

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA  
UNICURITIBA  
CURSO DE DIREITO**

**GUSTAVO FERNANDES SILVEIRA**

**A OMISSÃO LEGISLATIVA COMO IMPEDITIVO À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS**

**CURITIBA  
2010**

**GUSTAVO FERNANDES SILVEIRA**

**A OMISSÃO LEGISLATIVA COMO IMPEDITIVO À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS**

**Monografia apresentada como requisito parcial à  
obtenção do grau de Bacharel em Direito pela  
Faculdade de Direito de Curitiba.**

**Orientadora: Professora Tanya Kristyane Kozicki  
de Mello**

**CURITIBA  
2010**

**GUSTAVO FERNANDES SILVEIRA**

**A OMISSÃO LEGISLATIVA COMO IMPEDITIVO À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito da Faculdade de Direito de Curitiba, pela Banca Examinadora formada pelos professores:

Orientadora:

---

Professora Tanya Kristyane Kozicki de Mello

---

Professor 1º Membro da Banca

Curitiba, de de 2010.

## EPÍGRAFE

*“A Constituição brasileira, infelizmente, ainda é apenas uma miragem: ao se olhar para o papel, tem-se a impressão de estar em um oásis, cheio de beleza e abundância. Porém, quando se voltam os olhos para a realidade, o que se vê é um deserto vazio e sem vida.*

*Esta triste realidade, porém, não deve desanimar os que acreditam nos valores humanistas previstos na Constituição brasileira. Pelo contrário. Deve estimular ainda mais a luta pela concretização das normas constitucionais para provar que o constituinte não estava errado quando positivou os direitos fundamentais. A hora não é de resignação ou de lamentação, mas de luta.” (George Marmelstein)*

## RESUMO

O Brasil pós-ditadura inaugurou uma nova fase em sua história ao promulgar uma Constituição repleta de princípios e valores. O constituinte originário primou pela positivação dos direitos fundamentais, acompanhando a tendência mundial pós-guerra. Nesse processo de redemocratização, reforçou-se a idéia de se fundamentar o ordenamento pátrio pautando-se pelo princípio da dignidade humana, consolidando a cada dia o constitucionalismo no país, com a supremacia plena da Carta Magna. A concretização da vigente Constituição brasileira necessariamente passa pela supressão das lacunas técnicas, ora denominadas omissões legislativas inconstitucionais oriundas, da desarrazoada mora do Poder Legislativo. Para tanto, o próprio poder constituinte originário definiu os mecanismos, vislumbrando a possibilidade de normas constitucionais não surtirem os efeitos desejados pela falta de regulamentação. Nesse tocante, o Poder Judiciário surge como concretizador de direitos fundamentais ao adotar uma posição ativista, atendendo à demanda da população. Com o ativismo judicial da Corte Suprema brasileira, criticado por vezes, a sociedade brasileira paulatinamente vem conseguindo exercer os direitos elencados no corpo da Constituição, transformando a realidade social, apesar das limitações de ordem política e econômica.

**PALAVRAS-CHAVE: OMISSÃO LEGISLATIVA – MECANISMOS DE CONTROLE – DIREITOS FUNDAMENTAIS – ATIVISMO JUDICIAL.**

## SÚMARIO

<b>EPÍGRAFE</b> .....	<b>4</b>
<b>RESUMO</b> .....	<b>5</b>
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>7</b>
<b>1 A CONSTITUIÇÃO COMO LEX SUPREMA</b> .....	<b>9</b>
1.1 CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO .....	9
1.2 SUPREMACIA E RIGIDEZ CONSTITUCIONAL .....	11
1.3 AS NORMAS CONSTITUCIONAIS E SUA APLICABILIDADE .....	12
1.3.1 A doutrina estadunidense e a sua inadequação para o caso brasileiro .....	12
1.3.2 A classificação adotada pelo STF, de José Afonso da Silva .....	14
<b>2 APLICABILIDADE IMEDIATA DAS NORMAS DEFINIDORAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS</b> .....	<b>20</b>
2.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA TEORIA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA .....	20
<b>3 A TEORIA DAS OMISSÕES LEGISLATIVAS INCONSTITUCIONAIS E OS MECANISMOS DE COLMATAÇÃO CONSTANTES NA CRFB/88</b> .....	<b>25</b>
3.1 CONCEITO DE INCONSTITUCIONALIDADE .....	25
3.2 Inconstitucionalidade por ação .....	26
3.3 Inconstitucionalidade por omissão .....	27
3.3.1 Momento de caracterização da inconstitucionalidade por omissão.....	28
3.4 Mandado de Injunção.....	29
3.4.1 Breve histórico.....	29
3.4.2 Objeto do <i>writ</i> .....	31
3.4.2.1 Concessão da injunção – nexos de causalidade .....	32
3.4.3 Legitimidade ativa e passiva .....	33
3.4.4 Competência para o julgamento e efeitos da decisão.....	35
3.5 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) .....	37
3.5.1 Breve histórico.....	37
3.5.2 Objeto e legitimidade para propositura e para figurar como sujeito ativo na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão .....	38
3.5.3 Competência para julgamento e efeitos da decisão .....	40
3.6 Semelhanças e diferenças entre os institutos .....	42
<b>4 ATIVISMO JUDICIAL</b> .....	<b>43</b>
4.1 O papel do STF frente às omissões do Poder Legislativo - jurisdição constitucional.....	43
4.2 As mudanças paradigmáticas nos julgamentos dos Mandados de Injunção .....	46
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>51</b>
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	<b>53</b>

## INTRODUÇÃO

A presente monografia procura trazer em suas linhas um panorama das omissões legislativas inconstitucionais, suas consequências para a efetivação de direitos fundamentais e os mecanismos judiciais de colmatação contidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Para um país que viveu 20 anos de ditadura, a Constituição promulgada é reflexo dos anseios da sociedade, representada por todos os setores na ocasião de sua elaboração. As inovações trazidas em seu bojo constituem enorme desafio a ser cumprido, visto que para concretizá-la plenamente faz-se necessária a eliminação das omissões que ora obstam a eficácia de suas normas. É realmente um texto futurista para a nossa recente democracia e, por assim ser, carece da vontade dos operadores do Direito para que se tenha realmente um Estado Democrático de Direito, onde os direitos fundamentais sejam respeitados e eficientemente protegidos.

A ideia premente do primeiro capítulo é esboçar o conceito de Constituição como Lei Maior do ordenamento jurídico, expondo seus diversos fundamentos propostos por aqueles que se dedicaram a estudá-la. Em decorrência do primado da Constituição volta-se a atenção para a sua supremacia e rigidez de suas normas, bem como sua aplicabilidade e classificação.

No segundo capítulo, a intenção maior é apresentar os direitos fundamentais tais como dispostos na teoria constitucional contemporânea: sua aplicabilidade imediata, sua importância dentro do constitucionalismo moderno que ora se apresenta, assim como os mecanismos de proteção e efetivação.

O terceiro capítulo traz a teoria das omissões legislativas inconstitucionais e os mecanismos de supressão (mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão) inseridos no texto constitucional vigente. O corolário desse estudo será a concretização plena da Constituição, expurgando de vez a síndrome da inefetividade das normas constitucionais, realizando, assim, os direitos fundamentais tal como toda a sociedade brasileira conclama.

E por final, no derradeiro capítulo, tem-se a atuação e a mudança paradigmática do Supremo Tribunal Federal nos julgados de alguns Mandados de Injunção. Com a mudança de postura da Corte Suprema, o instituto pode ser utilizado para corrigir a mora desarrazoada, negligente e indolente do Poder

Legislativo, dando-lhe nova vida e maior efetividade às técnicas de supressão de omissões. Dessa forma, perspectivas de um “ativismo judicial” são apresentadas inaugurando uma nova fase na história da Corte maior brasileira, onde o Poder Judiciário assume o papel de realizador de direitos fundamentais, respeitando a separação de poderes e procurando dar máxima efetividade aos mecanismos inovadores definidos no corpo da Constituição.



## CAPÍTULO I – A Constituição como *Lex Suprema*

### 1.1 Conceito de Constituição

O vocábulo Constituição é utilizado com diversos significados, sendo documento político-jurídico fundamental que organiza todos os elementos essenciais de um Estado, tais como os direitos e garantias fundamentais, a organização estatal e seu limite de atuação, a organização dos poderes, a ordem financeira, econômica, e social. Em resumo, conjugam-se nesse documento todos os elementos que ordenam o Estado.

Segundo a lição de José Joaquim Gomes Canotilho, Constituição:

É uma ordenação sistemática e racional da comunidade política, plasmada num documento escrito, mediante o qual se garantem os direitos fundamentais e se organiza, de acordo com o princípio da divisão de poderes, o poder político.<sup>1</sup>

Do ponto de vista material, Paulo Bonavides assim conceitua a Constituição:

Do ponto de vista material, a Constituição é o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais. Tudo quanto for, enfim, conteúdo básico referente à composição e ao funcionamento da ordem política exprime o aspecto material da Constituição.<sup>2</sup>

Paulo Bonavides utilizando-se da lição de Afonso Arinos Melo Franco, assim discorre acerca do aspecto formal da Constituição:

Com efeito, disposições de teor aparentemente constitucional penetram por sua vez na Constituição, mas apenas de modo impróprio, *formalmente*, e não *materialmente*, visto que não se reportam aos pontos cardeais da existência política, a saber, à forma de Estado, a natureza do regime, à moldura e competência do poder, à defesa, conservação e exercício da liberdade.<sup>3</sup>

Essas normas de caráter formal quando postas na Constituição gozam de um processo diferenciado e mais solene para sua alteração ou supressão. Logo:

---

<sup>1</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p.12.

<sup>2</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 80.

<sup>3</sup> FRANCO, Afonso Arinos Melo apud BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 82.

