido Mendes¹⁰⁶:

A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade pó omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional.

2.8 A possível mudança de jurisprudência

No mandado de injunção n. 20 (Rel.Min. Celso de Mello) firmou-se o entendimento no sentido de que o direito de greve do servidor público não poderia ser exercido antes da edição de lei complementar respectiva, sob o argumento de que o preceito constitucional que reconheceu o direito de greve constituía norma de eficácia limitada (de acordo com a famosa classificação de José Afonso da Silva).

Com fins meramente ilustrativos, segue a Ementa da MI n.20:

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO - DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR PÚBLICO CIVIL - EVOLUÇÃO DESSE DIREITO NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO - MODELOS NORMATIVOS NO DIREITO COMPARADO - PRERROGATIVA JURÍDICA ASSEGURADA PELA CONSTITUIÇÃO (ART. 37, VII) - IMPOSSIBILIDADE DE SEU EXERCÍCIO ANTES DA EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR - OMISSÃO LEGISLATIVA - HIPÓTESE DE SUA CONFIGURAÇÃO - RECONHECIMENTO DO ESTADO DE MORA DO CONGRESSO NACIONAL - IMPETRAÇÃO POR ENTIDADE DE CLASSE - ADMISSIBILIDADE - WRIT CONCEDIDO. DIREITO DE GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO: O preceito constitucional que reconheceu o direito de

¹⁰⁶ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Gustavo. op.cit. p.1194.

greve ao servidor público civil constitui norma de eficácia meramente limitada, desprovida, em consequência, de auto-aplicabilidade, razão pela qual, para atuar plenamente, depende da edição da lei complementar exigida pelo próprio texto da Constituição. A mera outorga constitucional do direito de greve ao servidor público civil não basta - ante a ausência de auto-aplicabilidade da norma constante do art. 37, VII, da Constituição - para justificar o seu imediato exercício. O exercício do direito público subjetivo de greve outorgado aos servidores civis só se revelará possível depois da edição da lei complementar reclamada pela Carta Política. A lei complementar referida - que vai definir os termos e os limites do exercício do direito de greve no serviço público - constitui requisito de aplicabilidade e de operatividade da norma inscrita no art. 37, VII, do texto constitucional. Essa situação de lacuna técnica, precisamente por inviabilizar o exercício do direito de greve, justifica a utilização e o deferimento do mandado de injunção. A inércia estatal configura-se, objetivamente, quando o excessivo e irrazoável retardamento na efetivação da prestação legislativa - não obstante a ausência, na Constituição, de prazo pré-fixado para a edição da necessária norma regulamentadora - vem a comprometer e a nulificar a situação subjetiva de vantagem criada pelo texto constitucional em favor dos seus beneficiários. MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO: A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de admitir a utilização, pelos organismos sindicais e pelas entidades de classe, do mandado de injunção coletivo, com a finalidade de viabilizar, em favor dos membros ou associados dessas instituições, o exercício de direitos assegurados pela Constituição. Precedentes e doutrina.

Na mesma linha, foram as decisões proferidas nos MI 485 (Rel. Min. Maurício Correa e MI 585/TO (Rel.Min. Ilmar Galvão)

Destarte, nas diversas vezes que o Supremo Tribunal Federal se manifestou sobre a matéria, apenas reconheceu a necessidade da edição de uma norma regulamentadora do direito de greve dos servidores públicos, sem contudo, admitir uma concretização deste direito. A Corte limitou-se a declarar a mora do legislativo.

Há de se mencionar, entretanto, que o Ministro Celso Veloso já nestes julgamentos destacava a necessidade de se aplicar aos servidores públicos a lei de greve relativa aos trabalhadores em geral. Registre, a propósito, trecho de seu voto no MI 631/MS.

Assim, Sr. Presidente passo a fazer aquilo que a Constituição determina que faça, como juiz: elaborar a norma para o caso concreto, a norma que viabilizará na forma do disposto no art. 5º, LXXI, da Lei Maior, o exercício do direito de greve garantido ao servidor público.

A norma para o caso concreto será a lei de greve dos trabalhadores, a lei 7.783 de 28.6.89. É dizer, determino que seja aplicada, no caso concreto, a lei que dispõe sobre o exercício do direito de greve dos trabalhadores em geral, que define as atividades essenciais e que regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

Sei que na lei 7.783 está disposto que ela não se aplicará aos servidores públicos. Todavia, como devo fixar a norma para o caso concreto, penso que devo e posso estender aos servidores públicos a norma já existente, que dispõe a respeito do direito de greve.

