

UNIVERSIDADE BRÁZ CUBAS

MICHELE DE ROSA
RGM: 258.870

**ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO NA ATUAL POSIÇÃO
CONCRETISTA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO MANDADO DE
INJUNÇÃO.**

UNIVERSIDADE BRAZ CUBAS

Michele de Rosa
RGM: 258.870

**ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO NA ATUAL POSIÇÃO
CONCRETISTA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO MANDADO DE
INJUNÇÃO.**

Trabalho de Curso apresentado à
Coordenação do Curso de Direito da
Universidade Braz Cubas, como requisito
parcial para a obtenção do Título de
Bacharel em Direito, orientado pelo
professor Leonardo Jose Rafful.

Rosa, Michele de
Abstrativização do controle difuso na atual posição concretista do supremo
tribunal federal no mandado de injunção/
Michele de Rosa. – Mogi das Cruzes: UBC, (2015).

48 p.

Monografia (graduação) – Universidade Braz Cubas,
(2015) Orientador: Leonardo Jose Rafful.

1. Controle de constitucionalidade
2. Mandado de Injunção
3. Posição Concretista

Michele de Rosa
RGM: 258.870

ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO NA ATUAL POSIÇÃO
CONCRETISTA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO MANDADO DE
INJUNÇÃO.

Trabalho de Curso aprovado em/...../....., na Universidade Braz Cubas, pela
Banca Examinadora constituída pelos professores:

Prof. Orientador

Prof.

Prof.

ROSA, Michele de. **Abstrativização Do Controle Difuso Na Atual Posição Concretista Do Supremo Tribunal Federal No Mandado De Injunção**. 48 p. TCC, Curso de direito, São Paulo, UBC, 2015.

RESUMO

O respaldo desta pesquisa vem no momento em que confrontamos no mandado de injunção nos limites de sua especificidade por estar no controle difuso, a posição não concretista e a posição concretista que vem ocupando cada vez mais espaço. Na posição não concretista, quando estamos diante de uma lacuna, ou seja, falta norma regulamentadora, o mandado de injunção somente poderia obter do poder judiciário a declaração de inconstitucionalidade desta omissão junto com a mora do poder omissor, dando efeito meramente declaratório na decisão. Daí a necessidade de mudança, notando-se uma abstrativização por parte do poder judiciário no controle difuso em relação ao mandado de injunção, para que direitos constitucionalmente previstos pudessem ser exercidos, assim a partir de 2007 vem o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento dos MI's 670, 708 e 712, adotando de fato a posição concretista, possibilitando o poder judiciário de aplicar lei por analogia, e até mesmo fixar prazo para o poder legislativo legislar. O objetivo deste trabalho é analisar que a teoria não concretista durante muito tempo fez com que o Mandado de Injunção não produzisse resultados práticos, pois era uma visão muito conservadora do Supremo e impedia o judiciário de aplicar uma lei para suprir a norma faltante, tendo como resultado a frustração constitucional, ou seja, posto a falta de regulamentação do dispositivo constitucional, fez do direito "letra morta", valendo-se de um direito constitucionalmente assegurado como se amenos existisse.

Palavras – Chave: Controle de Constitucionalidade. Mandado de Injunção. Posição Concretista.

SUMÁRIO

Introdução	05
SEÇÃO 1 - OS ASPECTOS GERAIS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	07
1.1. A natureza da constituição e os princípios norteadores do controle de constitucionalidade	08
1.2 O controle de constitucionalidade brasileiro e suas peculiaridades	11
1.3 O controle concentrado baseado no modelo Austríaco	12
1.4 O controle difuso baseado no modelo norte-americano	17
1.4.1 Da reserva de Plenário	19
1.4.2 Do papel do Senado	21
1.5 Espécies de inconstitucionalidade	24
1.5.1. Inconstitucionalidade Material	24
1.5.2. Inconstitucionalidade Formal	25
1.5.3. Inconstitucionalidade Total e Parcial	25
1.5.4. Inconstitucionalidade por Ação	25
1.5.5. Inconstitucionalidade por Omissão	25
SEÇÃO 2 - DELINEAMENTOS SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO	27
2.1. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão	27
2.2. Mandado de injunção	30
2.3. Diferenças entre o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão	33
SEÇÃO 3 –A MUDANÇA JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	35
3.1. A posição tradicional sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no mandado de injunção	36
3.1.1. Posição Não Concretista	37
3.2 A mudança jurisprudencial: o efeito concreto no reconhecimento de inconstitucionalidade no mandado de injunção	37
3.2.1. Posição Concretista Geral	39
Considerações Finais	41
Referências	45

INTRODUÇÃO

Por muito tempo a Constituição Federal sofreu com a síndrome da inefetividade das normas constitucionais, pelo fato de encontrarmos muitas normas de eficácia limitada, cuja aplicabilidade é mediata, exigindo-se assim a regulamentação da matéria no âmbito infraconstitucional, o que muitas vezes com a inércia do legislador acabava dificultando ou impedindo o exercício de um direito previsto constitucionalmente.

Assim, o Supremo Tribunal Federal passa por uma revitalização do seu modo de julgar, aplicando a teoria concretista aos seus julgados no Mandado de Injunção que faz parte do controle difuso, permitindo que decisões que, pela antiga concepção somente poderiam se dar entre as partes do litígio, atingissem terceiros que não participaram da lide.

Vê-se então um progresso no efeito das decisões de mérito do Mandado de Injunção na jurisprudência e no STF, uma vez que já se passam mais de 20 anos de vigência da Constituição Federal e ainda encontramos dispositivos sem uma regulamentação apropriada, e um exemplo disso é o próprio Mandado de Injunção que veio para dar fim a essa falta de regulamentação e o próprio remédio não têm lei específica que o regule, ficando dependente de jurisprudências e de aplicação analógica no que couber da lei do Mandado de Segurança nº 8038/90 art. 24, parágrafo único.

Dessa maneira analisaremos o STF diante de uma omissão do Poder Legislativo, tomando medidas concretas no controle difuso a fim de efetivar direitos constitucionalmente assegurados, com a finalidade de proteger a normatividade da constituição sem ser considerado como legislador positivo e respeitando o princípio da separação de poderes.

Pretende-se também dar ênfase que o Mandado de injunção durante muito tempo não demonstrou resultados práticos ou satisfatório para a população, movido pela omissão do legislador que ficava inerte quando comparado com uma norma que dependesse de regulamentação por parte do poder público, ressaltando aqui questão grave quanto uma inconstitucionalidade por ação é deixar de criar um ato normativo assegurado pela constituição (ato omissivo).

Logo, torna-se indispensável para todo aquele que deseja trabalhar em uma das carreiras jurídicas, estudar e entender quais são os métodos que o STF busca quando realiza o controle de constitucionalidade, especialmente em se tratando do reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão, instituto relativamente novo, levando a questionamentos, já que o controle difuso e concreto faz parte da vida profissional de qualquer operador do direito.

Diante disso o objetivo dessa monografia será a de compreender em uma análise geral e crítica o que levou o STF a deixar de lado um posicionamento que acompanhava por muito tempo, por uma posição mais concreta, com efeitos práticos.

Com isso poderemos observar na primeira seção os aspectos peculiares gerais do controle de constitucionalidade brasileiro, uma vez que o Brasil não adota apenas um controle, e sim os dois existentes, difuso e concentrado, tendo um sistema misto. Descrevendo também os tipos de inconstitucionalidades.

Na segunda seção será analisado as ações que visam defender o ordenamento jurídico das inconstitucionalidades por omissão no sistema difuso e no sistema concentrado, falando sobre o Mandado de Injunção, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e suas principais diferenças.

Concluindo com a terceira seção evidenciando a mudança do posicionamento do STF, observando o julgado histórico dos Mandados de Injunção nº 670, 708 e 712, onde se obteve uma resposta do judiciário inovadora na busca de um direito assegurado constitucionalmente, porém esquecido pelo legislador.

SEÇÃO 1 - ASPECTOS GERAIS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade vem para proteger os direitos fundamentais, os direitos das minorias e tem por finalidade verificar a compatibilidade entre qualquer ato normativo e a Constituição, é um dos principais mecanismos para manter a ordem, o funcionamento harmônico do ordenamento jurídico e isso só é possível graças à Supremacia da Constituição, a rigidez constitucional e a presunção de constitucionalidade das leis, que são os princípios gerais que regem o controle de constitucionalidade.

Com relação às constituições brasileiras, a de 1824 não mencionou nenhum tipo de controle de constitucionalidade, a de 1891 optou pelo controle difuso, logo na constituição de 1934 manteve o controle difuso e acrescentou o papel do senado, a reserva de plenário e a Representação de Inconstitucionalidade Interventiva Federal conhecida como RI, em 1937 a constituição não cuidou do papel do senado e tampouco da RI Interventiva Federal, mantendo apenas a reserva de plenário e o controle difuso. Na constituição de 1946 trouxe de volta as novidades trazidas da constituição de 1934 até chegar à constituição atual de 1988 onde adota o controle misto, abordando os dois sistemas de controle, difuso e concentrado.

O controle de constitucionalidade difuso é aquele que qualquer juiz ou tribunal poderá declarar a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo que contrarie a constituição. Sua forma de realização se dá pela via incidental, uma vez que a matéria principal aqui não será a de resolver a inconstitucionalidade da lei, mas a de resolver o caso concreto, assim a inconstitucionalidade se resolveria de maneira incidental, como se fosse consequência da resolução da lide em juízo, tendo por esse motivo efeito apenas inter partes.

Já o controle de constitucionalidade concentrado é realizado pela via principal, ou seja, se analisa a questão da inconstitucionalidade diretamente no pedido, sendo ela o objeto da ação, não havendo partes ou lide, mas a preocupação dos legitimados ativos na lesão que poderá se formar aos direitos e garantias previstos na constituição, com isso os efeitos das decisões são erga omnes, ou seja, para todos.

O controle pode se dar no aspecto formal, ou seja, no momento do processo de criação da lei, onde há uma sequência pré-determinada de atos processuais dentro da constituição como por exemplo a iniciativa, aprovação das casas, o quorum, a

sanção etc. e se algum desses atos não for obedecido em suas regras constitucionais haverá um vício de inconstitucionalidade formal. O controle também pode se dar no aspecto substancial/material, a lei aqui pode ter sido aprovada perfeitamente pelo processo de criação, porém se houver alguma incompatibilidade quando a matéria, esta lei também será inconstitucional.