Essa forma *diffícil* de reformar a Constituição ou de elaborar uma lei constitucional, distinta, pois da *forma fácil* empregada na feitura da legislação ordinária – cuja aprovação se faz em geral por maioria simples, com ausência daqueles requisitos – caracteriza a Constituição pelo seu *aspecto formal*.<sup>4</sup>

Há ainda diversos estudiosos que se propuseram a dar sentido ou fundamento às Constituições. Ferdinand Lassalle, precursor da social-democracia alemã, atribuiu-lhe um sentido sociológico, dizendo:

Em essência, a Constituição de um país é a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação. Juntam-se esses fatores reais do poder, os escrevemos em uma folha de papel e eles adquirem expressão escrita. A partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores reais do poder, mas sim verdadeiro direito – instituições jurídicas. Quem atentar contra eles atenta contra a lei e, por conseguinte, é punido.<sup>5</sup>

Carl Schmitt, jurista e filósofo político alemão, imprimiu um sentido político para a Constituição, considerando-a “a decisão política fundamental sobre a forma de ser de um Estado”.<sup>6</sup> Para ele, o sentido político da Constituição é mais importante que o jurídico.

A essência da Constituição não se acha numa lei, ou norma, mas no fundo ou por detrás de toda normatividade está uma decisão política do titular do poder constituinte, isto é, do povo na democracia, e do monarca na monarquia autêntica.<sup>7</sup>

E, finalmente, há o sentido jurídico atribuído por Hans Kelsen, que prima pelo fundamento puramente jurídico da Constituição. Ao seu ver:

A Constituição é, então, considerada como norma, e norma pura, em coerência com seu normativismo metodológico, que concebe o Direito apenas como direito positivo, como puro dever-ser, sem qualquer pretensão a fundamentação sociológica, política ou filosófica, no que bem claramente se opõe aos conceitos sociológico, político e ideal de Constituição.<sup>8</sup>

A Constituição rígida como lei fundamental do Estado é noção sustentada na ideia de hierarquia das normas jurídicas existentes. O escalonamento do

---

<sup>4</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 82.

<sup>5</sup> LASSALLE, Ferdinand. A essência da Constituição. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 17-18.

<sup>6</sup> SCHMITT, Carl. Teoría de La Constitución. 2 reimpressão. Madrid: Alianza, 1996. p. 45-47.

<sup>7</sup> SCHMITT, Carl. Teoría de La Constitución. 2 reimpressão. Madrid: Alianza, 1996. p. 47.

<sup>8</sup> KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 6 ed., 3 tiragem. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1992. p. 371.

ordenamento jurídico esboçado por Kelsen elevou a Constituição ao ápice do ordenamento, não havendo, portanto, nenhuma espécie normativa acima de sua posição. A Constituição é quem confere validade a todas as outras normas que se colocam abaixo, na linha do ordenamento. Delimita o Direito, sendo o arcabouço que regula e limita o poder estatal em face dos indivíduos.

Dessa forma, tem-se demarcado o conceito de Constituição e os diversos sentidos empreendidos por aqueles que se dedicaram a fundamentá-lo.

## 1.2 Supremacia e rigidez constitucional

O fato de a Constituição ter garantida sua posição no lugar mais alto do escalonamento de Kelsen evidencia o princípio da supremacia da Constituição. Por esse princípio lhe é garantida a superioridade dentro do ordenamento jurídico e essa distinção é fundamental levando em consideração que o ordenamento possui diversas espécies legislativas. Não se trata de um amontoado de normas. Necessariamente, precisa ser hierarquizado e as normas infraconstitucionais precisam de uma referência para que convivam de forma harmônica.

A supremacia da Constituição consiste, na lição de Agustin Gordillo, citada na obra de Flávia Piovesan:

Em que as leis comuns não podem derogá-la, o que compreende, assim mesmo, a natural consequência de que não podem violar nem alterar suas disposições, pois isto importaria precisamente naquilo.(...)Se a Constituição tem a particularidade de transformar em antijurídico tudo o que a viole, e se o que a viole é por isso mesmo insuscetível de aplicação – pela interpretação de reclamação jurisdicional – é evidente que isso se deve porque a Constituição ainda com referência às leis parlamentares, é suprema.<sup>9</sup>

A legislação ordinária deve obedecer aos ditames de uma Lei Maior e, em sendo incompatível, deve ser expurgada a partir de um controle de constitucionalidade que traduz a rigidez constitucional, instrumentalizando e garantindo a sua supremacia. Logo:

---

<sup>9</sup> Agustin Gordillo *apud* PIOVESAN, Flávia C. *Proteção judicial contra omissões legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e Mandado de Injunção*. 1. ed. São Paulo: RT, 1995. p. 74.

As noções de controle de constitucionalidade e da sua necessidade estão interligadas com o conceito de princípio da supremacia da Constituição, assim como também são indissociáveis as ideias de controle de constitucionalidade e de rigidez constitucional, o que por sua vez põe relevo a distinção entre poder constituinte originário e poder constituído de reforma.<sup>10</sup>

Acerca da ideia de rigidez, José Afonso da Silva preleciona:

O conceito de rigidez, consubstanciado na imutabilidade relativa da Constituição, é de fundamental importância na teoria do direito constitucional contemporâneo. Funciona como pressuposto: a) do próprio conceito de Constituição em sentido formal; b) da distinção entre normas constitucionais e normas complementares e ordinárias; c) da supremacia formal das normas constitucionais. Constitui, também, suporte da própria *eficácia jurídica* das normas constitucionais. Se estas pudessem ser modificadas pela legislação ordinária, sua eficácia ficaria irremediavelmente comprometida.<sup>11</sup>

Tem-se, então, que a supremacia e a rigidez da Constituição são características que evidenciam uma Lei como sendo a principal baliza de um ordenamento jurídico, diferenciando-a de todas as outras pelo seu processo legislativo e que encontra no controle de constitucionalidade a sua garantia para que, uma vez protegida, possa efetivamente assegurar direitos à sociedade.

### **1.3 As normas constitucionais e sua aplicabilidade**

#### **1.3.1 A doutrina estadunidense e a sua inadequação para o caso brasileiro**

Os autores estadunidenses foram os primeiros a se debruçarem nos estudos para classificar as normas constitucionais quanto à aplicabilidade. A doutrina encabeçada por Thomas A. Cooley (*Treatise on the constitutional limitations*) e acolhida no Brasil por Rui Barbosa dividia as normas constitucionais em normas constitucionais auto-executáveis (*self executing provisions*) e normas não auto-executáveis (*not self executing provisions*).

As normas auto-executáveis são aquelas que desde a entrada em vigor da Constituição geram ou estão aptas a gerar todos os seus efeitos essenciais. Dotam-se, portanto, de preceitos de aplicabilidade imediata. Já as normas não auto-

---

<sup>10</sup> BESTER, Gisela Maria. *Direito Constitucional. Volume I. Fundamentos teóricos*. São Paulo: Manole, 2005. p. 324.

<sup>11</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 40.

executáveis são normas dotadas de princípios e por isso carecem de legislação posterior para que produzam todos os seus efeitos essenciais. Rui Barbosa assim explicou:

Não há, numa Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular de seus órgãos. Muitas, porém, não revestem dos meios de ação essenciais ao seu exercício, os direitos, que outorgam, ou os encargos, que impõem: estabelecem competências, atribuições, poderes, cujo uso tem de aguardar que a Legislatura, segundo seu critério, os habilite a exercerem. A Constituição não se executa a si mesma: antes requer a ação legislativa, para lhe tornar efetivos os preceitos.<sup>12</sup>

Os estudos que originaram essa distinção partiram da Constituição dos EUA, considerada uma Constituição sintética, com poucos artigos. No entanto, para o caso brasileiro essa classificação não foi suficiente, posto se tratar a Constituição brasileira de um documento analítico, diferente daquela Constituição.

Em regra, as constituições contemporâneas tratam somente de matéria constitucional<sup>13</sup>. São matérias sobre as quais os Estados devem decidir para identificá-los, tais como as que o estruturam, as que organizam os poderes, as que preveem direitos e as que definem as garantias individuais e sociais. Já o texto constitucional brasileiro, além das matérias constitucionais, possui em seu corpo questões pormenorizadas. Essas questões são ditas matérias formalmente constitucionais. São constitucionais por estarem presentes em uma Constituição escrita e por isso gozam de estabilidade e rigidez, merecendo o dispositivo em apreço, a proteção que a Constituição confere a todas as normas que a compõe. Em outros ordenamentos, talvez fossem delegadas ao legislador ordinário.

---

<sup>12</sup> BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira, II*. São Paulo: 1933. p. 488-489.

<sup>13</sup> Há dois tipos diferentes de normas constitucionais: as materialmente constitucionais e as formalmente constitucionais. A primeira é uma norma que tem conteúdo constitucional, ou seja, refere-se à organização do Estado, definição de direitos individuais e estabelece fins sociais e econômicos. Já o segundo tipo de norma, apesar de estar na Constituição não possui o conteúdo necessário para estar. Essas normas somente apresentam o formato estrutural constitucional. Nem todas as normas materialmente constitucionais são formalmente constitucionais, ou seja, estão presentes na constituição. a Constituição é composta por várias normas jurídicas que são consideradas superiores às outras normas, assim uma alteração da Constituição é uma tarefa muito mais difícil. Porém, nem todas as normas formalmente constitucionais são materialmente constitucionais, isto é, tem conteúdo para realmente estarem na Constituição. Essas outras normas que não possuem assuntos de importância constitucional poderiam ser tratadas como leis ordinárias. ([http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/index.php?title=Normas\\_constitucionais\\_em\\_sentido\\_formal\\_e\\_normas\\_constitucionais\\_em\\_sentido\\_material&redirect=no](http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/index.php?title=Normas_constitucionais_em_sentido_formal_e_normas_constitucionais_em_sentido_material&redirect=no) ) Acesso em: 07/04/2010

### 1.3.2 A classificação adotada pelo STF, de José Afonso da Silva

Diante da impossibilidade de se adotar a classificação estadunidense quanto à aplicabilidade das normas constitucionais por conta da diferença na extensão das Constituições, a doutrina brasileira precisou enfrentar o texto constitucional pátrio e criar uma que atendesse suas particularidades. Dessa forma, diversas classificações surgiram, como a proposta por Luís Roberto Barroso em “O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira”, que apresenta uma proposta tripartite conforme a possibilidade de fruição, qual seja: normas constitucionais de organização (organizam o poder político); normas constitucionais definidoras de direitos (fixam direitos fundamentais dos indivíduos); normas constitucionais programáticas (as que traçam os fins públicos a serem alcançados pelo Estado).