Ao se referir a norma constitucional que garante o direito de greve aos servidores públicos como “garantido”, podemos entender que o Excelentíssimo Ministro, ainda que inconscientemente se valeu da classificação de Luiz Roberto Barroso, já apresentada e sugerida neste trabalho.

A jurisprudência do Corte Maior evoluiu para aceitar tal entendimento proposto pelo Ministro Celso de Mello, proferindo uma sentença de nítido caráter aditivo. A viragem de jurisprudência se deu no julgamento dos MI 670/ES e 712/PA.

Aqui, trata-se de um caso de omissão total, já que, em face das peculiaridades do regime ao qual se sujeitam os servidores públicos, a lei que prevê a greve dos empregados ordinários, não necessariamente deve incluir os servidores públicos. A propósito, segue trecho do voto condutor do Ministro Gilmar mendes:

Comungo das preocupações quanto à não-assunção pelo Tribunal de um protagonismo legislativo. Entretanto, parece-me que a não-atuação no presente momento já se configuraria quase como uma espécie de “omissão judicial”.

Assim, tanto quanto no caso de anistia, esta situação parece impelir uma intervenção mais decisiva desta corte.

Ademais, assevero que, apesar da persistência da omissão quanto à matéria, são recorrentes os debates legislativos sobre os requisitos para o exercício do direito de greve.

A esse respeito, em apêndice ao meu voto, elaborei documento comparativo da lei n. 7.783/1989 e o texto do projeto de lei n. 6032/2002 (que disciplina o exercício do direito de greve dos servidores públicos dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, previstos no art. 37, inciso VII, da Constituição Federal e dá outras providências)

Nesse contexto, é de se concluir que não se pode considerar simplesmente que a satisfação do exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis deva ficar a bel-prazer do juízo de oportunidade e conveniência do Poder Legislativo.

Estamos diante de uma situação jurídica que, desde a promulgação da Carta Federal de 1988 (ou seja, há mais de 17 anos), remanesce sem qualquer alteração. Isto é, mesmo que as modificações implementadas pela Emenda n.19/1998 quanto a exigência de lei ordinária específica, o direito de greve dos servidores públicos ainda não recebeu o tratamento legislativo minimamente satisfatório para garantir o exercício dessa prerrogativa em consonância com imperativos constitucionais.

Por essa razão, não estou a defender aqui a assunção do papel de legislador positivo do Supremo Tribunal Federal.

Pelo contrário, enfatizo tão-somente que, tendo em vista as imperiosas balizas constitucionais que demandam a concretização do direito de greve de todos os trabalhadores, este Tribunal não pode deixar de se abster de reconhecer que, assim como se estabelece o controle judicial sobre a atividade do legislador, é possível atuar também nos casos de inatividade ou omissão do legislativo .

O voto do ministro contém ainda o entendimento de que a decisão possui eficácia *erga omnes*, em face da equiparação do mandado de injunção e da Ação direta de inconstitucionalidade por omissão, no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Desta feita, o Supremo Tribunal Federal, ainda que de forma sutil, quase disfarçada, assume a posição de expedir ato normativo para o caso concreto.

Questão que impõe, é saber se, diante da necessidade de uma atuação normativa do tribunal em que se demande a alocação de receitas públicas, o Tribunal terá a mesma posição.

De qualquer forma, segue informativo n. 485 do Supremo Tribunal Federal, com a possível mudança de jurisprudência:

No MI 670/ES e no MI 708/DF prevaleceu o voto do Min. Gilmar Mendes. Nele, inicialmente, teceram-se considerações a respeito da questão da conformação constitucional do mandado de injunção no Direito Brasileiro e da evolução da interpretação que o Supremo lhe tem conferido. Ressaltou-se que a Corte, afastando-se da orientação inicialmente perfilhada no sentido de estar limitada à declaração da existência da mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica, passou, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário. Registrou-se, ademais, o quadro de omissão que se desenhou, não obstante as sucessivas decisões proferidas nos mandados de injunção. Entendeu-se que, diante disso, talvez se devesse refletir sobre a adoção, como alternativa provisória, para esse impasse, de uma moderada sentença de perfil aditivo. Aduziu-se, no ponto, no que concerne à aceitação das sentenças aditivas ou modificativas, que elas são em geral aceitas quando integram ou completam um regime previamente adotado pelo legislador ou, ainda, quando a solução adotada pelo Tribunal incorpora “solução constitucionalmente obrigatória”. Salientou-se que a disciplina do direito de greve para os trabalhadores em geral, no que tange às denominadas atividades essenciais, é especificamente delineada nos artigos 9 a 11 da Lei 7.783/89 e que, no caso de aplicação dessa legislação à hipótese do direito de greve dos servidores públicos, afigurar-se-ia inegável o conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos, de um lado, com o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua, de outro. Assim, tendo em conta que ao legislador não seria dado escolher se concede ou não o direito de greve, podendo tão-somente dispor sobre a adequada configuração da sua disciplina, reconheceu-se a necessidade de uma solução obrigatória da perspectiva constitucional. MI 712/PA, rel. Min. Eros Grau, 25.10.2007. (MI-712)