Esse controle prevê como meio de realizar esta finalidade uma série de instrumentos aptos à declaração de inconstitucionalidade, que reconhecem a norma contrária à Constituição como inválida, detectando quais regras ou atos infraconstitucionais não podem produzir efeitos. Também temos a chamada inconstitucionalidade por omissão, quando um ato expresso e exigido pela constituição não é constituído, aqui se incluem as leis do legislativo, atos editados do executivo e até mesmo as normas do regimento interno do poder judiciário, assim como os atos administrativos oriundos desses mesmos poderes.

Importante ressaltar a diferenciação feita por Barroso¹, destacando que a jurisdição constitucional é gênero e o controle de constitucionalidade é espécie; a primeira sendo a aplicação direta da Constituição por juízes e tribunais quando a norma discipline determinada situação de vida e a segunda quando a Constituição se der como referência, como parâmetro de validade e interpretação da norma jurídica.

1.1 A natureza da constituição e os princípios norteadores do controle de constitucionalidade.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é classificada segundo a maior parte da doutrina inclusive pelo doutrinador Pedro Lenza² como; Promulgada, Escrita, Analítica, Formal, Dogmática, Rígida, Eclética e Normativa (pretende ser).

Promulgada quanto à origem, pois é aquela constituição que se deu por meio de uma Assembléia Nacional Constituinte, eleita diretamente pelo povo, e havendo a participação do povo também fica conhecida como democrática.

É escrita quando à forma porque está organizada em um único documento, solene e codificada, diferentemente da constituição costumeira onde seus textos são esparsos.

¹ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, p. 24.

² LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**, p. 93.

Analítica quanto à extensão, uma vez que são abordados todos os assuntos que os representantes do povo entendam fundamentais, muitas vezes abordando coisas que nem precisariam estar na constituição, podendo perfeitamente serem colocadas em normas infraconstitucionais.

Formal quando ao conteúdo, tendo como critério o processo de sua formação e não o conteúdo.

Dogmática quando ao modo de elaboração, sendo elaborada em um só momento pela Assembléia Nacional, levando em conta o momento histórico e os valores que ali se encontravam, diferentemente da Histórica onde aparentemente parece nunca estar pronta, constituindo-se ao longo do tempo, tendo, por exemplo, as constituições costumeiras.

Rígida quanto à alterabilidade, que como já dito, terá o processo para a sua alteração de forma mais dificultosa do que o processo de alteração de normas não constitucionais.

Eclética quando ao dogma, onde a constituição é formada por ideologias que se conciliam entre si, buscando um equilíbrio entre os interesses do capital e do trabalho, das forças políticas e sociais.

Normativa quanto à correspondência com a realidade, é aquela real e efetiva, onde se vê uma correspondência entre a realidade política do estado e a constituição, embora alguns autores, como Guilherme Penã de Moraes³, colocam que a constituição “pretenda ser” normativa, onde para ele ainda não há uma correspondência entre a realidade da constituição e a política do estado no presente, ainda nos encontramos na busca para alcançar este objetivo.

A Constituição está no topo do ordenamento jurídico, sendo ela a norma de validade para os demais atos normativos. Assim, as normas inferiores só serão válidas se compatíveis com a constituição, caracterizando o princípio da supremacia da constituição. É a lei suprema do estado, onde podemos encontrar a própria estrutura e organização de seus órgãos além das normas fundamentais.

Desse princípio, extraímos a idéia de que todos os elementos do sistema jurídico (leis, medidas provisórias, resoluções, decretos autônomos, sentenças judiciais, atos administrativos) devem estar de acordo com o elemento normativo ápice, que é o texto constitucional. Qualquer ato normativo ou administrativo incompatível com as disposições de nossa carta magna será considerado

³MORAES, Guilherme Penã de. **Curso de Direito Constitucional**, p. 69.

inconstitucional e, por efeito, não terá validade, não podendo (ou não devendo) produzir efeito algum.

Em outras palavras, a Constituição é o fundamento do ordenamento jurídico, devendo todo este ordenamento estar de acordo com sua “viga mestre”. Qualquer elemento inferior que desobedeça ao elemento superior estará corrompido por um vício insanável de nulidade.

Em razão disso encontramos mais um princípio norteador do controle de constitucionalidade, é o princípio da rigidez constitucional, pois entre as classificações da constituição, em razão de sua alterabilidade, é considerada rígida. O autor Pedro Lenza⁴ ainda afirma ter a hipótese de ser considerada superrígida.

Sendo a constituição rígida, o processo para a sua alteração se dará de forma mais árdua, mais dificultosa do que o processo de alteração de normas não constitucionais, normas infraconstitucionais. Sua rigidez está tipificada em seu artigo 60. Por ser rígida, chega-se a noção de que os atos infraconstitucionais contrários à Constituição não são aptos a modificar o seu texto, pois somente uma Emenda Constitucional, em alguns casos, poderá realizar esse feito. Logo, se um ato normativo ou administrativo não pode mudar a Constituição, conclui-se que este ato está, na verdade, subordinado à Carta Magna. Afinal, se não fosse desta maneira, não havendo hierarquia entre as leis infra e a constituição e então não falaríamos em inconstitucionalidade da norma e sim em revogação.

Em se tratando da superrigidez, levamos em conta além de um processo mais dificultoso para a sua alteração, excepcionalmente algumas matérias são imutáveis, as chamadas cláusulas pétreas encontradas no artigo 60 §4º;

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
I - a forma federativa de Estado;
II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
III - a separação dos Poderes;
IV - os direitos e garantias individuais.

Porém não tem sido uma teoria adotada pelo STF, uma vez que tem admitido a sua alteração se não tendente a abolir os direitos ali resguardados. Como exemplo, podemos identificar a inclusão, através da Emenda Constitucional 45 de 2004, do

⁴ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**, p. 86.

inciso LXXVIII do artigo 5º em relação à celeridade processual, ampliando o texto constitucional original dos direitos e garantias fundamentais.

Fica caracterizado pelo princípio da supremacia da constituição quando até mesmo o poder público está submetido a ela, portanto se porventura o próprio estado praticar um ato contrário à Constituição, haverá mecanismos para contornar esta situação. Um destes mecanismos, por exemplo, é o controle de constitucionalidade que irá verificar a compatibilidade de seus atos com a constituição, dando-se assim o real estado democrático de direito.

E por fim o princípio da presunção de constitucionalidade das leis, onde iremos observar que as normas originárias, primárias que são aquelas que nasceram do Poder Constituinte Originário gozam de presunção absoluta de constitucionalidade, não podendo ser declaradas inconstitucionais uma vez que irá servir de parâmetro para as demais leis, e as normas derivadas com as emendas e as normas infraconstitucionais, tais como leis ordinárias, medida provisórias, leis delegadas etc. gozam de presunção relativa de constitucionalidade, ou seja, nascem produzindo seus efeitos, mas podem a qualquer momento serem declaradas inconstitucionais.

1.2 O controle de constitucionalidade brasileiro e suas peculiaridades.

A constituição de 1988 é dividida em três elementos, preâmbulo, corpo fixo e atos das disposições constitucionais transitórias, pelo qual o parâmetro do controle de constitucionalidade se dará apenas no corpo fixo e em algumas normas do ADCT como exposto;

O preâmbulo já foi matéria julgada pelo STF e se pode concluir que o mesmo é desprovido de normatividade, é apenas fonte de interpretação, representando um sentimento político e não jurídico, e assim não serve como parâmetro do controle e também não é considerado norma de observância obrigatória nas constituições estaduais. Vejamos jurisprudência sobre o assunto;

CONSTITUCIONAL. CONSTITUIÇÃO: PREÂMBULO. NORMAS CENTRAIS. Constituição do Acre.

I. - Normas centrais da Constituição Federal: essas normas são de reprodução obrigatória na Constituição do Estado-membro, mesmo porque, reproduzidas, ou não, incidirão sobre a ordem local. Reclamações 370-MT e 383-SP (RTJ 147/404).

II. - Preâmbulo da Constituição: não constitui norma central. Invocação da proteção de Deus: não se trata de norma de reprodução obrigatória na Constituição estadual, não tendo força normativa⁵.

⁵STF: ADI 2076 AC. Rel. Min. Carlos Velloso. J. 15.08.2002, DJ 08.08.2002

O corpo fixo, ou seja, a parte dogmática possui normatividade e assim pode perfeitamente servir de parâmetro para o controle de constitucionalidade.

E por fim os atos das disposições constitucionais transitórias são formados por normas com eficácia exaurível no tempo, seu objetivo era o de regulamentar a passagem do ordenamento anterior com a chegada da nova constituição, em regra todas as normas do ADCT servem de parâmetro para o controle exceto aquelas que já tenham exaurido seus efeitos jurídicos, servindo apenas como declaração histórica perdendo assim sua normatividade segundo. Contudo não há hierarquia entre as normas do corpo fixo e as normas do ADCT e ambas servem como parâmetro do controle de constitucionalidade das leis⁶.

Com relação às constituições brasileiras e o controle de constitucionalidade, a de 1824 não mencionou nenhum tipo de controle de constitucionalidade, a de 1891 optou pelo controle difuso, logo na constituição de 1934 manteve o controle difuso e acrescentou o papel do senado, a reserva de plenário e a Representação de Inconstitucionalidade Interventiva Federal conhecida como RI, em 1937 a constituição não cuidou do papel do senado e tampouco da RI Interventiva Federal, mantendo apenas a reserva de plenário e o controle difuso. Na constituição de 1946 trouxe de volta as novidades trazidas da constituição de 1934 até chegar à constituição atual de 1988 onde adota o controle misto, abordando os dois sistemas de controle, concentrado e difuso.

1.3 O controle concentrado baseado no modelo Austríaco.

O controle concentrado se originou na constituição Austríaca em 1920 e diferentemente do controle difuso onde todos os órgãos do poder judiciário podem exercer o controle de constitucionalidade, aqui o controle é concentrado e é exercido apenas por um único órgão dado como; Tribunal Constitucional e terá como função principal a de exercer o controle de constitucionalidade de forma objetiva.

Sua realização é dada pela via principal, ou seja, se analisa a questão da inconstitucionalidade diretamente no pedido, sendo ela o objeto da ação e sendo os

⁶LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**, p.161.

efeitos das decisões são erga omnes, ou seja, seus efeitos transcendem as partes e atingem aqueles que estão fora da ação. Sendo o processo objetivo, a discussão se da em torno da validade da lei, e não há lide entre as partes, diferentemente do controle difuso.

Uma vez que os legitimados aqui apresentados não estão em busca de defender interesse próprio ou individual, mas estão ali para defender o ordenamento jurídico, a supremacia da constituição⁷.