Celso Antônio Bandeira de Mello em sua obra “Eficácia das normas constitucionais sobre a justiça social” dividiu as normas constitucionais quanto aos direitos fruíveis individual e coletivamente em: concessivas de poderes jurídicos, concessivas de direito e meramente indicadoras de uma finalidade a ser atingida.

E ainda, Celso Ribeiro Bastos juntamente com Carlos Ayres de Brito na obra “Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais” apresentou a topologia das normas constitucionais da seguinte maneira: quanto ao modo de sua incidência – normas de aplicação e normas de integração e quanto à produção de seus efeitos como normas de eficácia parcial e normas de eficácia plena.

Entretanto, foi a classificação de José Afonso da Silva que se firmou como a principal, sendo adotada pelo Supremo Tribunal Federal. Este autor apresentou uma classificação mais aproximada da realidade constitucional atual, a teoria tricotômica da eficácia, conforme abaixo exposto.

#### Normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral

Essas normas produzem por si só seus efeitos essenciais; são dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua executoriedade. Na definição de José Horácio Meirelles Teixeira citada por José Afonso da Silva:

São aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos

interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular.<sup>14</sup>

O mesmo autor ainda acrescenta:

Normas constitucionais de eficácia plena são as que receberam do constituinte normatividade suficiente à sua incidência imediata. Situam-se predominantemente entre os elementos orgânicos da Constituição. Não necessitam de providência normativa ulterior para a sua aplicação. Criam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, desde logo exigíveis.<sup>15</sup>

O art. 5º, II da CR/88: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei” e o inciso IV do mesmo artigo: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” são exemplos de normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral.

Normas de eficácia contida e aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral

As normas de eficácia contida e aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral, são aquelas aptas a produzir seus efeitos essenciais desde a promulgação da Constituição. No entanto, o legislador originário ao prevê-las permitiu que o legislador derivado editasse leis para regulamentá-las.

Têm natureza de normas imperativas, positivas ou negativas, limitadoras do poder público, valendo dizer: consagradoras, em regra, de direitos subjetivos dos indivíduos ou de entidades públicas ou privadas. E as regras de contenção de sua eficácia constituem limitações a esses direitos e autonomias; ou, segundo uma teoria moderna, de que ainda trataremos, são regras e conceitos limitativos das situações subjetivas de vantagens.<sup>16</sup>

José Afonso da Silva assim definiu essas normas:

São aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados.<sup>17</sup>

---

<sup>14</sup> TEIXEIRA, J.H.M. *apud* SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 262.

<sup>15</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p.262.

<sup>16</sup> SILVA, José Afonso da. *ob. cit.* p.116.

<sup>17</sup> SILVA, José Afonso da. *ob. cit.* p.116.

E ainda acrescentou:

As normas constitucionais de eficácia contida também receberam do constituinte normatividade suficiente para reger os interesses de que cogitam. Mas preveem meios normativos (leis, conceitos genéricos etc) não destinados a desenvolver sua aplicabilidade, mas, ao contrário, permitindo limitações à sua eficácia e aplicabilidade. Situam-se especialmente entre os elementos limitativos da Constituição. Criam situações subjetivas de vantagem, caracterizadas como direitos subjetivos positivos.<sup>18</sup>

Conforme referência anterior, essas normas geram ou estão aptas a gerar efeitos desde a promulgação da Constituição. Logo, não dependem de regulamentação. Existe uma faculdade legislativa, não sendo assim obrigatória produção legiferante posterior.

José Afonso da Silva assim aduz:

Essas normas, em regra, solicitam a intervenção do legislador ordinário, fazendo expressa remissão a uma legislação futura; mas o apelo ao legislador ordinário visa a restringir-lhes a plenitude da eficácia, regulamentando os direitos subjetivos que delas decorrem para os cidadãos, indivíduos ou grupos.<sup>19</sup>

Para ilustrar, tem-se o art. 5º, LVIII da CR/88: “o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”, a exemplo das mencionadas abaixo:

- a) Art. 109 do Estatuto da Criança e do Adolescente: o adolescente civilmente identificado não será submetido à identificação compulsória pelos órgãos policiais, de proteção e judiciais, salvo para efeito de confrontação, havendo dúvida fundada;
- b) Art. 5º da Lei 9.034/95: a identificação criminal de pessoas envolvidas com a ação praticada por organizações criminosas será realizada independentemente da identificação civil;
- c) Lei 10.054/00 que dispõe sobre a identificação criminal e dá outras providências.

---

<sup>18</sup> SILVA, José Afonso da. ob. cit. p.262.

<sup>19</sup> SILVA, José Afonso da. ob. cit. p.104.



### Normas de eficácia limitada

As normas de eficácia limitada (não auto-aplicáveis) são as que, sozinhas, não são capazes de produzir todos seus efeitos essenciais e, pois, dependem de edição de leis posteriores. Nesse caso, o poder originário e o poder derivado não se manifestaram de modo suficiente para que essas normas pudessem produzir seus efeitos. No entanto, vale ressaltar que mesmo na inércia do poder legislativo, essas normas produzem efeitos – eficácia reduzida é bem verdade, mas são normas constitucionais e, assim sendo, servem de parâmetro para o controle de constitucionalidade. Mesmo que não regulamentadas, possuem aplicabilidade e eficácia ocupando a mais alta posição que uma norma jurídica pode ter.

José Afonso da Silva preleciona o seguinte a respeito desse tipo de norma:

As normas de eficácia limitada, em geral, não receberam do constituinte normatividade suficiente para a sua aplicação, o qual deixou ao legislador ordinário a tarefa de completar a regulamentação da matéria nelas traçada em princípio ou esquema. As de princípio institutivo encontram-se principalmente na parte orgânica da Constituição, enquanto as de princípio programático compõem os elementos sócio-ideológicos que caracterizam as cartas magnas contemporâneas. Todas elas possuem eficácia ab-rogativa de legislação precedente incompatível e criam situações subjetivas simples e de interesse legítimo, bem como direito subjetivo negativo. Todas, enfim, geram situações subjetivas de vínculo.<sup>20</sup>

Deduz-se da lição anterior que essas normas são subdivididas em: normas constitucionais de princípio institutivo e normas constitucionais de princípio programático.

Normas constitucionais de princípios programáticos são as que “o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado”.<sup>21</sup> Diz-se que são normas que estabelecem diretrizes para as políticas de atividade estatal. Já as normas constitucionais de princípio institutivo “são normas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de

---

<sup>20</sup> SILVA. José Afonso da. ob. cit. p.262-263.

<sup>21</sup> SILVA. José Afonso da. ob. cit. p.138.

órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei”.<sup>22</sup>

Dentre as normas constitucionais de princípio institutivo, há normas impositivas e normas facultativas, conforme distingue José Afonso da Silva: “As normas impositivas determinam, ao legislador, em termos peremptórios, a emissão de uma legislação integrativa, como estas: art. 20, §2º, art. 32, §4º, art. 33, art. 88, art. 90, §2º, art. 91, §2º, art. 107, §1º, art. 109, VI, art. 111, §3º, art. 113, art. 128, §5º, art. 121, art. 146, art. 165, §9º, art. 163 todos da CRFB/88”. Já as normas facultativas não impõem uma obrigação; limitam-se a dar ao legislador ordinário a possibilidade de instituir e regular a situação nelas delineada, como são exemplos as seguintes: art. 22, par. único, art. 125, § 3º, art. 154, I, art. 195, §4º, art. 25, §3º, art. 154, I todos da CRFB/88.

Como se percebe desses exemplos, as normas impositivas estatuem a obrigatoriedade de o legislador emitir uma lei, complementar ou ordinária, na forma, condições e para os fins previstos; as normas facultativas apenas lhe atribuem poderes para disciplinar o assunto, se achar conveniente – isto é, dão-lhe mera faculdade, indicando ser possível regular a matéria -, do que deflui, para ele, discricionariedade completa quanto à iniciativa dessa regulamentação; mas, uma vez tomada a iniciativa, a regra constitucional é vinculante quanto aos limites, forma e condições nela consignados.<sup>23</sup>

As normas programáticas, no dizer de Flávia Piovesan:

Compõem os elementos socioideológicos que caracterizam as Constituições contemporâneas, apresentando matéria eminentemente ético-social. Condicionam a atividade dos órgãos do poder público, estabelecendo verdadeiros programas constitucionais de ação social, a serem desenvolvidos mediante atuação integrativa da vontade constituinte. Apontando aos valores sociais e especialmente ao da justiça social, as normas programáticas indicam o sentido dos fins sociais e do bem-comum que devem guiar o intérprete e o aplicador do direito, ou seja, traduzem sentido teleológico para a interpretação.<sup>24</sup>

A Constituição brasileira classifica-se como uma Constituição dirigente:

Buscando desvelar o perfil da Carta de 1988, percebe-se que este texto caracteriza-se como uma Constituição Constitutiva e Dirigente, como uma carta aberta, na concepção de Hesse, direcionada ao futuro e não

---

<sup>22</sup> SILVA, José Afonso da. ob. cit. p.126.

<sup>23</sup> SILVA, José Afonso da. ob. cit. p. 128.

<sup>24</sup> PIOVESAN, Flávia C. ob. cit. p. 59.

conformadora do *status quo* do presente, que busca a transformação social, em consonância com a função promocional do direito.<sup>25</sup>

Em assim sendo, seu corpo constitucional é formado por numerosas normas programáticas e na sua aplicabilidade reside uma problemática quando o legislador não cumpre sua função de produzir normas integrativas.

O problema que se coloca agudamente na doutrina recente consiste em buscar mecanismos constitucionais e fundamentos teóricos para superar o caráter abstrato e incompleto das normas definidoras de direitos sociais, ainda concebidas como programáticas, a fim de possibilitar sua concretização prática. Cogita-se de responder à seguinte questão, posta por Canotilho: “em que medida pode uma lei fundamental transformar-se em programa normativo do Estado e a sociedade. Mais concretamente: como pode (se é que pode) uma Constituição servir de fundamento normativo para o alargamento das tarefas estaduais e para a incorporação de fins econômicos-sociais, positivamente vinculantes das instâncias de regulação jurídica?”<sup>26</sup>

Canotilho afirma que “o desafio de uma Constituição dirigente é, em grande medida, o desafio de concretização constitucional, que envolve a tarefa de normação ou regulação e aplicação-interpretação”.