3 CONCLUSÃO

A omissão inconstitucional continua a desafiar a argúcia dos operadores do direito e parece que assim vai permanecer por algum tempo. Entretanto, não há que se olvidar que o Constituinte revelou um cuidado especial para tratar destas patologias constitucionais, desenvolvendo, inclusive, remédios específicos.

O sistema desenvolvido, conforme demonstrado, para solucionar as situações de inconstitucionalidades decorrentes de um comportamento comissivo do Estado, vem mostrando-se inócuo, para solver os problemas relativos à omissão,

De qualquer forma, a complexidade do tema não pode servir para escusar o aplicador do Direito de concretizar a Constituição. A norma fundamental brasileira deve rebelar-se contra o seu passado histórico de separação absoluta entre texto e realidade, para, finalmente, realizar-se. Na Constituição de 1988, houve realmente, uma especial preocupação para que os enunciados dispostos em seu corpo não se tornassem mera promessas descumpridas.

A Carta da República vinculou todo o Estado, não tendo este qualquer opção senão aplicá-la. Os direitos por ela garantidos não podem ficar ao bel-prazer dos poderes constituídos, somente se aplicando a norma fundamental quando estes entenderem como oportuno.

Em sendo assim, a classificação das normas constitucionais apresentadas está a legitimar o indivíduo para que exija do Estado o exercício imediato destes direitos, que, saliente-se, não caíram do céu, mas pelo contrário, foram fruto de conquistas gloriosas. Somente as normas programáticas ficam ao juízo de oportunidade e conveniência do legislador.

Diante da auto-aplicabilidade da norma constitucional, não pode o Poder Judiciário se furtar de garanti-lo ao cidadão, ainda que para isso, deva ele próprio, estabelecer a norma para aquele concreto. Até porque, esta tarefa cabia primordialmente ao legislador, que, entretanto, demonstrou desapego aos direitos individuais de esquivou de normatizar tal direito.

Não há com isso que se falar em violação do princípio da separação dos poderes. Isso porque a peculiaridade das normas Constitucionais a tornam uma “Constituição viva”, isto é, que está a se movimentar de acordo com o momento

histórico, por conseguinte, seus princípios, que aliás são essa tal “peculiaridade” também estão em constante processo de adaptação à realidade normada. O princípio da Separação dos poderes, aos deparar com as sociedades plúrimas e complexas dos tempos modernos, deve a elas se adaptar.

No mais, a distância entre o legislador e a realidade faz com que a lei dificilmente abarque a amplitude da realidade a ser normada, sem falar na demora do legislador em atualizar-se, isso porque, suas produções normativas são frutos de extensos debates políticos. Portanto, cabe ao aplicador prover o cidadão com mais do que uma solução simplesmente legal, mas uma solução justa.

De qualquer forma, condicionar a aplicação da Constituição à lei, é inverter toda a concepção do ordenamento jurídico, renegando anos de estudos, aprimorações e conquistas. É submeter o povo (titular do Poder Constituinte) aos seus representantes. É negar eficácia imediata aos direitos fundamentais e, por conseguinte, submetemos aos mesmos riscos que àqueles que viveram sob a égide da Constituição de Weimar.

A opção por uma atuação normativa do juiz, de resto se coaduna com imperativos de justiça, isto porque, dentro do sistema de disponibilizado pela ordem jurídica vigente, situações há, em que somente esta atuação criativa pode atender os anseios da Constituição em ser aplicada.

Não pretendemos aqui, definir a atuação normativa do Poder Judiciário, como única e exclusiva forma de atuação judicial viável, mas apenas entendemos que essa posição não pode ser descartada de plano, devendo sim, integrar o sistema de tratamento da omissão inconstitucional. Destarte a atuação normativa no âmbito da jurisdição constitucional não é a melhor forma para todos os casos que envolvem inação contrária à norma fundamental, mas, sem dúvida, há de ser para alguns.

Há situações em que uma atuação normativa, ainda que estritamente para o caso o concreto, faz-se necessária. Por outro lado, nada impede a superveniência de obra do Poder Legislativo para regular aquela situação da vida.