O controle concentrado brasileiro dado como já mencionado, pela influência Austríaca apenas o Supremo Tribunal Federal poderá declarar a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo que for incompatível com a constituição, e terá como efeito dessa decisão erga omnes.

Utilizar-se-á para tanto as ações do controle concentrado tais elas; Ação declaratória de Constitucionalidade, Ação direta de Inconstitucionalidade, Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental para assim mantendo o ordenamento jurídico em harmonia. Ressaltando que nenhuma delas admitem a desistência do pedido.

A ação declaratória de constitucionalidade surgindo com a EC 3/93 tendo como objeto lei ou ato normativo primário federal, sendo o Procurador Geral da República fiscal da lei, e tendo como legitimados ativos os encontrados no Art.103 I à XI da CF.

Possui esta ação natureza ambivalente dúplice ou fungível, pois tanto na ADC com na ADI poderá se declarar a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade segundo a lei nº 9868/99 art. 24;

Art. 24. Proclamada a constitucionalidade, jogar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, jogar-se-á procedente ação direta ou improcedente eventual ação declaratória.

A ação direta de inconstitucionalidade surgindo com a EC 16/65, onde antes era denominada como Representação de inconstitucionalidade (RI) e nessa época só poderia ser proposta pelo Procurador Geral da República, hoje são legitimados ativos os encontrados no Art.103 I à XI da CF e o Procurador Geral da República tem o papel de fiscal da lei, por fim tem como objeto da ação lei ou ato normativo primário federal ou estadual.

⁷BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**, p. 180.

De acordo com art. 26 da lei 9868/99 a decisão final em sentença de ADI é irrecorrível, não cabendo ação rescisória, salvo os embargos de declaração.

Não podendo ser declaradas sua inconstitucionalidade pela ADI; normas municipais ou distritais de natureza municipal, PECs ou projeto de lei, as normas pré-constituídas, uma vez que o Brasil não adota a teoria da inconstitucionalidade superveniente, leis já revogadas também não podem ser objeto desta ação, atos normativos secundários como portarias, decretos regulamentares, circulares, autos de infração etc.

A partir de 1988 o Brasil previu a ação direta de inconstitucionalidade por omissão tendo por análise de objeto a omissão inconstitucional total ou parcial, sendo o Procurador Geral da República fiscal da lei se este já não for o autor da ação, e tendo os mesmos legitimados ativos do Art. 103 I à XI da CF.

E por fim a arguição de descumprimento de preceito fundamental surgindo também na constituição de 1988 e regulamentada pela lei 9882/99, tendo por objeto lei ou ato normativo municipal com violação direta a CF, atos secundários, normas pré-constitucionais, possuindo natureza residual, sendo o Procurador Geral da República fiscal da lei se este já não for o autor da ação. Possuindo aqui também os mesmos legitimados ativos do Art. 103 I à XI da CF que vejamos a seguir;

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
I - o Presidente da República;
II - a Mesa do Senado Federal;
III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
IV - a Mesa de Assembleia Legislativa;
V - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
VI - o Governador de Estado;
VII - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
VIII - o Procurador-Geral da República;
IX - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
X - partido político com representação no Congresso Nacional;
XI - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Esses são os legitimados ativos para o controle concentrado e são taxativos, e, no entanto diante de tantos legitimados ativos a doutrina trouxe do processo subjetivo para o processo objetivo o instituto da pertinência temática⁸, ou seja,

⁸BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**, p. 194

comprovação do interesse de agir. Dividiram-se então os legitimados ativos em Especiais e Universais.

Os legitimados ativos Especiais compreendidos nos incisos IV, V e IX só poderão propor as ações do controle concentrado se demonstrada a pertinência temática, comprovando assim que o objeto da ação está relacionado com o interesse de agir daquela categoria. Os demais legitimados ativos são os Universais que estão mencionados nos demais incisos tais eles; I, II, III, VI, VII e VIII, esses não precisam comprovar a pertinência temática podendo ajuizar qualquer das ações do controle concentrado.

Os Partidos Políticos mencionados no inciso VIII, não precisam ter representação nas duas casas do congresso nacional, bastando apenas em uma delas. Se por ventura, após proposta uma das ações do controle concentrado o partido vier a perder a representação em ambas as casas, o entendimento majoritário é o de que a ação irá prosseguir, pois em regra é preciso ter representação em uma das casas quando ao momento da propositura da ação. Concluindo-se então que a perda superveniente da representação política do partido no curso do feito não gera a extinção da ação sem julgamento de mérito.

Sindicatos e Federações Sindicais não possuem legitimidade ativa para propor as ações do controle concentrado, sendo este papel reservado a confederação sindical que está configurada no art. 535 da CLT. Dessa forma argumenta Barroso⁹“Na forma de legislação ordinária, as confederações deverão se organizar em no mínimo de três federações e deverão estar estabelecidas em pelo menos três Estados”

Importante também destacar que as Entidades de Classe de Âmbito Nacional são as que defendem o interesse de uma determinada classe ou categoria econômica ou profissional de âmbito nacional, comprovando este “âmbito nacional” se houver representantes em no mínimo nove estados brasileiros e precisam comprovar a pertinência temática com exceção o Conselho Federal da OAB.

Com relação à capacidade postulatória os legitimados ativos no art. 103 incisos I à VII da CF não precisam de advogados, no entanto os dos incisos VIII e IX precisam de advogado para apresentar em juízo as ações do controle concentrado.

⁹BARROSO, Luiz Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, p.195

Por serem esses legitimados ativos do art. 103 da CF em um rol taxativo, não cabe a sua propositura pela população, nem por intervenção de terceiros, no entanto caberá a intervenção do *amicus curiae*, ou seja, o amigo da corte, que dará assistência no processo, defendendo a controvérsia constitucional e de acordo com Barroso¹⁰ é “a possibilidade de determinados órgãos ou entidades se manifestarem acerca de matéria levada a julgamento, em casos de relevância da discussão de representatividade do postulante”. Ressalvando que o relator pode deferir o *amicus curiae* uma vez que é ato discricionário.

Contudo ressalva Gilmar Mendes¹¹ que cada vez mais há um aumento na participação de terceiros interessados dando uma abertura na jurisdição em relação a resolução de questões constitucionais e segundo ele;

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, na redação dada pela Emenda Regimental 29/2009, prevê para o Presidente ou Relator, em relação aos processos de sua competência, atribuição de convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevantes, discutidas no âmbito do tribunal¹².

Em regra o efeito das decisões dadas no controle concentrado é *ex tunc*, retroagindo na data inicial, no entanto se viu que em alguns casos isso poderia prejudicar a segurança jurídica do país, então foi criada a modulação dos efeitos que encontramos na lei nº 9868/99 art. 27 com seguinte redação;

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Por se tratar de decisão *erga omnes* em alguns casos, por exemplo, uma lei de contribuição que depois de 5 anos é declarada inconstitucional pelo STF, por ter afetado várias pessoas desde a data de sua promulgação até o referido momento, a decisão de inconstitucionalidade afetaria a todos e assim surgiria o direito de restituição para todas essas pessoas com juros e correção monetária. Veja que não seria viável, uma vez que o dinheiro arrecadado já teria sido gasto e colocaria a economia do país em risco.

¹⁰BARROSO, Luiz Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, p. 197.

¹¹MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, p 1141.

¹²Ibidem, p 1140.

Assim, os efeitos que iriam retroagir seriam muito mais maléficos do que manter de forma temporal uma inconstitucionalidade prévia.

Dessa maneira por 2/3 dos ministros, com total de 8 julgadores é possível que se adote a Modulação dos efeitos das decisões e assim a sentença possuirá efeito ex nunc “dali para frente” ou ainda efeitos pró-futuro que continuará produzindo efeitos até um determinado período. Ressalvando que a modulação dos efeitos das decisões pode ser aplicada tanto no controle concentrado como no controle difuso de forma excepcional pelo Supremo.

Podendo-se concluir então que em regra os efeitos das decisões dadas em controle concentrado são erga omnes, porém há três exceções; quando o STF optar pela modulação temporal; pela maioria da doutrina quando o senado suspende a execução, que terá efeito ex nunc; e alguns ainda colocam quando houver decisão liminar no controle concentrado, que surtirá efeito ex nunc, estabelecido no art. 11§ 1º da lei nº 9868/99;

art. 11, § 1º, da Lei 9868/99: “A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito ex nunc, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa”.

1.4 O controle difuso baseado no modelo norte-americano.

Tudo começou com o famoso caso de “Marbury contra Madison” que foi decidido pela Suprema Corte dos Estados Unidos, aparecendo assim os primeiros vestígios do controle de constitucionalidade difuso, tendo como principais fundamentos a supremacia da constituição, a nulidade das leis que contrariassem a constituição e que o poder judiciário seria o interprete final da constituição.

O caso aconteceu durante uma eleição presidencial dos EUA, onde Thomas Jefferson ganhou de John Adams, porém antes de sair do cargo nomeou vários juizes para cargos importantes e de sua influência e entre eles estava William Marbury sendo nomeado como juiz de paz, porém não deu tempo de formalizar a nomeação e John Adams saiu do comando. Com o novo presidente e seu novo secretário de justiça James Madison no poder, negaram o pedido de instituir Marbury.

Marbury então entrou com um “mandado de segurança” na corte americana exigindo o seu direito ao cargo. Porém o Congresso já havia revogado a lei que reorganizava o poder judiciário e assim extinguiu os cargos que haviam sido criados,

e foi nesse meio de tensões políticas que a Suprema Corte se reuniu em 1803 para julgar o caso que faria história.

A corte julgou procedente o pedido de Marbury deixando-o permanecer como juiz de paz, e concluiu pela primeira vez que a constituição falaria mais alto que as demais leis, já que cabia ao judiciário dizer o direito também caberia a ele fazer o controle de constitucionalidade, levando sempre em consideração a análise do caso em concreto. Fazendo-se com que a Corte tivesse a última palavra em relação à constitucionalidade do ordenamento.

Assim o modelo norte-americano adota o controle de constitucionalidade difuso, aquele que sua fiscalização se dará pelo poder judiciário por meio de quaisquer juízes e tribunais.

Sua forma de realização é pela via incidental, uma vez que o objetivo aqui não é o de resolver a inconstitucionalidade da lei, mas o de solucionar a lide, destacando que qualquer pessoa poderia ter legitimidade ativa; o autor, o réu, os interessados, o ministério público, o juiz e também o tribunal de ofício, tendo como regra de efeito da decisão inter partes, ou seja, apenas para as partes litigantes.