Logo, conclui-se que a produção legiferante ordinária deve ser profícua, posto que a aplicabilidade plena das normas programáticas exige tal trabalho para a concretização da própria Constituição.

---

<sup>25</sup> PIOVESAN, Flávia C. ob. cit. p. 43

<sup>26</sup> SILVA, José Afonso da. ob. cit. p.140-141

## **CAPÍTULO II – Aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais**

### **2.1 Os direitos fundamentais na teoria constitucional contemporânea**

As constituições contemporâneas têm buscado se nortear no primado dos direitos fundamentais, tais como normatizados na Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949 (art. 1º, alínea 3: “os direitos fundamentais a seguir discriminados constituem direito diretamente aplicável para os poderes legislativos, executivo e judiciário”) e na Constituição Portuguesa de 1976 (art. 18, item 1: “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”). Em um ineditismo constitucional brasileiro, o constituinte originário consagrou o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, prevendo-o no art. 5º, §1º da CRFB/88:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Flávia Piovesan invoca o constitucionalista português Jorge Miranda que assim leciona acerca do princípio:

A ação imediata dos princípios consiste, em primeiro lugar, em funcionarem como critérios de interpretação e de integração, pois conferem coerência geral ao sistema. Os princípios exercem ainda, como realça o constitucionalista português, uma função prospectiva, dinamizadora e transformadora, em virtude da força expansiva que possuem.<sup>27</sup>

Após o término da 2ª Guerra Mundial, com as atrocidades produzidas e inconcebíveis, a teoria dos direitos fundamentais consolidou-se como referência perante a comunidade jurídica internacional. As Constituições contemporâneas pautaram-se no princípio da dignidade da pessoa humana, dando-lhe o valor merecido e que legitimou e orienta todo e qualquer exercício de Poder.

---

<sup>27</sup> MIRANDA, Jorge *apud* PIOVESAN, Flávia C. *Proteção judicial contra omissões legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e Mandado de Injunção*. 1. ed. São Paulo: RT, 1995. p. 89.

Acerca do papel desempenhado pelos direitos fundamentais no âmbito do Estado Constitucional, assim leciona Ingo Wolfgang Sarlet:

Para tanto, afigura-se oportuna a transcrição da seguinte lição de Klaus Stern, para quem “as ideias de Constituição e direitos fundamentais são, no âmbito do pensamento da segunda metade do século XVIII, manifestações paralelas e unidirecionadas da mesma atmosfera espiritual. Ambas se compreendem como limites normativos ao poder estatal. Somente a síntese de ambas outorgou à Constituição a sua definitiva e autêntica dignidade fundamental. Na verdade, o pensamento reproduzido encontra-se em sintonia com o que dispunha o multicitado artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, segundo o qual “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não possui Constituição”. A partir desta formulação paradigmática, estavam lançadas as bases do que passou a ser o núcleo material das primeiras Constituições escritas, de matriz liberal-burguesa: a noção da limitação jurídica do poder estatal, mediante a garantia de alguns direitos fundamentais e do princípio da separação dos poderes. Os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material. Para além disso, estava definitivamente consagrada a íntima vinculação entre as ideias de Constituição, Estado de Direito e direitos fundamentais. Assim, acompanhando as palavras de K. Stern, podemos afirmar que o Estado constitucional determinado pelos direitos fundamentais assumiu feições de Estado ideal, cuja concretização passou a ser tarefa permanente.<sup>28</sup>

O Poder Constituinte brasileiro ao elaborar o texto constitucional vigente acompanhou essa tendência, importando-se com a valorização dos direitos fundamentais. Rompeu-se com o passado inaugurando uma nova fase no constitucionalismo brasileiro.

Ulisses Guimarães, Presidente da Assembleia Constituinte, ao enaltecer a nova Constituição brasileira, proferiu as seguintes palavras:

O homem é o problema da sociedade brasileira: sem salário, analfabeto, sem saúde, sem casa, portanto sem cidadania. A Constituição luta contra os bolsões de miséria que envergonham o país. Diferentemente das sete constituições anteriores, começa com o homem. Graficamente testemunha a primazia do homem, que foi escrita para o homem, que o homem é seu fim e sua esperança. É a Constituição cidadã.<sup>29</sup>

As palavras denotam que ao se preocupar com o homem, a atual Carta Magna procurou valorizar os direitos fundamentais conferindo-lhes uma posição

<sup>28</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 69-70.

<sup>29</sup> Discurso proferido pelo Presidente da Assembleia Constituinte na ocasião da promulgação da CR/88, no dia 05 de outubro de 1988.

relevante, logo no início, o que não se encontrava nas constituições anteriores. O sistema de direitos fundamentais converteu-se no núcleo básico do ordenamento constitucional pátrio. Dessa forma, o constituinte originário além de posicionar de maneira privilegiada os artigos definidores das normas de direitos fundamentais ainda os considerou como cláusulas pétreas, vedando qualquer iniciativa de emenda que deliberasse sua abolição, conforme constante no art. 60, § 4º, inc. IV. Além disso, a entronização dos direitos fundamentais na Constituição vigente verifica-se na localização privilegiada recebida, conforme dito anteriormente, no rol extenso desses direitos (mais de 100 incisos) no Título II (Dos direitos e garantias fundamentais) tendo como cláusula de abertura o artigo 5º, § 2º e nos instrumentos processuais para a sua proteção. Dessa forma, essa categoria de direitos alcançou o *status* de norma constitucional, merecendo proteção conforme é a lição de George Marmelstein:

Dentro desse sistema escalonado em forma de pirâmide, a Constituição ocupa o patamar mais alto, Ela está no topo do ordenamento jurídico, de modo que qualquer norma para ser válida deve ser compatível com a Constituição. O mesmo se pode dizer dos direitos fundamentais, já que também possuem a natureza de norma constitucional. Eles correspondem aos valores mais básicos e mais importantes, escolhidos pelo povo (poder constituinte), que seriam dignos de uma proteção normativa privilegiada. Eles são (perdoem a tautologia) fundamentais porque são tão necessários para a garantia da dignidade dos seres humanos que são inegociáveis no jogo político. Daí por que essa concepção pressupõe um constitucionalismo rígido, no qual a Constituição goza de uma supremacia formal sobre as demais normas jurídicas e, por isso, os mecanismos de mudança do texto constitucional impõem um processo legislativo mais complicado em relação às demais leis. A rigidez constitucional funciona, nesse sentido, como uma técnica capaz de impedir ou pelo menos dificultar a adoção de medidas legislativas que possam aniquilar a dignidade de grupos sociais que não possuam força política suficiente para vencer no jogo democrático. Assim, pode-se dizer que os direitos fundamentais, em razão da rigidez constitucional, estão protegidos do legislador ordinário. Se não fosse assim, então não seriam direitos diferentes dos outros. O que destaca esses direitos dos demais é justamente a sua supremacia formal e material. Eles estão acima das leis, constituindo o fundamento ético de todo ordenamento jurídico.<sup>30</sup>

Ainda no cerne da tutela desses direitos, foi criado um instrumental jurídico-processual de proteção contra abusos, tais como o *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança, mandado de injunção, ação popular, ação civil pública, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade,

---

<sup>30</sup> MARMELESTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 1. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008. p. 237.

arguição de descumprimento a preceito fundamental, além das tradicionais vias ordinárias abertas à proteção desses direitos pelo acesso à Justiça que a todos é garantido. Além disso, o controle de constitucionalidade das leis que fiscaliza a validade constitucional de atos estatais por órgão imparcial e independente é pressuposto para que se tenha uma eficiente proteção, pois sem esse controle os direitos fundamentais ficariam à mercê da vontade estatal, desvirtuando a ideia de limitação de poder.

No entanto, a vontade do constituinte é ver todas essas normas concretizadas e não apenas proclamá-las. George Marmelstein explica o que vem a ser essa concretização:

Concretizar a norma constitucional nada mais é do que retirá-la do papel e trazê-la para o mundo real. É dar-lhe vida. Fazê-la gerar os efeitos nela previstos. Efetivá-la. Enfim, é conseguir que ela deixe de ser mero blá-blá-blá constitucional para se transformar em um elemento concreto na sociedade.<sup>31</sup>

Diante dessa primazia dada aos direitos fundamentais no texto constitucional vigente, o que se observa é uma mudança no direito brasileiro como um todo. O mesmo autor complementa:

Desde a promulgação da Constituição de 88, está havendo uma profunda mudança de paradigma na forma de encarar o direito. O direito brasileiro, tradicionalmente, sempre foi conservador e formalista, prevalecendo o legalismo dos códigos em detrimento dos valores de justiça e da vontade de realizar os princípios constitucionais. Contudo, sob a égide da Constituição cidadã, o ordenamento jurídico brasileiro tornou-se nitidamente comprometido com os direitos fundamentais e com a mudança social, conforme se observa na simples leitura do art. 3º, que traça os objetivos da República Federativa do Brasil. Lá está escrito claramente que o papel do Estado brasileiro é acabar com a miséria e reduzir as desigualdades sociais, demonstrando um inegável compromisso com a transformação da sociedade. É a própria Constituição, como norma suprema do ordenamento jurídico, que está dizendo isso.<sup>32</sup>

Essa mudança paradigmática que procura atender à vontade do constituinte originário na concretização dos direitos fundamentais é que enseja a teorização e prática de mecanismos que visem justamente a combater omissões legislativas que

---

<sup>31</sup> MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 1. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008. p. 68.

<sup>32</sup> MARMELSTEIN, George. ob. cit. p. 69.

obstam a necessária efetivação desses direitos, uma vez que já estão fundamentados.



## **CAPÍTULO III – A teoria das omissões legislativas inconstitucionais e os mecanismos de colmatação constantes na CRFB/88.**

### **3.1 Conceito de inconstitucionalidade**

Antes de se iniciar o estudo das omissões legislativas faz-se mister a conceituação de inconstitucionalidade para que se enquadrem as omissões praticadas pelo legislador ordinário.