Temos então que abandonar os velhos preconceitos para olharmos com novos olhos a Constituição. A época da norma fundamental como mero pedido, já se foi. É claro que a Carta está condicionada pela realidade mas não podemos esquecer que ela também condiciona a realidade, desde que, seus aplicadores não a reneguem e a submetam à discricionariedade do legislador.

A possibilidade de atuação normativa da Corte Maior, era quase que inescapável às decisões da corte. Desde o início era possível ver nos votos dos Ministros um desconforto por não adotar uma posição que efetivamente possibilitasse aos indivíduos o exercício do direito originário da Constituição .

Resta saber, entretanto, como atuará a corte quando o tratamento da omissão inconstitucional, exigir não apenas uma atuação normativa, mas ainda o dispêndio de recursos públicos. A questão trará enormes discussões políticas.

O Supremo Tribunal Federal recheado vem sinalizando no sentido de ampliar o sistema de combate a omissão inconstitucional. O caso do direito de greve dos servidores públicos parece ter sido apenas um primeiro momento. A consilidação da possibilidade de atuação normativa diante da inação inconstitucional, aponta para uma maior preocupação com concretização da constituição e a realização de um Estado de direito material. Tudo está a indicar dias vindouros de uma atuação mais concretista ou “garantista” da Corte maior.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Ruy, *Comentários à Constituição Federal brasileira*, São Paulo. 1991.

BARROSO, Luiz Roberto. *Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva. 2006.

BARROSO, Luiz Roberto. *Direito Constitucional e efetividade de suas normas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1996.

BERNARDES, Juliano Tavares. *Novas perspectivas do controle da omissão inconstitucional no direito brasileiro*. Disponível em: www.jusnavegandi.com.br
Acesso em: 01 nov. 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito constitucional*. 10ª ed. Forense: São Paulo. 2000.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal ADI-MC 1387/1996, Rel. Min. Carlos Velloso.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal AI nº: 273.561 – SP, 2002.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 2.495/2002, Rel. Min.: Ilmar Galvão.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 3.682 /2007. Rel. Min.: Gilmar Mendes

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4801994, Rel. Min.: Paulo Brassard.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI-MC 267/1990. Rel. Min.: Celso de Mello.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI-MC 267/1995 Rel. Min. Celso de Mello.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI-MC 361/1990 Rel. Min. Marco Aurélio.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ai Agr. 121189-DF, 1992

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. MI 107-3 –DF, Rel. Min. Moreira Alves.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. MI 232-1 – RJ Rel. Min. Moreira Alves. 1992.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. MI 42-5-DF, Rel. Min. Moreira Alves.

CANOTILHO, J.J. Gomes – *Direito Constitucional teoria e prática*, 7ª ed. Almedina: Coimbra. 2003

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 1ª ed. Editora Coimbra: Coimbra. 1982.

CAPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?*. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. : Sergio A. Fabris: Porto Alegre. 1993.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1995.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 3ª edição, Saraiva: São Paulo. 1995.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. Ed:16ª: Lúmen Juris: Rio de Janeiro. 2006.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 11ª edição. Malheiros: São Paulo. 2006

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

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad.: Gilmar Ferreira Mendes. Sergio A. Fabris: Porto Alegre. 1991.

HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Trad. Pedro Cruz Villalon. 2ª ed. Madri 1992.

JUNIOR, Dirley da Cunha. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. 1ª ed. Jus podivm. Salvador. 2006.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Martins Fontes: São Paulo. 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Martins Fontes: São Paulo. 2006

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. Ed. 22ª. Malheiros: São Paulo. 2006.

MENDES, Gilmar. *Curso de Direito Constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mátiros Coelho e Paulo Gustavo Gonet: Saraiva. 2006.

MENDES, Gilmar. *O Controle da omissão inconstitucional*. In: Org: SCHAFER, Jairo. Org. *Temas polêmicos do Constitucionalismo Contemporâneo*. Florianópolis: Conceito Editorial. 2007.

MIRANDA, Pontes de. *Comentário à Constituição de 1967, com a emenda n. de 1969*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, t. III.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 3ª ed. Barsoi. Rio de Janeiro. 1970.

MONTESQUIE, Barão de. *O espírito das leis*. Tradução: Jean Melville. Editora: Martinclaret. 2007.

MULLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. Trad. De Peter Naumann. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad 2000.

REVORIO, Francisco Javier Diaz. *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*. Valladolid: lex nova. 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 8ªed. . Malheiros Editores: São Paulo1992.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 2ªed. Revista dos Tribunais. São Paulo.1982.

TAVARES, André Ramos. *Fronteiras da Hermenêutica Constitucional*. 1ª edição. Editora Método: São Paulo.2006.