O sistema dos EUA é o Common Law, que se caracteriza pelos costumes onde uma decisão irá depender de outras decisões já tomadas em casos anteriores. Existe instituto do Stare Decisis, ou seja, “estar com as coisas decididas”, onde se dará o devido valor às decisões passadas, de forma que uma lide já decidida e analisada juridicamente deverá ser seguida e seus valores devem ser mantidos na medida do possível e nunca se ignorando o que já foi decidido

Ressalvando aqui a metáfora de Dworkin quando diz que o judiciário deve agir como um romance em cadeia.

(...) deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção(...) ¹³

O Brasil, já adotava o controle difuso desde sua primeira constituição republicana de 1891 e o controle concentrado é implantado pela EC 16/65, caracterizando um sistema misto, híbrido.

¹³DWORKIN, Ronald *apud* CANI, Livia Salvador. **A memória. A história e o romance em cadeia de Ronald Dworkin**. Disponível em http://www.derechoycambiosocial.com/revista039/A_MEMORIA_A_HISTORIA_E_O_ROMANCE_EM_CADEIA_DE RONALD_%20DWORKIN.pdf. Acesso em 19 de abril de 2015.

O Controle difuso é forma de atuação judicial no controle de constitucionalidade, onde os órgãos judiciários irão verificar se há ou não compatibilidade entre o ordenamento e a constituição, sendo analisado um caso em concreto e incidentalmente se resolverá a questão de inconstitucionalidade da lei, o autor Pedro Lenza menciona um excelente exemplo;

Exemplo: na época do Presidente Collor, os interessados pediam o desbloqueio dos cruzados fundando-se no argumento de que o ato que motivou tal bloqueio era inconstitucional. O pedido principal não era a declaração de inconstitucionalidade, mas sim o desbloqueio!¹⁴

Desta forma podemos ver com mais clareza que no controle difuso a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo se dá de maneira incidental.

Tendo como efeito de suas decisões apenas inter partes, ou seja, somente para as partes envolvidas na lide, pois no momento que houver na sentença a declaração de inconstitucionalidade a lei ou do ato normativo tornaram-se nulos de imediato e terá efeito ex tunc, retroagindo seus efeitos no tempo de origem, e atualmente não impedindo que tenha efeitos ex nunc ou ainda pró-futuro com os novos posicionamentos do STF.

Ressalvando no controle difuso a sentença poderá passar a ter efeitos erga omnes se feita uma súmula vinculante como reza o art. 103-A da CF ou mediante instrumento de resolução pelo Senado Federal de acordo com art. 52, X da CF obrigando a todos.

1.4.1 Da reserva de plenário

Encontramos o princípio da reserva de plenário que servirá tanto para o controle difuso como para o controle concentrado, pois também se aplicará ao Supremo Tribunal Federal. Vejamos artigo 97 da constituição federal com a seguinte redação;

Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Os tribunais possuem órgãos fracionários como seções, turmas e que não podem declarar separadamente a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, uma vez que será necessário o pleno do tribunal, ou órgão especial se houver, e por isso o nome de reserva de plenário, pois envolverá matérias reservadas exclusivamente ao pleno do tribunal.

¹⁴ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**, p. 249.

No entanto os órgãos fracionários poderão apenas por via de exceção declarar a inconstitucionalidade da lei se já houver precedente sobre a matéria no próprio tribunal ou do STF, podendo apenas nessas duas maneiras deixar de aplicar a lei ou declará-la inconstitucional, com fundamento no art. 97 da CF combinado com art. 481 parágrafo único do CPC.

Em relação ao juiz monocrático não se aplica a reserva de plenário uma vez que o mesmo não necessita da decisão da maioria dos tribunais ou do órgão especial para aplicar ou deixar de aplicar a lei, pois o juiz monocrático como o próprio nome já diz é um só e decide sozinho. E em relação à turma recursal em juizados especiais, que não se caracteriza como tribunal, pois apesar de órgão colegiado é formado por juízes de primeiro grau, não precisam também respeitar o princípio da reserva de plenário.

Importante ressaltar também que quando se tratar de uma norma pré-constitucional que se entenda incompatível materialmente com a constituição, não se aplicará a reserva de plenário, pois será revogada e não declarada inconstitucional.

Criada a súmula vinculante nº10 do STF que diz;

S.V nº 10.Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

Ou seja, o órgão não poderá deixar de aplicar a lei se não houver a votação da maioria absoluta para declarar a inconstitucionalidade, em razão da maior segurança jurídica.

Há uma importância de se ter a maioria absoluta do tribunal ou órgão colegiado para declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, pois se leva em conta que os três poderes; executivo, judiciário e legislativo são independentes e harmônicos entre si, não competindo a um mais do que o outro. E em razão disso se preza a maioria absoluta. Se dedicando assim a harmonia do ordenamento jurídico

Contudo, em razão da segurança jurídica já mencionada, os órgãos do poder judiciário devem respeitar as decisões proferidas por eles mesmos. Uma vez que não há hierarquia entre os juízes monocráticos, pois são da mesma instância, mas há hierarquia entre eles e os tribunais, que poderá inclusive fazer a correção da decisão tomada pelo juiz monocrático.

Na constituição brasileira encontramos mais precisamente em seu artigo 103-A encontramos a preferência ao instituto da Súmula Vinculante como forma de respeitar as decisões já tomadas e manter o ordenamento jurídico.

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Podemos destacar que alguns princípios se destacam para a relevada importância da reserva de plenário, como; a presunção de constitucionalidade da lei, onde se presume sua constitucionalidade a partir de sua criação e o princípio da colegialidade indicando que as decisões de tribunais se embasaram pela vontade da maioria absoluta de seus membros.

1.4.2 Do papel do senado.

Encontrando-se presente no ordenamento jurídico desde 1934, hoje sendo encontrado na constituição de 1988 em seu art. 52, X da CF, apenas sendo aplicado no controle difuso, uma vez que o controle concentrado já produz efeito erga omnes.

Chegando ao Supremo Tribunal Federal através de recurso extraordinário, mandado de segurança, habeas corpus ou qualquer outra ação do controle difuso, poderá se for o caso declarar a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, ficando obrigado a comunicar o Senado Federal sobre esta decisão.

O STF é obrigado a comunicar o Senado apenas em caso de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, em casos de ilegalidade ou revogação não é obrigado.

Encontramos no art. 178 do Regimento Interno do STF (RISTEF) estabelecido que será comunicado ao Senado Federal para efeitos do art. 52, X da CF. Vejamos;

Art. 178. Declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade, na forma prevista nos arts. 176 e 177, far-se-á comunicação, logo após a decisão, à autoridade ou órgão interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para os efeitos do art. 42, VII2, da Constituição. 2 Atual dispositivo da CF/1988: art. 52, X.

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

Entende-se que o Senado Federal por meio de resolução poderá suspender a execução em todo ou em parte da lei declarada inconstitucional em relação à decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Não se diferenciando entre leis federais, distritais, estaduais ou municipais¹⁵.

Ainda no art. 52, X da CF, quando menciona “no todo ou em parte” significa que o Senado Federal tem competência para restringir, ou até mesmo ampliar a extensão da decisão do STF. Claro, que o Senado aqui estará restrito apenas a decisão do STF, contudo se for declarado apenas a inconstitucionalidade parcial de uma lei, o Senado não poderá dispor da lei inteira, ficando restringido ao que foi decidido pelo Supremo.

Dessa maneira a partir do momento que o Senado Federal suspender a execução atingirá a todos passando a ter efeitos erga omnes, e valerá a partir da sua publicação na Imprensa Oficial.

No entanto a suspensão da execução da lei vale apenas para o controle difuso, uma vez que as sentenças dadas no controle concentrado já possuem efeitos erga omnes, fugindo também a esta regra os atos pré-constitucionais.

Interessante destacar que no caso de julgamento nos crimes de responsabilidade pelo presidente da república, após a Câmara fazer o juízo de admissibilidade o Senado é obrigado a instaurar o processo, pois de acordo com art. 52, I da CF é de sua competência fazê-lo e aqui não poderá se eximir.

Em relação ao efeito dado pelo Senado de suspender a execução da lei, o entendimento majoritário segundo o doutrinador Pedro Lenza¹⁶, o Senado Federal não está obrigado a criar a resolução para suspender “para todos” a execução da lei

¹⁵ MIRANDA, Pontes de apud LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**, p. 253.

¹⁶ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**, p. 255.

declarada inconstitucional dada por decisão de caráter definitivo pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que é dever discricionário, tento o Senado liberdade em relação ao art. 52, X da CF.

E uma vez criada a resolução, em razão da segurança jurídica o senado não poderá mais revogá-la.

No entanto pelo motivo do Senado Federal muitas vezes estar atarefado e com acúmulo de trabalho, surgiu à proposta dada pelo Ministro Gilmar Mendes junto com o ministro Eros Grauna Rcl 4.335/AC defendendo que o art. 52, X haveria sofrido uma mutação constitucional, ou seja, com o passar do tempo teria se dado outro tipo de interpretação a este artigo, a de que; o Supremo Tribunal Federal tem o poder de suspender a norma cabendo apenas ao Senado a competência de publicar aquela decisão.

Havendo aqui uma abstrativização do controle difuso, uma vez que haveria uma tendência do controle difuso de constitucionalidade deixar de ser concreto e passar a ser abstrato, não dependendo mais do Senado Federal para suspender os efeitos das decisões, porém ainda é um posicionamento de certa maneira recente e ainda não adotado de maneira definitiva, possuindo muitas críticas, de um lado princípios que a constituição segue e de outro uma omissão legislativa que coloca em risco a seriedade da constituição.

Em relação aos efeitos temporais da resolução do senado, temos; Jose Afonso Da Silva¹⁷indicando que os efeitos da inconstitucionalidade devem operar de maneira ex nunc, ou seja, do momento de sua publicação em diante. Não significando que o efeito da decisão dada pelo STF teve como efeito ex nunc, mas ex tunc e quando o senado criar a resolução para o resto da sociedade será de forma ex nunc

Já de outro lado encontramos Clémerson Merlin Cléve¹⁸sustentando que os efeitos da resolução do senado devem ser ex tunc, pois se contrário violaria o principio da igualdade entre as partes, uma vês que a decisão do STF foi pela inconstitucionalidade incidental (já que no controle difuso) não faria sentido que na resolução do Senado viesse com efeito ex nunc.

¹⁷SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, p. 54.

¹⁸CLÉVE, Clémerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**, p. 122.

1.5 Espécies de inconstitucionalidade.

Sendo a constituição suprema entre os Estados, segue aqui o raciocínio que toda lei ou ato normativo que contrarie a constituição será necessariamente nulo, tornando o procedimento de inconstitucionalidade indispensável para o balanceamento do ordenamento jurídico. Contudo não significa que a constituição seja completa e acabada, mas que possui de certo modo flexibilidade que permite seu conteúdo subsistir, perdurar no tempo.