Inconstitucionalidade é uma relação de contrariedade daquilo que é constitucional. Segundo Luís Roberto Barroso:

A Constituição, como norma fundamental do sistema jurídico, regula o modo de produção das leis e demais atos normativos e impõe balizamentos a seu conteúdo. A contrariedade a esses mandamentos deflagra os mecanismos de controle de constitucionalidade.<sup>33</sup>

Realçando o conceito, Flávia Piovesan assim preleciona:

Não obstante o conceito de inconstitucionalidade esteja sempre a se formar, acompanhando a dinâmica própria das mudanças constitucionais, detecta-se um núcleo mínimo, essencial e permanente neste conceito. A inconstitucionalidade advém sempre uma relação de contrariedade com a Constituição: de um lado a Constituição e de outro um comportamento ameaçador e violador à ordem constitucional.<sup>34</sup>

E prossegue:

Nesta perspectiva, o cumprimento da Constituição é erigido à questão central. Uma Constituição a que falte a garantia de eliminação das inconstitucionalidades, por ausência do mecanismo de controle de constitucionalidade, não possui completa obrigatoriedade jurídica e surge destituída de força jurídica vinculante.<sup>35</sup>

Uma vez delimitado o conceito de inconstitucionalidade, tem-se que esse fenômeno ocorre tanto por ação quanto por omissão do poder político. Por ação entende-se a inconstitucionalidade positiva, isto é, aquele ato violador à Constituição. Já a inconstitucionalidade por omissão é fruto de uma abstenção do

---

<sup>33</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. revista e atualizada. 4ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 11.

<sup>34</sup> PIOVESAN, Flávia C. *Proteção judicial contra omissões legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e Mandado de Injunção*. 1. ed. São Paulo: RT, 1995. p. 75.

<sup>35</sup> PIOVESAN, Flávia C. *Proteção judicial contra omissões legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e Mandado de Injunção*. 1. ed. São Paulo: RT, 1995. p. 76.

poder político; é a inconstitucionalidade negativa. Desta forma, a Constituição pode ser violada praticando-se um ato que ela proíbe ou deixando de agir conforme ela comanda.

### 3.2 Inconstitucionalidade por ação

A inconstitucionalidade por ação pode advir de atos comissivos provenientes dos três poderes do Estado. No entanto, os atos de maior relevância para o controle de constitucionalidade são os emanados pelo Poder Legislativo, tendo em vista sua função típica de produzir leis.

A fundamentação dessa inconstitucionalidade, conforme ensina José Afonso da Silva:

Está no fato de que do princípio da supremacia da Constituição resulta o da compatibilidade vertical das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a Constituição. As que não forem compatíveis com ela são inválidas, pois a incompatibilidade vertical resolve-se em favor das normas de grau mais elevado, que funcionam como fundamento de validade das inferiores.<sup>36</sup>

A partir dessa fundamentação pode-se deduzir que inconstitucionalidade por ação é toda aquela produzida pelo Poder Legislativo, onde os resultados de suas produções legiferantes redundam em atos que nascem incompatíveis com a Constituição e, assim sendo, não perduram no ordenamento, devendo ser retirados em respeito ao princípio da coerência e harmonia das normas do ordenamento jurídico, assim anunciado por José Afonso da Silva: “reunião de normas vinculadas entre si por uma fundamentação unitária”.<sup>37</sup>

É a atuação do Poder Judiciário que no exercício do controle de constitucionalidade elimina as normas jurídicas consideradas inconstitucionais por ação do Poder Legislativo.

---

<sup>36</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 47.

<sup>37</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 196 e ss.

A identificação da inconstitucionalidade por ação na Constituição brasileira é verificada nos artigos 102, I, a; 103, §3º e 125, §2º que indica a Ação Direta de Inconstitucionalidade por ação como meio para combatê-la.

### 3.3 Inconstitucionalidade por omissão

A inconstitucionalidade por omissão refere-se “à inércia na elaboração de atos normativos necessários à realização dos comandos constitucionais”<sup>38</sup>, conforme explica Luís Roberto Barroso e ainda acrescenta:

“Como regra, legislar é uma faculdade do legislador. Insere-se no âmbito de sua discricionariedade ou, mais propriamente, de sua liberdade de conformação a decisão de criar ou não lei acerca de determinada matéria. De ordinário, sua inércia ou sua decisão política de não agir não caracterizarão comportamento inconstitucional. Todavia, nos casos em que a Constituição impõe ao órgão legislativo o dever de editar norma reguladora da atuação de determinado preceito constitucional, sua abstenção será ilegítima e configurará caso de inconstitucionalidade por omissão.”<sup>39</sup>

Desse modo, a omissão legislativa resulta do silêncio ou da abstenção do legislador somente quando a tarefa de editar normas é imposta pela Constituição para a sua efetividade. Existe, portanto, uma ordem concreta para legislar.

A Constituição brasileira traz em seu corpo diversas normas que exigem essa produção legislativa integradora ordinária para possibilitar eficácia plena a seus comandos, tais como as normas de eficácia limitada.

Ainda em se tratando de inconstitucionalidade por omissão, é necessário destacar que a omissão ilegítima do legislador poderá ser total ou parcial.

A omissão total ou absoluta é identificada pela falta de ação, onde o legislador deixa vago o comando normativo. É a postura passiva e nesta situação abrem-se, em tese, três possibilidades de atuação no âmbito da jurisdição constitucional:

- a) Reconhecer auto-aplicabilidade à norma constitucional e fazê-la incidir diretamente – nesse caso, possuindo a norma constitucional densidade jurídica para sua aplicação direta, o tribunal estará em condições de resolver a demanda;
- b) Apenas declarar a existência da omissão, constituindo em mora o órgão competente para saná-la – essa atuação é normalmente adotada nas

<sup>38</sup> BARROSO. Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. revista e atualizada. 4ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 32.

<sup>39</sup> BARROSO. Luís Roberto. ob. cit. p. 34.

- hipóteses em que a norma constitucional não seja auto-aplicável, inexistindo meio de concretizá-la sem a edição de um comando integrador. É o objeto da Ação de Inconstitucionalidade por Omissão;
- c) Não sendo a norma auto-aplicável, criar para o caso concreto a regra faltante – atuação menos comum, embora a mais eficiente para a tutela dos direitos subjetivos envolvidos. Reconhecida a omissão e a mora em saná-la, o tribunal formula, no âmbito do caso concreto que lhe é dado conhecer, a norma faltante e necessária para a resolução da controvérsia.<sup>40</sup>

Já a omissão parcial pode ser relativa ou parcial propriamente dita. A omissão relativa ocorre quando a lei exclui de seu âmbito de incidência determinada categoria que nele deveria estar abrigada, privando-a de um benefício, em violação ao princípio da isonomia, conforme descrição de Luís Roberto Barroso. Na omissão propriamente dita, o legislador atua sem afetar o princípio da isonomia, mas de modo insuficiente ou deficiente relativamente à obrigação que lhe era imposta.

De modo resumido, assim podemos entender a inconstitucionalidade por omissão, nas palavras de Flávia Piovesan:

Se todas as normas constitucionais apresentassem eficácia plena e aplicabilidade imediata e integral, faltaria cabimento à inconstitucionalidade por omissão. Isto significa que a inconstitucionalidade por omissão tem como campo central de incidência as normas constitucionais dependentes de providências normativas ulteriores, ou seja, as normas sem suficiente densidade para se tornarem exequíveis por si mesmas, que atribuem ao legislador a tarefa de lhes dar exequibilidade prática.”<sup>41</sup>

### 3.3.1 Momento de caracterização da inconstitucionalidade por omissão

Conforme visto anteriormente, nem sempre a inércia do legislador configura a inconstitucionalidade por omissão. Necessariamente o texto constitucional deve exigir a edição de normas regulamentadoras. Sendo assim, é imprescindível marcar o momento em que se caracteriza a inconstitucionalidade por omissão.

De acordo com as palavras de Flávia Piovesan, a caracterização da inconstitucionalidade por omissão depende do não fazer em “tempo útil” por parte do legislador. “A não adoção de certo ato em tempo útil, remete a duas situações

---

<sup>40</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. revista e atualizada. 4ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 35-36.

<sup>41</sup> PIOVESAN, Flávia C. *Proteção judicial contra omissões legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e Mandado de Injunção*. 1. ed. São Paulo: RT, 1995. p. 85.

diversas, que se verificam quando: a) há a fixação de prazo pela própria Constituição e b) não há fixação de prazo pela Constituição.”<sup>42</sup>

Na primeira situação a omissão se constata no término do prazo fixado, sem a edição legislativa pertinente. A inércia do legislador deve ser rompida até o término do prazo, não podendo considerá-la inconstitucional se não ainda não houver ocorrido o decurso do tempo. Em relação à segunda situação, mesmo o texto constitucional não delimitando o prazo, deve-se valer da razoabilidade. A inconstitucionalidade é observada quando o ato deveria ser editado e não foi, respeitando todos os elementos que compõem a realidade social, cultural e histórica para a qual as normas devem ser produzidas.

### 3.4 O Mandado de Injunção

#### 3.4.1 Breve histórico

A primeira notícia histórica acerca desse instituto remonta ao direito anglo-saxão e alemão, tendo a doutrina majoritária apontado algumas similitudes com instituto norte-americano (*writ of injunction*) e no direito alemão com a ação constitucional alemã (*Verfassungsbeschwerde*).

Roberto Pfeiffer assim dispõe acerca da relação entre os institutos no direito norte-americano, inglês e brasileiro:

A *injunction* norte-americana é mais empregada para reprimir a violação às normas constitucionais, leis ou obrigações contratualmente pactuadas, exigíveis, que independem de regulamentação posterior para surtirem efeito, o que a distingue do mandado e injunção brasileiro, previsto exatamente para ser acionado em face da ausência de norma integradora. Com relação à *injunction* inglesa, ela é utilizada quando há ausência de lei escrita ou de precedentes da *common law*, em situações onde existe uma lacuna legislativa completa, diferenciando-se, pois, do instituto indígena, em que o direito já está contido na Constituição. Ademais, não se pode deixar de considerar as distinções entre os sistemas jurídicos inglês, americano e brasileiro, o que reforça ainda mais a diferença entre as ações em debate.<sup>43</sup>

E assim prossegue:

Há quem encontre na *Verfassungsbeschwerde* do direito alemão o nascedouro do mandado de injunção. As características de tal *actio*

---

<sup>42</sup> PIOVESAN, Flávia C. *Proteção judicial contra omissões legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e Mandado de Injunção*. 1. ed. São Paulo: RT, 1995. p. 82.

<sup>43</sup> PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Mandado de Injunção*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 31-33.

revelam, porém, as dessemelhanças. Deveras, ela é utilizada para impugnar qualquer violação, seja omissiva ou comissiva, de um dos direitos fundamentais ou daqueles incluídos nos artigos 20, seção 4, 33, 38 e 101 a 104 da Constituição Alemã, enquanto o nosso *writ* é destinado aos casos de inércia na edição de norma integradora. Ademais, naquele país europeu, exige-se o esgotamento da via processual ordinária e a presença de perigo de dano irreparável à vítima da violação, requisitos estes não previstos para o mandado de injunção.<sup>44</sup>

José Afonso da Silva em seu Curso de Direito Constitucional Positivo assim trata da origem do instituto:

O mandado de injunção é um instituto que se originou na Inglaterra, no século XIV, como especial remédio da Equity. Nasceu, pois, do Juízo da Equidade. Ou seja, é um remédio outorgado, mediante um juízo discricionário, quando falta norma legal (*statutes*) regulando a espécie, e quando a *Common Law* não oferece proteção suficiente. A equidade, no sentido inglês do termo (sistema de estimativa social para a formação da regra jurídica para o caso concreto), assenta-se na valoração judicial dos elementos do caso e dos princípios da Justiça material, segundo a pauta de valores sociais, e assim emite a decisão fundada não no justo legal mas no justo natural. Na *injuction* inglesa como no mandado de injunção do art. 5º, LXXI, o juízo da equidade não é inteiramente desligado de pautas jurídicas...Mas a fonte mais próxima deste é o *writ of injunction* do direito norte-americano, onde cada vez mais tem aplicação na proteção dos direitos da pessoa humana, para impedir, p. ex., violações de liberdade de associação e de palavra, da liberdade religiosa e contra denegação de igual oportunidade de educação por razões puramente raciais...<sup>45</sup>

Muito embora haja tamanha controvérsia acerca da fonte inspiradora do *writ* previsto em nosso ordenamento pátrio, o que a doutrina procura fazer é encontrar institutos similares, com denominações parecidas. Contudo, as características dos institutos no direito comparado mostram diversas diferenças, o que torna o *writ* brasileiro um instituto singular. Ressalta-se o entendimento de Paulo Lopo Saraiva:

Sempre resistimos ao termo “injunção”, pois sabíamos que sua adoção conduziria os comentaristas para o direito anglo-saxônico. Segundo podemos confirmar, na Assessoria do Senado, em que foram elaboradas as sugestões iniciais do mandado de injunção, a palavra injunção surge por cópia, pura e simples, da nomenclatura contida no direito anglo-americano, portanto, sem nenhuma cientificidade. Destarte, é lícito afirmar que a palavra injunção, pleonástica, sem a menor dúvida, surge na nova Constituição por aquilo que chamamos de “acidente vocabular”...Como estava previsto, há muitos autores gastando “seu inglês” com o mandado de injunção, quando, na verdade, a ação injuntiva brasileira nada tem de ligação com o *writ of injunction*. Nem na origem. Nem no conteúdo. Nem na forma. Nem no nome. Repetimos: a palavra “injunção” é um ‘acidente

<sup>44</sup> PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. ob. cit. p. 34-35.

<sup>45</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 448.

vocabular”... O mandado de injunção, consagrado pelo art.5º, LXXI, é um instituto brasileiro.<sup>46</sup>

### 3.4.2 Objeto do *writ*

O mandado de injunção está previsto no texto constitucional da seguinte forma:

Art. 5º, 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.

José Afonso da Silva assim delimita o objeto do instituto:

Daí seu objeto: assegurar o exercício (a) de qualquer direito constitucional (individual, coletivo, político ou social) não regulamentado; (b) de liberdade constitucional, não regulamentada, sendo de notar que as liberdades são previstas em normas constitucionais comumente de aplicabilidade imediata, independentemente de regulamentação; vale dizer, incidem diretamente; de modo que raramente ocorrerá oportunidade de mandado de injunção nessa matéria, mas há situações como a do art. 5º, VI, em que a liberdade de cultos religiosos ficou dependente, em certo aspecto, de lei regulamentadora, quando diz: “garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”; (c) das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, também quando não regulamentadas; soberania é a soberania popular, segundo dispõe o art. 14, não a soberania estatal; aqui igualmente não ocorrerão muitas hipóteses de ocorrência do mandado de injunção; é que as questões de nacionalidade praticamente se esgotam nas prescrições constitucionais que já a definem de modo eficaz no art. 12; apenas a naturalização depende de lei, mas esta, como vimos, já existe, portanto é matéria regulamentada, que, por isso mesmo, não dá azo ao mandado de injunção; as prerrogativas da soberania popular e da cidadania se desdobram mediante lei, mas estas já existem, embora devam sofrer profunda revisão, quais sejam o Código Eleitoral e a Lei Orgânica dos Partidos Políticos; a lei prevista no art. 5º, LXXVII, destinada à definição dos atos necessários ao exercício da cidadania, também já foi promulgada: Lei 9.265, de 12.2.1996.<sup>47</sup>

Todavia, diversos outros autores delimitaram de forma distinta o objeto desse instituto.

No entendimento de José Joaquim Calmon de Passos:

O objeto do mandado de injunção seria a produção da norma regulamentadora, que, no entanto, deveria ser aplicada em outro processo,

<sup>46</sup> SARAIVA. Paulo Lopo. *O Mandado de Injunção, os Direitos Sociais e a Justiça Constitucional*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, nº 108. p. 79, 80 e 81.

<sup>47</sup> SILVA, José Afonso da. ob. cit. p. 448-449.

já que no mandado de injunção não há certificação do direito subjetivo constitucional.<sup>48</sup>

Para Vicente Greco Filho, “o objeto do mandado de injunção seria a regulação provisória do direito subjetivo constitucional”.<sup>49</sup>

Já na lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

O objeto do mandado de injunção seria a constituição do órgão remisso em mora, com a declaração da omissão inconstitucional e a cientificação do organismo competente para adoção das providências necessárias.<sup>50</sup>

Desta feita observa-se que não há na doutrina uma unanimidade acerca da delimitação do objeto do mandado de injunção; muito ao contrário, o que há são diversos posicionamentos oriundos da interpretação constitucional do instituto. Entretanto, a delimitação do objeto do instituto elaborada por José Afonso da Silva parece ser a que melhor se aplica, uma vez que divide o objeto em três partindo da própria definição constitucional do instituto, ou seja, o mandado de injunção teria como objeto, em sua concepção, assegurar o exercício de direitos constitucionais, de liberdade constitucional e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania quando não regulamentados.

#### 3.4.2.1 Concessão da injunção – nexos de causalidade

Para a concessão da injunção deve haver um nexo de causalidade que Flávia Piovesan explica a seguir:

A concessão da injunção está condicionada à uma relação jurídica de causa e efeito. Vale dizer, à uma causa – a falta de norma regulamentadora – a ordem jurídica atribui uma consequência – a inviabilidade do exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Para a concessão do mandado de injunção, há de estar clara esta relação que envolve nexo de causalidade.<sup>51</sup>

---

<sup>48</sup> PASSOS, J.J.C. de. *Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção e Habeas data: constituição e processo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 124.

<sup>49</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 184

<sup>50</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O valor do ato inconstitucional em face do direito positivo brasileiro*. In. Revista de Direito administrativo, nº.230. 2002. p. 224.

<sup>51</sup> PIOVESAN, Flávia C. *Proteção judicial contra omissões legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e Mandado de Injunção*. 1. ed. São Paulo: RT, 1995. p. 117-118.



Com o julgamento do MI 81-6 o Supremo Tribunal Federal assim firmou o entendimento acerca do nexo de causalidade para a concessão da injunção:

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO – SITUAÇÃO DE LACUNA TÉCNICA – PRESSUPOSTO ESSENCIAL DE SUA ADMISSIBILIDADE – PRETENDIDA MAJORAÇÃO DE VENCIMENTOS DEVIDOS À SERVIDORES PÚBLICOS ALTERAÇÃO DE LEI JÁ EXISTENTE – INVIABILIDADE – AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

A estrutura constitucional do Mandado de Injunção impõe, como um dos pressupostos essenciais de sua admissibilidade, a ausência de norma regulamentadora. Essa situação de lacuna técnica – que se traduz na existência de um nexo causal entre o *vacum juris* e a impossibilidade do exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania – constitui requisito necessário que condiciona a própria impetrabilidade desse novo remédio instituído pela Constituição de 1988.

### 3.4.3 Legitimidade ativa e passiva

Uma vez delimitado o seu objeto, necessário é o reconhecimento dos legitimados da referida ação.

A legitimidade ativa para impetração do mandado de injunção é do titular dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, cujo exercício encontra-se obstado pela falta de norma regulamentadora. Tem-se dessa ideia que:

A titularidade ativa em sede de injunção é ampla. Vale dizer que pode ser pessoa jurídica, física, de direito público ou de direito privado. Poderá ainda, ser uma figura despersonalizada, *v.g.*, o espólio, a herança jacente, a massa falida, o condomínio etc. Poderá, ainda, haver a substituição processual (legitimação extraordinária) por organização sindical (sindicato, federação, confederação); de entidade de classe ou associação legalmente constituída; dos partidos políticos. A Lei 8.906/94, art. 54, XIV, dispõe que compete ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizar, entre outras ações, o mandado de injunção. Embora o Conselho Federal não possua personalidade jurídica, a lei lhe concedeu personalidade processual. Já o Regulamento da OAB prevê em seu art. 105, V, d, que ao Conselho Seccional compete, após deliberação, ajuizar mandado de injunção em face da Constituição Estadual ou da Lei Orgânica do Distrito Federal. A Lei Complementar 75 contempla expressamente o Ministério Público Federal (da União e da Justiça do Trabalho – arts. 6º, VIII, e 83, X).<sup>52</sup>

---

<sup>52</sup> OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *Mandado de Injunção: da inconstitucionalidade por omissão, enfoques trabalhistas, jurisprudência*. 2. ed. revista, atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 124 e 125.

No que tange à legitimidade passiva, Luiz Alberto Gurgel de Faria, em sua obra “Controle da constitucionalidade na omissão legislativa”, aponta três correntes doutrinárias. A primeira, que é a predominante no âmbito do STF, é aquela que determina para o polo passivo da ação tão-somente o órgão responsável pela integração da norma constitucional que se encontra em mora.