Contudo na doutrina dentre várias classificações, uma delas defendida pelo Barroso¹⁹ define as espécies de inconstitucionalidade em material quando dispões sobre o conteúdo, formal em relação ao procedimento, por ação ou por omissão dependendo da conduta do legislador se comissiva ou omissiva, podendo a inconstitucionalidade se dar em toda ou parcialmente ao corpo do texto da lei ou do ato normativo.

Também temos na doutrina a classificação das inconstitucionalidades em originárias e supervenientes, aonde irão levar em consideração o momento da sua edição.

O ordenamento jurídico brasileiro não é aceito pela atual jurisprudência do STF a teoria a inconstitucionalidade superveniente, e por isso a norma anterior à Constituição não é declarada inconstitucional, mas é não recepcionada e revogada. Assim vale destacar a citação feita pelo Gilmar Mendes dos argumentos do Ministro Brossard;

(...) O legislador não deve obediência à Constituição antiga, já revogada, pois ela não existe mais. Existiu, deixou de existir. Muito menos a constituição futura, inexistente, por conseguinte, por não existir ainda. De resto só por adivinhação poderia obedecê-la, uma vez que futura e, por conseguinte, ainda inexistente²⁰ (...)

1.5.1. Inconstitucionalidade material.

A inconstitucionalidade material ocorrerá em vícios no conteúdo da lei ou ato normativo, ou seja, se o conteúdo ali manifestado violar norma ou princípio da constituição deverá ser declarado inconstitucional em razão da matéria.

¹⁹BARROSO, Luiz Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, p.47.

²⁰BROSSARD, Paulo. **A Constituição e as leis anteriores**, in Arquivos do Ministério da Justiça nº 180, 1992, p. 125 apud MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, p. 1078.

1.5.2. Inconstitucionalidade formal.

A inconstitucionalidade formal se dá quando ocorre um vício no momento do processo legislativo ou em relação às regras de competência.

Podendo ser classificada segundo Barroso²¹ como; Subjetiva onde o vício será de iniciativa ou de competência; Objetiva onde o vício será de rito ou de procedimento ex; se o projeto era para ser proposto no Senado e foi proposto na Câmara dos Deputados; pode ser Orgânica, onde o vício será de competência federativa; e por fim do tipo Formar de Maneira Propriamente Dita, que incluirão todos os eventuais vícios do processo legislativo, incluindo a iniciativa, discussão, votação etc.

1.5.3. Inconstitucionalidade total e parcial.

Há inconstitucionalidade total quando houver um vício que recaia sobre toda a lei ou ato normativo elaborado, invalidando assim todo o dispositivo. Geralmente quando ocorre um vício formal o procedimento se dá de maneira total.

Também é possível se dar a inconstitucionalidade de maneira parcial, onde irá afetar apenas parte do dispositivo, podendo rescindir até mesmo em uma única palavra. Ressalvando que o vício material recai tanto total como parcialmente.

1.5.4. Inconstitucionalidade por ação.

Ocorre a inconstitucionalidade por ação quando é elaborada uma nova norma e a mesma viola a constituição. O ato aqui praticado pelo poder legislativo se dá de maneira incompatível com o texto constitucional.

Surgindo aqui a chamada Ação Direta de Inconstitucionalidade que veio com o intuito de expulsar as normas que possuem algum vício de validade e que acabaram ingressando no ordenamento jurídico.

1.5.5. Inconstitucionalidade por omissão.

Contrariamente a inconstitucionalidade por ação que ocorre com uma ação positiva dentre os três poderes, a inconstitucionalidade por omissão é gerada quando quem tem o poder de legislar não o faz, ficando inerte.

Porém a simples inércia do legislador não caracteriza por si só a inconstitucionalidade por omissão, uma vez que é necessário um comportamento

²¹BARROSO, Luiz Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, p. 48.

inerte diante de uma obrigação jurídica de conteúdo positivo, assim como menciona Barroso citando as palavras de Canotilho; “A omissão legislativa para ganhar significado autônomo e relevante, deve conexionar-se com uma exigência constitucional de ação, não bastando o simples dever geral de legislar para dar fundamento a uma omissão inconstitucional”.²²

O papel do legislador em legislar é discricionário, todavia nos casos previstos na constituição haverá o dever do órgão legislativo editar a norma reguladora e em caso de inércia estará configurada a inconstitucionalidade por omissão.

A inconstitucionalidade por omissão é um fenômeno relativamente novo, onde se encontra ainda em desenvolvimento pela doutrina, mencionando Barroso que;

“(…) O instrumental desenvolvido para o combate as leis inconstitucionais – isto é, a atos comissivos praticados em desacordo com a constituição – não tem sido suficiente nem adequado para enfrentar a inconstitucionalidade que se manifesta através de um *non facere*”²³

Uma vez que o tema de inconstitucionalidade por omissão somente passou a fazer parte do ordenamento jurídico brasileiro a partir da constituição atual de 1988 e para o combate a essa omissão foram criados o mandado de injunção pelo controle difuso que se encontra no Art.5º, LXXI da CF e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão no controle concentrado mencionado no Art. 103 §2º da CF.

²²CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, 2011, p. 1004apud BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 55.

²³ BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**, p. 54.

SEÇÃO 2 – DELINEAMENTOS SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO.

Com relação às inconstitucionalidades por omissão temos no controle difuso o mandado de injunção e no controle concentrado a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO), a existência de ambos se dá por meio de uma síndrome que acompanha a constituição por muito tempo, a síndrome da inefetividade das normas constitucionais pelo motivo de haver muitas normas de eficácia limitada no corpo da constituição que não conseguem produzir seus efeitos sem a interferência do poder público.

As normas de eficácia limitada têm como característica ser indireta, mediata e não integral, ou seja, ela dependerá de complementação por parte do poder público para poder produzir seus efeitos.

Dentre as normas de eficácia limitada encontramos as programáticas e as institutivas ou de natureza organizatória. As programáticas são aquelas que estabelecem programas sociais onde dependerá a atuação do estado, como por exemplo, as normas que determinam que o estado irá garantir a todos o exercício de direitos culturais, acesso às fontes de cultura nacional (art. 215 da CF). E as institucionais ou organizatórias são aquelas que prevêm um órgão ou entidade e que sua real existência dependerá de uma lei específica.

Havendo inércia do legislador em relação à norma de eficácia limitada estará configurada a inconstitucionalidade por omissão, pois estará claro a obrigação do legislador legislar, no entanto em relação as normas programáticas será possível se falar em omissão constitucional se caso a inércia do poder público ferir a dignidade da pessoa humana, inviabilizando o direito de se ter o mínimo existencial.

Desta forma se viu a necessidade da criação do mandado de injunção e da ADO, para que os direitos previstos na constituição pudessem ser exercidos pelo seu titular, uma vez que até então eles estariam apenas previstos e seu exercício impedido por falta de norma que o regulamentasse, uma vez que estariam estabelecidos em norma de eficácia limitada.

2.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

As constituições brasileiras sempre sofreram com a síndrome da inefetividade de das normas constitucionais, surgindo então na constituição de 1988 no controle

concentrado a chamada ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) para combater esta inefetividade no controle concentrado.

O que se buscou com a ADO foi o objetivo de dar efetividade a normas que dependiam de regulamentação, para que seu exercício pudesse ser concretizado, ou seja, estamos falando aqui das normas de eficácia limitada que dependem de complementação por parte do poder público e que nas palavras de Gilmar Mendes;

Ela é fundamental sobre tudo para a concretização da constituição como um todo, isto é, para a realização do próprio Estado de Direito democrático, fundado na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho, da iniciativa privada, e no pluralismo político, tal como estabelece no art. 1^a da Carta Magna. Assinale-se, outrossim, que o estudo da omissão inconstitucional é indissociável do estudo sobre a força normativa da Constituição²⁴.

Uma vez que há no ordenamento jurídico previsão de norma de eficácia limitada e o legislador fica inerte a esta situação não criando norma regulamentadora, faz com que tal sistema se torne ineficaz, e assim encontramos a ADO no art. 103§2º da CF;

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

O tipo de inconstitucionalidade combatido por esta ação é matéria relativamente nova no ordenamento jurídico, uma vez que nossa doutrina estava acostumada com a inconstitucionalidade por ação, onde uma lei ou ato normativo criado pelo órgão competente afronta, ofende a constituição e assim é declarada sua inconstitucionalidade.

Todavia, a inconstitucionalidade por omissão que é caracterizada quando não existe este ato positivo do ente estatal, o órgão competente não cria a norma regulamentadora de um direito já previsto na constituição entendendo-se que tão cruel como criar uma lei que desrespeite a constituição é deixar de criar uma lei que seja boa para a população.

²⁴MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, p 1125.

“A omissão inconstitucional pressupõe a inobservância de um dever constitucional de legislar²⁵” que juntamente com o entendimento do STF a omissão inconstitucional se dá como um inadimplemento de um dever constitucional que o legislador tem de legislar.

Um grande exemplo que encontramos hoje na constituição de 88 de uma norma efetivada no ordenamento jurídico o qual ainda não se criou uma norma regulamentadora é a do art. 18,§4 o qual dispões;

Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

§ 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei.

Onde uma lei estadual pode criar um município desde que em um período fixado por uma lei complementar federal. No entanto há uma lacuna, pois está lei complementar federal não foi feita até o exato momento. Logo só poderá ser discutida e analisada em sede de ADO, uma vez que este artigo está na parte de organização político administrativa do estado.

Tendo como objeto dessa ação a “mera inconstitucionalidade morosa dos órgãos competente para a concretização da norma constitucional²⁶”, não tendo apenas em vista a atividade legislativa, mas também a atividade administrativa (prazo de trinta dias) que pudesse afetar a efetividade de norma constitucional²⁷, porém se a constituição atribuir mera faculdade de edição de norma pelo legislador, não caberá qualquer controle judicial.

A omissão normativa aqui é caracterizada como total ou parcial; total quando o legislador tendo o dever jurídico legislar fica inerte, deixando um vazio normativo segundo Barroso²⁸ que como exemplo pode-se citar o art. 37, VII da CF, já a omissão parcial é firmada quando o legislador elabora a lei, porém de maneira

²⁵MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, p. 1295.

²⁶Ibidem, p. 1291.

²⁷Ibidem, p. 1291.

²⁸BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**, p. 57.

insuficiente deixando de incidir para determinada categoria, violando-se aqui o princípio da isonomia²⁹.