Os julgados abaixo transcritos confirmam a adoção dessa primeira corrente pelo STF, conforme se verifica:

MI 352/RS. EMENTA: Mandado de Injunção. Aviso prévio proporcional. Constituição, art. 7º, inciso XXI. Mandado de injunção ajuizado por empregado despedido, exclusivamente, contra a ex-empregadora. Natureza do mandado de injunção. Firmou-se, no STF, o entendimento segundo o qual o mandado de injunção há de dirigir-se contra o Poder, órgão, entidade ou autoridade que tem o dever de regulamentar a norma constitucional, não se legitimando "ad causam", passivamente, em princípio, quem não estiver obrigado a editar a regulamentação respectiva. Não é viável dar curso a mandado de injunção, por ilegitimidade passiva "ad causam", da ex-empregadora do requerente, única que se indica como demandada, na inicial. Mandado de injunção não conhecido.

MI 95/RR. EMENTA: Mandado de injunção: ausência de lei regulamentadora do direito ao aviso prévio proporcional; ilegitimidade passiva do empregador suprida pela integração ao processo do congresso nacional; mora legislativa: critério objetivo de sua verificação: procedência, para, declarada a mora, notificar o legislador para que a supra.

O autor faz uma ressalva acerca da sedimentação dessa corrente argumentando o seguinte:

Todavia, a se sedimentar tal posição, com a integração à lide apenas da instituição responsável pelo atraso, a concessão do *writ* para viabilizar, de logo, o exercício dos direitos constitucionais não regulamentados, estaria completamente prejudicada, pois ninguém poderia ser obrigado a dar cumprimento a um direito com base em determinação judicial contida no processo do qual não participou, ou seja, a decisão proferida seria inexecutável, não oferecendo de imediato a fruição do direito, exatamente em face da ausência dos entes obrigados à efetivação do preceito constitucional.<sup>53</sup>

A segunda posição sustenta que no polo passivo deve figurar o poder ou órgão competente para editar norma regulamentadora e os entes que se recusam a satisfazer a prerrogativa constitucional.

---

<sup>53</sup> FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. *Controle da constitucionalidade na omissão legislativa: instrumentos de proteção judicial e seus efeitos*. 1.ed 4 tiragem. Curitiba: Juruá, 2004. p. 78-79.

Barbosa Moreira é um dos que sustentam essa posição afirmando:

A legitimação passiva deve caber, de *lege ferenda*, àquela pessoa física ou jurídica (e, neste último caso, pouco importando se de direito público ou privado) que esteja obstando o exercício de direito, de liberdade ou de prerrogativa. Perguntar-se-á: e o órgão que seria competente para editar a norma regulamentadora não deverá ter participação no processo? A meu ver, deve tê-la. É útil que a tenha, até porque é possível que esteja numa daquelas situações a que me referi de início.<sup>54</sup>

A terceira posição sustenta que o polo passivo da demanda deve ser ocupado apenas pela entidade que se recusa a reconhecer a prerrogativa constitucional em face da inexistência de norma integrativa. Sérgio Bermudes corrobora dessa posição, conforme se pode concluir:

Parece-me errôneo supor que a legitimidade seja da autoridade competente para editar a norma regulamentadora faltante...Se a ação de injunção visa, inquestionavelmente, à tutela de uma pretensão, ela deverá ser exercida contra a pessoa, pública ou privada, que se opõe à pretensão; contra o titular da resistência. Assim, a legitimidade passiva no processo da ação de injunção deve ser determinada pela lide, atual ou iminente, ocupando o polo passivo da relação processual quem, no conflito, exercer a resistência, opondo-se ou ameaçando-se opor ao exercício do direito da liberdade, emergente da Constituição, ou da prerrogativa, assegurada na lei, cuja efetividade dependa da lei regulamentadora, ainda não editada.<sup>55</sup>

Flávia Piovesan, também adepta dessa posição, assim se manifesta:

Nesta ótica, sustenta-se que no mandado de injunção a legitimidade passiva recai sobre a parte privada ou pública que viria a suportar o ônus de eventual concessão da injunção. Isto é, a legitimidade passiva recai sobre o ente cuja atuação é necessária para viabilizar o exercício do direito e não recai, portanto, sobre a autoridade competente para elaborar a norma regulamentadora faltante.<sup>56</sup>

#### 3.4.4 Competência para o julgamento e efeitos da decisão

O critério para definição da competência é o *ratione personae*, ou seja, a definição da competência depende da autoridade ou poder público omissa na regulamentação da norma constitucional de eficácia limitada.

---

<sup>54</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Mandado de Injunção*. Revista de Processo. São Paulo: v.14, n. 56. p. 118.

<sup>55</sup> BERMUDES, Sérgio. *O Mandado de Injunção*. Revista dos Tribunais. São Paulo, v.78, n. 642. p. 24.

<sup>56</sup> PIOVESAN, Flávia C. *Proteção judicial contra omissões legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e Mandado de Injunção*. 1. ed. São Paulo: RT, 1995. p. 127.

Francisco Antonio de Oliveira na sua obra sobre este instituto assim aborda a competência para julgamento:

O mandado de injunção, a exemplo do que acontece com o mandado de segurança, firmará a competência em razão da autoridade colocada no polo passivo (autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público). Em se tratando de particular serão aplicáveis as regras do Código de Processo Civil que regem para a espécie.<sup>57</sup>

A competência para o exame do mandado de injunção está disposta na Constituição no art. 102, I, “q”, a saber que, “compete ao STF processar e julgar ordinariamente o mandado de, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, da Mesa de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal”.

Regina Quaresma ainda leciona o seguinte acerca da competência:

Quando a regulamentação for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência originária do STF, dos órgãos da Justiça Militar, Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal, a competência é do Superior Tribunal de Justiça, na forma do art. 105, I, h, da Constituição Federal de 1988.

Quanto à competência ao nível estadual, a matéria foi repassada às Constituições Estaduais, nos termos do art. 125, §1º da Constituição Federal de 1988.<sup>58</sup>

Uma vez julgado o mandado de injunção, deve-se atentar para os efeitos da decisão. A questão é controversa. Regina Quaresma aponta algumas correntes:

Meramente declaratório – cabendo-lhe comunicar ao órgão omissor que edite a norma reguladora – Tese da Subsidiariedade, da qual é voz isolada na doutrina J.J.Calmon de Passos e com a qual concorda o STF. Insistimos que tal tese nos parece absolutamente descabida.

Condenatório “*erga omnes*” – cabendo-lhe editar norma regulamentadora faltante com eficácia para todas as situações idênticas. Tese da Independência Jurisdicional. Inadequada, pois o Judiciário não pode legislar.

Condenatório “*inter partes*” – cabendo-lhe outorgar direta e concretamente o direito reclamado, sem editar norma regulamentadora abstrata – Tese Resolutiva.<sup>59</sup>

---

<sup>57</sup> OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *Mandado de Injunção: da inconstitucionalidade por omissão, enfoques trabalhistas, jurisprudência*. 2. ed. revista, atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 116.

<sup>58</sup> QUARESMA, Regina. *O mandado de Injunção e a Ação de Inconstitucionalidade por omissão, teoria e prática*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 92.

A autora sustenta que mais adequada é a tese resolutiva, pois deve o juiz decidir o caso concreto e entre as partes.

Adiante nesse trabalho será analisada a mudança paradigmática do STF no que tange aos efeitos da decisão do Mandado de Injunção, o que deu nova vida ao instituto.

### **3.5 A Ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO)**

#### **3.5.1 Breve histórico**

A Ação direta de inconstitucionalidade por omissão brasileira foi recepcionada diretamente do constitucionalismo português. A Constituição de Portugal em seu art. 283 traz a seguinte redação:

1. A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das Assembleias Legislativas regionais, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais. 2. Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente.

Portugal teve como fontes as Constituições da extinta República Federativa da Iugoslávia de 1974 e da Alemanha de 1949. Na Iugoslávia, o art. 377 de sua Constituição assim dispunha:

Se o Tribunal de Garantias Constitucionais da Iugoslávia constatar que um órgão não editou uma prescrição para executar as disposições desta Constituição, das leis e de outras prescrições e atos gerais federais, tendo sido obrigado a editá-la, informará à Assembleia da República Socialista da Iugoslávia.

Já o direito alemão, conforme pondera Regina Quaresma:

Não possui *writs* que despertem debates quanto às semelhanças e diferenças relacionadas ao mandado de injunção, sendo relevante para nós, na experiência constitucional alemã, os aspectos tangentes à

---

<sup>59</sup> QUARESMA, Regina. ob. cit. p. 93.

complementação da eficácia da norma constitucional, ou seja, as questões relacionadas com a omissão inconstitucional.<sup>60</sup>

E acrescenta:

A sentença que requer a providência legislativa determina um prazo – em geral até o final da legislatura – para que a regulamentação pleiteada seja elaborada. (Concretizando na prática o direito). Uma vez expirado este prazo, competirá ao Tribunal Constitucional resolvê-la, havendo uma sanção política ao órgão omissor (Legislativo ou Executivo). Há naquele país, a consciência de que todos os órgãos constitucionais estão vinculados às decisões do Tribunal Constitucional, não deixando de cumprir, quando alertados de sua omissão, o chamado princípio da fidelidade constitucional (*Verfassungsgorgantreue*).<sup>61</sup>

Desta forma, aproveitando-se dessas experiências constitucionais, o poder constituinte originário pátrio deu a seguinte redação constitucional ao dispositivo que trata desse instituto:

Art. 103, §2º: Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

### 3.5.2 Objeto e legitimidade para propositura e para figurar como sujeito ativo na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

O escopo dessa ação é a garantia da Constituição, impedida de ser efetivada por falta de norma regulamentadora. Nas palavras de Gilmar Mendes:

Ao lado da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) criou-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), que, tal como a ADI, não tem outro escopo senão o da defesa da ordem fundamental contra condutas com ela incompatíveis. Não se destina, pela própria índole, à proteção de situações individuais ou de relações subjetivadas, mas visa, precipuamente, à defesa da ordem jurídica.