Ressaltando que a ADO tem sua competência dirigida diretamente ao STF, onde seus legitimados ativos irão defender o interesse público, como se fossem verdadeiros guardiões da constituição e uma vez proposta não caberá sua desistência.

2.2 Mandado de Injunção.

No Brasil o Mandado de Injunção foi a garantia criada no controle de constitucionalidade difuso para dar efetividade e aplicabilidade total as normas constitucionais, já que a constituição sofria com a ineficácia das normas constitucionais e foi instituído a partir da constituição de 1988 e está situado no art. 5º, LXXI da CF;

At. 5, LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

O Mandado de Injunção, assim como os outros remédios constitucionais visa proteger interesses dos cidadãos, porém buscando com sua especificidade, garantir a concretude dos direitos subjetivos daqueles que não conseguem exercê-lo por falta de norma regulamentadora que não foi criada pela autoridade competente para legislar, objetivado de uma omissão inconstitucional.

De acordo com o doutrinador Tácito L. Maranhão Pinto, podemos colocar alguns requisitos para se impetrar esse remédio constitucional, tal sejam eles;

- 1.A inexistência de regulamentação, por lei ou ato normativo, que defina as condições do exercício dos direitos constitucionais tutelados pelo instituto do Mandado de Injunção (“direitos a liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”)
- 2.A inviabilidade do efeito exercício destes direitos em decorrência da norma regulamentadora.³⁰

É curioso ver que o próprio Mandado de Injunção não tem lei que o regulamente, se utilizando da analogia para o que couber da lei do Mandado de Segurança lei nº 12.016/09, sendo esta regra posta na lei nº 8.038/90, parágrafo único do art. 24, que vejamos a seguir;

²⁹BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**, p. 59

³⁰PINTO, Tácito L. Maranhão. **O Mandado de injunção; Trajetória de um Instituto**, p. 33.

Art. 24, parágrafo único - No mandado de injunção e no habeas data, serão observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica

Dessa maneira, existe o Mandado de Injunção Individual, que pode ser impetrado por qualquer pessoa que tenha seu direito subjetivo violado, nacional ou estrangeira e a doutrina vem reconhecendo o Mandado de Injunção Coletivo, seguindo aqui por analogia a lei do Mandado de Segurança³¹ que se utiliza da lei. 12.016/09 art. 21;

Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial

O mandado de injunção também se vale da lei do mandado de segurança quando em relação à intervenção do ministério público que por sua vez será obrigatório.

Não é admitida em sede de MI a tutela de urgência, e por se tratar de um remédio constitucional seu rito é o sumário e não é necessária a produção de provas, mas sim a mera juntada de documentos.

Sua competência irá depender do órgão que cometeu a omissão constitucional e não editou a norma regulamentadora, então, por exemplo, se a competência de elaboração é do Presidente da república, do Congresso Nacional será julgado no Supremo Tribunal Federal, já se, se tratar de órgão federal da administração pública direta ou indireta, será julgado no Superior Tribunal de Justiça, e assim por diante.

Em relação aos efeitos desse remédio, em meados de 1990, o Supremo Tribunal Federal tinha seu posicionamento defendendo que após a declaração da mora do poder omisso em sentença referente ao Mandado de Injunção, o judiciário deveria comunicar o poder competente a necessidade de se fazer a norma reguladora faltante³².

Se caracterizando assim a posição não concretista, sedo a mesma adotada até o final de 2006, ficando o Poder Judiciário com o papel de dar mera ciência da mora o órgão omisso.

³¹BAHIA, Flávia Martins. **Direito Constitucional Teoria e Prática**, p. 24.

³²QUARESMA, Regina. **O Mandado de Injunção e a Ação de inconstitucionalidade por Omissão**, p.77.

Essa posição fazia com que o Mandado de Injunção não tivesse efeitos práticos, e fazia também com que ele se aproximasse ainda mais da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, onde o Judiciário da ciência a mora do poder omissor.

Isto gerava muitas críticas na doutrina, pois o impetrante vinha até o judiciário reclamar que havia mora do poder omissor, e saía dele com a confirmação do que já sabia desde o início em uma sentença declaratória, defendiam então uma posição mais concreta, onde pudesse haver do judiciário uma resposta mais satisfatória e que de fato resolvesse o problema da norma reguladora faltante.

Gerando também críticas por outro lado pela doutrina, onde sustentava que se o Judiciário desse uma resposta mais concreta estaria infringindo a separação de poderes, assim com sustenta Volney Zamenhof;

Concluindo, tem-se como certa a ineficácia social do mandado de injunção, posto que trata-se de um instituto que exorbitou o lineamento das limitações dos Poderes, razão pela qual o Judiciário não tem a obrigação de interferir em atos de exclusiva competência do Legislativo e, além disso, o legislador constituinte originário – na tentativa de construir um instrumento que viesse a coibir a inércia de determinadas normas constitucionais, carentes de regulamentação – provocou a distorção da concepção da tripartição dos Poderes. (...)

Logo, diante destes argumentos e levando-se em consideração análises de decisões já proferidas pelo Judiciário, entende-se que o mandado de injunção é um instituto carente de eficácia social³³.(...)

Entretanto, após 2007 o STF começou a adotar a posição concretista, como uma forma inovadora e inédita no ordenamento jurídico para resolver o problema de ineficácia das normas constitucionais, indo além de declarar a mora do poder omissor. Surgindo também um “novo estatuto político brasileiro – que rejeita o poder que oculta e não tolera a poder que se oculta³⁴”.

A posição concretista se divide em Geral e em Individual, a posição geral deixa ser viável ao juiz suprir a norma reguladora faltante, e é vista pela primeira vez no julgamento dos Mandados de Injunção 670, 706 e 712, é a posição totalmente oposta à da não concretista, onde se julgou a falta de norma regulamentadora sobre o direito de greve dos servidores públicos, encontrado previsão no art. 37, VII que dispõe;

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos

³³SILVA, Volney Zamenhof de Oliveira. **Lineamentos do Mandado de Injunção**, p. 95.

³⁴Supremo Tribunal Federal. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, p.26.

princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;

E, no entanto após 26 anos de constituição, está “lei específica” ainda não foi criada, e se o Supremo não houvesse adotado esta posição, até hoje os servidores públicos não poderiam exercer o seu direito à greve.

Está lacuna, no entanto pode ser discutida em ADO e também em MI, pois são lacunas de norma constitucionais fundamentais.

Logo quando falamos que o Mandado de Injunção se torna um instrumento concreto, não queremos dizer que seja sinônimo de controle concreto, mas que no Mandado de Injunção quando se fala de concretização é no sentido de dar efetividade ao próprio instrumento, continuando ele no controle difuso.

2.3 Diferenças entre o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão

Ambas as ações, a Ação direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção foram criadas com o intuito de acabar com a síndrome de inefetividade das normas constitucionais, porém uma do controle concentrado e outra do controle difuso.

O Mandado de Injunção tem origem do modelo norte americano, já a ADO tem origem do modelo europeu mais precisamente do direito português, ambas foram introduzidas no ordenamento jurídico em 1988.

A natureza jurídica do MI; é de um remédio constitucional que cria um processo subjetivo, ou seja, com pretensão resistida de interesse, há um conflito, já a ADO é uma ação do controle concentrado de constitucionalidade e forma um processo objetivo, ou seja, sem partes, sem lide, sem pretensão resistida de interesse, objetivando defender a supremacia da constituição.

Em relação à extensão, o MI visa defender direitos constitucionalmente assegurados, porém dependentes de regulamentação, já a ADO visa defender normas constitucionais em geral dependentes de regulamentação. Abrangendo aqui tudo que pode ser discutido em sede de MI pode ser discutido em ADO, mas a recíproca não é verdadeira.

A omissão normativa em sede de MI será de uma norma primária, faltando a lei que regulamente diretamente o direito previsto na constituição. Na ADO a omissão pode ser de norma primária ou secundária.

Há diferenças também em relação à legitimidade ativa, onde em Mandado de Injunção Individual será qualquer pessoa interessada, Mandado de Injunção Coletivo; art.5º inc. LXX e em sede de ADO os caracterizados no art. 103 I a IX.

O órgão competente para julgamento do MI não é definido, dependendo do pólo passivo, ou seja, a quem compete legislar sobre aquele tema, exemplo se for de competência do Presidente da República a ação tramitará no STF, Já a ADO só poderá ser julgada no STF.

A cautelar não é admitida em sede de MI, no em tanto em relação à ADO pode, sendo admitido pela lei nº 9868/99 art. 12-F.

Em detrimento dos efeitos das decisões, o MI em regra produz efeitos inter partes e a ADO efeito erga omnes. Sendo que em ambas as ações é possível se discutir a omissão normativa total ou parcial.

SEÇÃO 3 – A MUDANÇA DE JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Por muito tempo a Constituição Federal sofreu com a síndrome da inefetividade das normas constitucionais, pelo fato de encontrarmos muitas normas de eficácia limitada, cuja aplicabilidade é mediata, exigindo-se assim a regulamentação da matéria no âmbito infra-constitucional, o que dificulta ou impede a sua eficácia perante a sociedade, pela inércia do poder legislativo.

Em 2007 ocorreu uma mudança jurisprudencial sobre as omissões inconstitucionais em sede de Mandado de Injunção com o julgamento das MI's nº 670, 708 e 712. Até então era adotada a posição “não concretista” onde a Corte apenas alegava a mora do poder omissivo do legislativo nas decisões finais. Após 2007, todavia, passou-se a adotar a posição “concretista geral” que determina, além da alegação da mora do poder omissivo do legislativo, a aplicação analógica de lei já existente para suprir omissões normativas com efeito inter-partes ora erga omnes.

Os três mandados de injunção foram impetrados, respectivamente, pelo Sindicato dos Servidores Públicos Civis do Espírito Santo (Sindpol), Sindicato dos Trabalhadores em Educação de João Pessoa (Sintem) e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Pará (Sinjep). Foi fundamento comum de todos os remédios constitucionais a falta de lei que regulamentasse a greve no serviço público, assim os três foram julgados juntos.

Como meio para resolver este conflito, o Supremo Tribunal Federal sustentou que não seria aceitável e muito menos razoável a falta de regulamentação do direito de greve no serviço público por parte do Congresso Nacional, e passaram a adotar a posição concretista, declarando a mora do poder omissivo do legislativo e aplicando por analogia no que couber a lei de greve dos empregados de empresa privada Lei nº 7.783/89, baseando-se no argumento que seria dever do STF dar efetividade às cláusulas constitucionais, pois pelo contrário acarretaria pela inércia do legislativo a descrença da constituição federal.

Ocorre que o Mandado de Injunção faz parte do Controle de Constitucionalidade Difuso tanto por consequência o efeito da sentença interpartes, porém por sua vez a Corte aplicou efeito erga omnes, um efeito que é característico do Controle de Constitucionalidade Concentrado, havendo aqui a abstração do controle difuso.

Assim, o Supremo Tribunal Federal passa por uma revitalização do seu modo de julgar. Partindo de um ativismo judicial (o que ensejou críticas por parte da doutrina, que acusa a corte suprema de querer ser um “legislador positivo”). O STF vem aplicando técnicas abstrativas aos seus julgados de controle difuso de constitucionalidade, permitindo que decisões que, pela antiga concepção, somente poderiam se dar entre as partes do litígio, atingissem terceiros que não participaram da lide.

3.1 A posição tradicional sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no mandado de injunção.

Até 2007 tanto nas ações direta de inconstitucionalidade por omissão como em sede de Mandado de Injunção, o STF adotava uma posição considerada como “Não Concretista” posição está muito conservadora, aonde chegando ao final da ação, na sentença apenas se declarava a mora do poder omisso, não se adotando nenhum outro meio para suprir a norma faltante.

Muito curioso, pois a sentença declarava o que os legitimados ativos da ação já sabiam antes de ajuizar a ação; que o poder público estaria em mora. Sendo então que esta declaração não fazia diferença na vida real, pois só estaria confirmando o óbvio. Vejamos um julgado que demonstra essa posição;

“(…) O MANDADO DE INJUNÇÃO NEM AUTORIZA O JUDICIARIO A SUPRIR A OMISSAO LEGISLATIVA OU REGULAMENTAR, EDITANDO O ATO NORMATIVO OMITIDO, NEM, MENOS AINDA, LHE PERMITE ORDENAR, DE IMEDIATO, ATO CONCRETO DE SATISFAÇÃO DO DIREITO RECLAMADO: MAS, NO PEDIDO, POSTO QUE DE ATENDIMENTO IMPOSSIVEL, PARA QUE O TRIBUNAL O FAÇA SE CONTEM O PEDIDO DE ATENDIMENTO POSSIVEL PARA A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA OMISSAO NORMATIVA, COM CIENCIA AO ÓRGÃO COMPETENTE PARA QUE A SUPRA³⁵(…)”

“(…) 2. Tratando-se de mera faculdade conferida ao legislador, que ainda não a exercitou, não há direito constitucional ja criado, e cujo exercício esteja dependendo de norma regulamentadora³⁶(…)”

Defendendo assim a mera faculdade do legislador legislar, e o grande problema que se encontrava era que quando se declarava na sentença que o poder omisso estava em mora, este continuava não legislando, colocando em risco a segurança jurídica do ordenamento jurídico, e por essas razões esse tema veio

³⁵STF, MI 168, Rel. Min.Sepúlveda Pertence, j. 21.03.1990, DJ 20.04.1990.

³⁶STF, MI 444 QO, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 29.09.1994, DJ 04.11.1994.

sofrendo alterações com o tempo em relação ao Mandado de Injunção, tornando-se um remédio muito mais efetivo.

3.1.1 Posição Não Concretista.

Esta posição é a mais antiga e mais conservadora de todas, onde na busca de ir ao judiciário com intuito de poder usufruir de um direito já previsto, a sentença do STF apenas alegava ao órgão público a mora de sua omissão, contribuindo que prevalece a síndrome da inefetividade das normas constitucionais e nada era feito para sanar o problema na prática, uma vez que somente com a declaração de mora do poder omisso não era hábil para sanar o problema.

“De acordo com a posição não concretista o Poder Judiciário não poderia suprir a omissão da norma faltante, tampouco determinar prazo para o legislador elaborar a lei, restando a sentença tendo efeito penas de declarar a mora legislativa³⁷”.

Desta maneira o mandado de injunção não parecia surgir efeito algum, uma vez que nada se poderia fazer até então para o legislador elaborar a lei. Desta forma se entrava no judiciário e se saía dele com a certeza que já tinha desde o início, que havia mora do poder público, com esse embasamento encontramos o julgado do MI nº 444 mencionado pela doutrinadora Flávia Bahia;

“O mandado de injunção nem autoriza o Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo omitido, nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado: mas, no pedido, posto que de atendimento impossível, para que o Tribunal o faça, se contém o pedido de atendimento possível para a declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra” (STF, MI 168, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 21.03.1990, DJ 20.04.1990) e no mesmo sentido: “Tratando-se de mera faculdade conferida ao legislador, que ainda não a exercitou, não há direito constitucional já criado, e cujo exercício esteja dependendo de norma regulamentadora³⁸”

3.2 A mudança jurisprudencial: o efeito concreto no reconhecimento de inconstitucionalidade no mandado de injunção.

Desde 2007 começaram a surgir posições concretistas por parte das interpretações do Supremo Tribunal Federal. Em sentido amplo as posições concretistas são aquelas que não se limitam a apenas declarar a mora do poder público, dando mais efeitos práticos e concretos.

³⁷BAHIA, Flávia Martins. **Direito Constitucional Teoria e Prática**, p. 26.

³⁸BAHIA, Flávia Martins. **Direito Constitucional Teoria e Prática**, p26 apud STF, MI 444-QO, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 29.09.1994, DJ 04.11.1994.

Surgindo então três principais posições; a posição concretista geral adotada pelo STF nos Mandados de Injunção nº 670, 708 e 712 em relação ao art. 37, VII, da CF, que diz respeito a greve dos servidores públicos.

Posição concretista individual direta, onde pode se aplicar a analogia de lei já existente para resolver um caso em específico, porém tendo efeito interpartes. Vemos essa posição sendo adotada no Mandado de Injunção individual nº 721 em relação ao art. 40 §4, III da CF;

(...) APOSENTADORIA – TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS – PREJUÍZO À SAÚDE DO SERVIDOR – INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR – ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral – artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91³⁹.

E por fim a posição concretista intermediária adotada pelo STF por unanimidade na ADI 3.682 em relação ao art. 18 §4 da CF. “De acordo com essa teoria o Poder Judiciário além de comunicar a omissão ao órgão competente deverá fixar-lhe prazo para a edição da norma faltante⁴⁰”;

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. INATIVIDADE DO LEGISLADOR QUANTO AO DEVER DE ELABORAR A LEI COMPLEMENTAR A QUE SE REFERE O § 4º DO ART. 18 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NA REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL NO 15 /1996. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. A Emenda Constitucional nº 15, que alterou a redação do § 4º do art. 18 da Constituição, foi publicada no dia 13 de setembro de 1996. Passados mais de 10 (dez) anos, não foi editada a lei complementar federal definidora do período dentro do qual poderão tramitar os procedimentos tendentes à criação, incorporação, desmembramento e fusão de municípios. Existência de notório lapso temporal a demonstrar a inatividade do legislador em relação ao cumprimento de inequívoco dever constitucional de legislar, decorrente do comando do art. 18, § 4º, da Constituição. 2. Apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei apresentados visando à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, é possível constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar em referência. As peculiaridades da atividade parlamentar que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional. A inertiadeliberandi das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. 3. A omissão legislativa em relação à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, acabou dando ensejo à conformação e à consolidação de estados de inconstitucionalidade que não podem ser ignorados pelo legislador na elaboração da lei complementar federal. 4. Ação julgada procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição, devendo ser

³⁹STF, MI 721, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 30.08.2007, DJ 29.11.2007.

⁴⁰BAHIA, Flávia Martins. **Direito Constitucional Teoria e Prática**, p. 28.

contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão. Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI nºs 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios⁴¹.(...)

Com essa nova corrente afirma o doutrinador Pedro Lenza⁴² que os principais argumentos para essa mudança seriam; a força normativa da constituição, o princípio da supremacia da constituição, o STF como guardião da constituição, entre outros.

Colaborando assim para que dessa forma possa se colocar um fim à síndrome da inefetividade das normas constitucionais de eficácia limitada e tornar o Mandado de Injunção um instrumento eficaz.

3.2.1 Posição Concretista Geral.

A posição não concretista geral foi adotada pelo STF nos mandados de injunção nº 670, 708 e 712 que abordam o tema da greve em relação aos servidores públicos art. 37, VII da CF e por essa razão o Supremo reuniu ambos em um único julgamento

O STF recebeu esses três mandados de injunção decidindo de maneira inédita, declarando além da mora do poder público, que até a criação da lei de greve do servidor público, se aplicaria no que couber a lei de greve do empregado de empresa privada, transcendendo dessa maneira os efeitos dessa decisão para todos os servidores públicos e não somente para aqueles que impetraram o mandado de injunção, dando efeitos subjetivos erga omnes. Observando aqui a ementa do Mandado de Injunção 708;

(...) 3. DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS. HIPÓTESE DE OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL. MORA JUDICIAL, POR DIVERSAS VEZES, DECLARADA PELO PLENÁRIO DO STF. RISCOS DE CONSOLIDAÇÃO DE TÍPICA OMISSÃO JUDICIAL QUANTO À MATÉRIA. A EXPERIÊNCIA DO DIREITO COMPARADO. LEGITIMIDADE DE ADOÇÃO DE ALTERNATIVAS NORMATIVAS E INSTITUCIONAIS DE SUPERAÇÃO DA SITUAÇÃO DE OMISSÃO. 3.1. A permanência da situação de não-regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis contribui para a ampliação da regularidade das instituições de um Estado democrático de Direito (CF, art. 1º). Além de o tema envolver uma série de questões estratégicas e orçamentárias diretamente relacionadas aos serviços públicos, a ausência de parâmetros jurídicos de controle dos abusos cometidos na deflagração desse tipo

⁴¹STF, ADI 3.682, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 09.05.2007, DJ 05.09.2007.

⁴²LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**, p. 257.

específico de movimento grevista tem favorecido que o legítimo exercício de direitos constitucionais seja afastado por uma verdadeira "lei da selva". 3.2. Apesar das modificações implementadas pela Emenda Constitucional no 19/1998 quanto à modificação da reserva legal de lei complementar para a de lei ordinária específica (CF, art. 37, VII), observa-se que o direito de greve dos servidores públicos civis continua sem receber tratamento legislativo minimamente satisfatório para garantir o exercício dessa prerrogativa em consonância com imperativos constitucionais. 3.3. Tendo em vista as imperiosas balizas jurídico-políticas que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, o STF não pode se abster de reconhecer que, assim como o controle judicial deve incidir sobre a atividade do legislador, é possível que a Corte Constitucional atue também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo. 3.4. A mora legislativa em questão já foi, por diversas vezes, declarada na ordem constitucional brasileira. Por esse motivo, a permanência dessa situação de ausência de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis passa a invocar, para si, os riscos de consolidação de uma típica omissão judicial. 3.5. Na experiência do direito comparado (em especial, na Alemanha e na Itália), admite-se que o Poder Judiciário adote medidas normativas como alternativa legítima de superação de omissões inconstitucionais, sem que a proteção judicial efetiva a direitos fundamentais se configure como ofensa ao modelo de separação de poderes⁴³ (CF, art. 2o) (...)

Podendo-se observar que essa decisão transcendeu, foi além das partes ali envolvidas, oras se estávamos diante de um mandado de injunção no controle difuso não haveria de se falar apenas em efeitos inter partes? Com essa decisão estamos diante do sistema difuso com efeitos subjetivos erga omnes sem a apreciação do Senado Federal, ficando claro certa abstrativização do controle de constitucionalidade brasileiro.

E mesmo o STF não admitindo a tese da abstrativização do controle de constitucionalidade, se prova aqui que houve uma abstrativização do controle difuso em relação ao mandado de injunção na posição concretista geral e que poderá perfeitamente servir de referência para os próximos julgados. Como regra encontramos nas palavras do doutrinador Pedro Lenza;

O efeito erga omnes da decisão foi previsto somente para o controle concentrado e para a súmula vinculante (EC nº 45/2004) e, em se tratando de controle difuso, nos termos da regra do art. 52, x da CF/88, somente após atuação discricionária e política do Senado Federal⁴⁴.

Por isso a abstrativização aqui tem o sentido de difundir, vemos o modelo de controle de constitucionalidade difuso perder em parte suas características para o controle concentrado, afinal pela primeira vez se vê um mandado de injunção com efeito erga omnes sem a presença do Senado Federal, e tudo isso para que o

⁴³STF, MI 708, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25.10.2007, DJ 30.10.2008.

⁴⁴LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**, p.258.

ordenamento jurídico não passe a imagem de uma simples folha de papel sem efeito prático, uma vez que o legislador ficou inerte.

Considerações Finais.

O controle de constitucionalidade brasileiro é misto, adotando os dois sistemas existentes, o difuso e o concentrado, sendo o controle essencial para que o ordenamento jurídico funcione de maneira mais completa e harmônica possível, se baseando sempre na lei maior, a Constituição Federal.

E assim nos deparamos com o Princípio da Supremacia da Constituição, onde qualquer elemento inferior que a desobedeça estará corrompido por um vício insanável de nulidade sendo o mesmo inconstitucional.

Em relação às inconstitucionalidades damos aqui uma maior observância na inconstitucionalidade por omissão que é relativamente nova no ordenamento jurídico ao nos depararmos com a inconstitucionalidade por ação que sempre foi tema com relevância para a doutrina.

E assim para combater esta inconstitucionalidade por omissão é que surgiu apenas na constituição de 1988 a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, sendo utilizado no controle concentrado e o Mandado de Injunção no controle difuso, vindo para defender o ordenamento jurídico de um problema grave denominado como uma “doença” chamada de inefetividade das normas constitucionais, só que direcionando para os direitos subjetivos;

“A falta de determinação política dos poderes constituídos em dar concretude ao projeto constitucional em vigor também constitui uma das mais graves disfunções do direito constitucional contemporâneo: A síndrome da inefetividade das normas constitucionais⁴⁵”.

Porém o que ocorria era que o mandado de injunção quando impetrado, apenas obtinha do poder judiciário a declaração de mora do poder omissor “posição não concretista”, e o que se veio observando é que não bastava apenas essa declaração, pois se continuava sem a elaboração da lei, não surtindo efeitos na prática, pois não havia um meio de impor, ou até mesmo uma sanção para que o órgão omissor elaborasse a norma reguladora faltante.

⁴⁵BARROSO, Luiz Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, p.62

E esse tema começou a ser muito debatido na doutrina, afinal o Mandado de Injunção “se destina a possibilitar o suprimento judicial da norma faltante ou a estimular a produção da norma pelo órgão competente⁴⁶.”

A segunda opção, caracterizada pela posição não concretista, se vê o Ministro Ricardo Lewandrowski no julgamento dos Mandados de Injunção 670, 708 e 712 referente ao direito de greve dos servidores públicos, defender que o Mandado de Injunção deveria tão somente declarar a inconstitucionalidade da omissão legislativa e dar ciência ao órgão omissor para a elaboração da norma faltante⁴⁷. Uma vez que também não seria possível a utilização da analogia, pois para ele não haveria semelhança relevante entre o direito na esfera pública e privada.

Defendendo também no julgado dizendo; “estou convencido de que o Judiciário não pode ocupar o lugar do Poder ao qual o constituinte, intérprete primeiro da vontade soberana do povo, outorgou a sublime função de legislar⁴⁸”.

Porém, ficamos com a primeira opção, a posição denominada como concretista, já que a segunda não possibilitava o exercício do direito subjetivo previsto na Constituição. E essa corrente é adotada de forma inédita também no julgamento dos Mandados de Injunção 670, 708 e 712 que diz respeito ao direito de greve dos servidores públicos que ainda não tinham como exercê-lo por faltar norma reguladora.

Vemos defendendo a posição concretista o Ministro Gilmar Mendes onde nesse referido julgado dos três mandados de injunção menciona que o tema referente a greve dos servidores públicos não haviam recebido um mínimo tratamento satisfatório pelo Poder Legislativo e assim ressalva ;

“(...) Por essa razão, não estou a defender aqui a assunção do papel do legislador positivo pelo Supremo Tribunal Federal. Pelo contrário, enfatizo tão somente que, tendo em vista as imperiosas balizas constitucionais que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, este Tribunal não pode 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.⁴⁹”

Defendendo também que solucionar a falta de norma regulamentadora do direito de greve dos servidores públicos é de caráter obrigatório, uma vez que não é

⁴⁶BARROSO, Luiz Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, p. 164.

⁴⁷Supremo Tribunal Federal. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, p. 53.

⁴⁸Ibidem, p. 57.

⁴⁹Ibidem, p. 31.

dado ao legislador o poder de decidir de concede ou não um direito já previsto constitucionalmente. E por essa razão aqui sim, se estaria diante de uma possível violação ao princípio da separação de poderes, com a omissão legislativa e não em relação ao judiciário buscar uma posição concretista para defender a supremacia da constituição.

Ficando assim a posição não concretista ultrapassada, uma vez que a posição concretista vem para solucionar de maneira bem mais efetiva a questão da inefetividade das normas constitucionais e dar vida ao Mandado de Injunção que passa “a impedir o desprestígio da própria constituição⁵⁰”.

Não afrontando de maneira nenhum princípio constitucional, pois se está a reunir esforços na busca de uma maior efetividade da constituição como um todo⁵¹.

Também acompanhando a posição do Ministro Gilmar Mendes, o Ministro Celso de Mello;

“(...) não mais se pode tolerar, sob pena de fraudar-se a vontade da Constituição, esse estado de continuada, inaceitável, irrazoável e abusiva inércia do Congresso Nacional, cuja omissão, além de lesiva ao direito dos servidores públicos civis – a quem se vem negando, arbitrariamente, o exercício do direito de greve, já assegurado pelo texto constitucional –, traduz um incompreensível sentimento de despreço pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República⁵²(...)”

Desse modo, a greve tipificada no art. 37, VIII da CF, mesmo sendo considerada norma de eficácia limitada, ficou decidido pelo Supremo Tribunal Federal que enquanto não fosse editada a lei regulamentadora do direito de greve dos servidores públicos, estes se utilizariam por analogia no que couber a lei de greve dos empregados de empresa privada, até o momento em que o legislador criasse a lei específica faltante.

Contudo, até agora o legislativo não criou a tal lei regulamentadora, o que torna a posição concretista ainda mais viável, pois do contrário até hoje estaria o servidor público sem seu direito de greve regulamentado.

A despeito da grande evolução do posicionamento do judiciário, como muito recente e tendo ainda muito do que se discutir, a posição concretista ainda não é a

⁵⁰Supremo Tribunal Federal. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, p. 67.

⁵¹Ibidem, p. 38.

⁵²Ibidem, p. 74.

regra, todavia ficando este julgado como um marco histórico e servindo de referência pra os próximos julgados.

Assim, não se está aqui a defender que o Judiciário deveria entrar na esfera do legislativo e assumir a sua função, mas que o mesmo deveria atuar de maneira eficaz uma vez que se depare com a omissão legislativa, mesmo o legislativo se encontrando muitas vezes em dificuldades políticas.

Por fim, mesmo estando em um país onde a descrença em seus governantes do Legislativo é quase unânime, decisões como estas nos trazem a esperança de volta, para que nossos direitos previstos constitucionalmente possam ser exercidos e que a constituição federal deixe de ser nominalista e se torne cada vez mais normativa.

Referências;

BARROSO, Luiz Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6ªEd., São Paulo: Saraiva, 2012.

BAHIA, Flávia Martins. **Direito Constitucional Teoria e Prática**. Salvador – BH, Juspodivm, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Revista Trimestral de Jurisprudência**. Editora Brasília Jurídica v.207, nº1, pag.1-109. Brasília, DF, 2007.

CANI, Livia Salvador. **A memória. A história e o romance em cadeia de Ronald Dworkin**. Disponível em: <http://www.derechocambiosocial.com/revista039/A_MEMORIA_A_HISTORIA_E_O_ROMANCE_EM_CADEIA_DE RONALD_%20DWORKIN.pdf> Acesso em: 19-04-2015.

CLÉVE, Clémerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: RT, 1995.

JUNIOR, André Puccinelli. **Omissão Legislativa Inconstitucional e Responsabilidade do Estado Legislador**. 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15ªEd., São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS, Flávia Bahia. **Direito Constitucional**. 3ªEd.,Niterói RJ: Editora Impetos. 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6ªEd.,São Paulo:Saraiva, 2014.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional; Tomo II Constituição e Inconstitucionalidades**. 3ªEd., Coimbra Editora, 1996.

MORAES, Guilherme Penã de. **Curso de Direito Constitucional**. 2ªEd.,Niterói RJ: Impetus, 2008.

PINTO, Tácito L. Maranhão. **O Mandado de injunção; Trajetória de um Instituto**. São Paulo: LTr, 2002.

QUARESMA, Regina. **O Mandado de Injunção e a Ação de inconstitucionalidade por Omissão**. 3ª Ed., Rio de Janeiro, Forense 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35ªEd., São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Volney Zamenhof de Oliveira. **Lineamentos do Mandado de Injunção**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1993.