Objeto desse controle abstrato da inconstitucionalidade é a *omissão dos órgãos competentes para a concretização da norma constitucional*. A própria formulação empregada pelo constituinte não deixa dúvida de que se teve em vista aqui *não só a atividade legislativa, mas também aquela tipicamente*

---

<sup>60</sup> QUARESMA, Regina. *O mandado de Injunção e a Ação de Inconstitucionalidade por omissão, teoria e prática*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 55.

<sup>61</sup> QUARESMA, Regina. *O mandado de Injunção e a Ação de Inconstitucionalidade por omissão, teoria e prática*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 56.

*administrativa* que, de alguma maneira, possa afetar a efetividade de norma constitucional.<sup>62</sup>

Luís Roberto Barroso assim delimita o objeto da ação:

Por objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão deve-se entender, em primeiro lugar, o tipo de providência que o autor pode postular. Pela literalidade da previsão do art. 103, §2º, são duas as possibilidades. Se o sujeito passivo na ação for um dos Poderes, o pedido é limitado a que lhe seja dada ciência da ocorrência da omissão inconstitucional, para a adoção das providências necessárias. Nesse caso, não é admissível a fixação de prazo para agir. Por outro lado, sendo a omissão imputável a um órgão administrativo, a decisão terá caráter de ordem, cabendo a ele adotar as providências necessárias no prazo de trinta dias, sob pena de responsabilização. O interesse final visado pelo autor, ainda que insatisfatoriamente atendido pela disciplina do instituto, é sanar a lacuna do ordenamento, promovendo o cumprimento da vontade constitucional na matéria.<sup>63</sup>

Acerca da finalidade da ação, Clèmerson Merlin Clève apresenta a seguinte lição:

A finalidade da ação direta de inconstitucionalidade por omissão também não é a defesa de um direito subjetivo, ou seja, de um interesse juridicamente protegido lesado ou na iminência de sê-lo. Trata-se, ao contrário, de mecanismo voltado, precipuamente, para a defesa da Constituição. Aliás, para a defesa da integridade da vontade constitucional. É procedimento apropriado para a declaração da mora do legislador, com o conseqüente desencadeamento, por iniciativa do próprio órgão remisso, do processo de suprimento da omissão inconstitucional.<sup>64</sup>

No tocante à legitimidade processual ativa e passiva, o art. 103, I a IX da Constituição da República de 1988 relaciona os legitimados para a propositura da ação de inconstitucionalidade, a saber:

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 ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)  
V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

<sup>62</sup> MENDES, Gilmar. *Jurisdição Constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional*. Disponível em: <http://www.direitointegral.com/2008/11/omissao-legislativa-inconstitucional.html>. Acesso em: 27 setembro 2009.

<sup>63</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 229.

<sup>64</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. revista, atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 339-340.

- VI - o Procurador-Geral da República;
- VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Já o polo passivo da ação direta de inconstitucionalidade por omissão é preenchido pela pessoa ou entidade competente para elaborar a norma (Poder Público – legislativo e executivo).

É esta a lição de Clèmerson Merlin Clève acerca da legitimidade passiva:

Os legitimados passivos na ação de inconstitucionalidade por omissão são as autoridades ou órgãos legislativos remissos, não obstante responsáveis pela prática do ato reclamado pela Constituição. Na inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, muitas vezes o titular da ação e o legitimado passivo residem no mesmo órgão ou autoridade (v.g., ação intentada pelo Presidente da República contra ato de seu antecessor). Isso ocorre na ação de inconstitucionalidade por omissão. É evidente que não há razão para a propositura da ação, se cabe à própria autoridade suprir a omissão inconstitucional.<sup>65</sup>

### 3.5.3 Competência para julgamento e efeitos da decisão

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão, no que tange à omissão de norma regulamentadora de dispositivo constitucional, somente pode ser ajuizada perante o STF, órgão responsável pelo controle de constitucionalidade abstrato no judiciário brasileiro, nos termos do art. 102, I, a da Constituição da República de 1988, abaixo transcrito:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:  
I - processar e julgar, originariamente:  
a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

Logo, sendo o STF o guardião da Constituição, cabe a ele os julgamentos das ações direta de inconstitucionalidade por omissão. Em relação aos efeitos dessas decisões, Flavia Piovesan analisa da seguinte forma:

---

<sup>65</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. ob. cit. p. 341-342.



Ajuizada a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e em caso de procedência desta ação, caberia ao Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade por omissão e dar ciência ao órgão omissor para a adoção das providências necessárias. Como a declaração de inconstitucionalidade é feita em tese, seus efeitos são *erga omnes*, isto é, aproveitam a todos.

Todavia, na hipótese, o órgão é o Legislativo, e por isso, inexistente qualquer prazo fixado pela Constituição para a adoção das providências cabíveis. Se se tratasse, todavia, de órgão administrativo omissor, aplicar-se-ia o prazo constitucional de trinta dias para a adoção das providências necessárias à efetivação da norma constitucional.<sup>66</sup>

Nesse ponto reside a crítica da autora acerca da efetividade do instituto, pois ao Legislativo não é dada a obrigação de colmatar a lacuna constitucional. Assim assevera:

Com efeito, em face desta sistemática, não há como assegurar o efetivo cumprimento do preceito constitucional, ou seja, nada está a garantir que o Poder Legislativo irá legislar e, ao mesmo tempo, caso não legisle, não há como imputar sanção ao comportamento inconstitucional deste Poder.<sup>67</sup>

De uma forma resumida, a natureza da sentença de uma ADO é declaratória, onde é dada a ciência da omissão ao legislador, porém, sem a certeza de que silêncio será rompido ou a lacuna constitucional suprimida.

---

<sup>66</sup> PIOVESAN, Flávia C. *Proteção judicial contra omissões legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e Mandado de Injunção*. 1. ed. São Paulo: RT, 1995. p. 103.

<sup>67</sup> PIOVESAN, Flávia C. *Proteção judicial contra omissões legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e Mandado de Injunção*. 1. ed. São Paulo: RT, 1995. p. 104.

### 3.6 Semelhanças e diferenças entre os institutos

Uma vez explanados os institutos previstos pelo legislador originário para a supressão das omissões inconstitucionais, pode-se traçar um quadro que aponte as semelhanças e diferenças entre eles, conforme o adiante apresentado:

	MANDADO DE INJUNÇÃO	DE	AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO (ADO)
COMPETÊNCIA	Órgãos competentes do poder judiciário STF/STJ		Privativa do STF
LEGITIMIDADE ATIVA	Qualquer pessoa: indivíduo, grupos, associações, partido político, sindicatos etc.		Os legitimados do art. 103 da CR/88
LEGITIMIDADE PASSIVA	Sujeito inibidor do exercício do direito		Pessoa ou entidade competente para elaborar a norma. Poder Público (legislativo e executivo)
OBJETO	Satisfação de direito ou liberdade obstada pela falta de norma regulamentadora (Direito subjetivo)		Garantia da Constituição, impedida de ser efetivada por falta de norma regulamentadora (Direito objetivo)
NATUREZA DA SENTENÇA	Mandamental/satisfatória (constitutivas ou condenatórias)		Sempre declaratória
TRÂMITE CONSTITUINTE	Novo <i>writ</i> . Art. 5º (direitos e garantias individuais e coletivas)		Novo <i>writ</i> que passou da esfera dos direitos e garantias individuais e coletivas para as inconstitucionalidades. Art. 103.
O QUE VISA A GARANTIR	A garantia do exercício de direito		A defesa da eficácia constitucional
RESULTADOS PRÁTICOS	Esvaziamento pela tese da subsidiariedade à ação de inconstitucionalidade por omissão		Dar ciência da omissão não soluciona o silêncio legislativo
EFEITOS DA SENTENÇA	<i>Incidenter tantum e inter partes</i>		<i>Erga omnes</i>

## CAPÍTULO IV: Ativismo judicial

### 4.1 O papel do STF frente às omissões do Poder Legislativo - jurisdição constitucional

As omissões legislativas inconstitucionais não colmatadas denotam a pouca atividade do Poder Legislativo no contexto atual do constitucionalismo brasileiro. De outra banda, o Supremo Tribunal Federal proativamente age com intuito de suprir tais lacunas, aplicando os mecanismos previstos na Constituição.

As lacunas técnicas proporcionadas pela inação do Poder Legislativo são, de fato, o maior obstáculo à efetivação dos direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais, visto que estes exigem prestações positivas do Estado para a sua implementação. Nesta seara, surge o ativismo judicial ora praticado pelo STF, no papel de protagonista na concretude dos direitos fundamentais.

A Constituição vigente normatiza inúmeros direitos fundamentais e a demanda da sociedade civil por sua efetivação faz com que o Judiciário brasileiro procure atendê-la, permitindo o exercício dessa categoria de direitos, mesmo que ausente regulamentação legislativa, garantindo-os, implementando, desta feita, políticas públicas.

Luís Roberto Barroso em seu ensaio “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”<sup>68</sup> elucida o que é o ativismo judicial. De acordo com o autor:

O ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de

---

<sup>68</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 21/02/2010.

condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Tal posicionamento do STF só vem a reforçar a democracia no que tange a realização dos direitos sociais. Estefânia Maria de Queiroz Barboza utiliza-se da lição de Carlos Santiago Nino que, no sentido de que a realização dos direitos sociais é condição prioritária para manutenção do processo democrático, assevera:

O que é considerado um pré-requisito pode tomar proporções enormes. Em realidade, todos aqueles assim chamados direitos sociais (que tenho defendido como uma extensão natural dos direitos do indivíduo) podem ser vistos como direitos prioritários ou fundamentais, porque sua não satisfação prejudica o trabalho correto do processo democrático, assim como sua qualidade epistêmica.<sup>69</sup>

A autora prossegue citando a lição de Baracho Júnior:

Ou seja, quando a inércia dos Poderes Executivo e Legislativo configurar óbice ao regular funcionamento da democracia, é legítimo ao Judiciário atuar na efetivação dos direitos fundamentais sociais, justamente para permitir a manutenção do processo democrático.<sup>70</sup>

Na efetivação dos direitos fundamentais, Lenio Streck leciona acerca do papel ativista do Poder Judiciário, onde o centro das decisões é deslocado para o seu plano:

No Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o Judiciário. Inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito. A Constituição não está sendo cumprida. As normas-programa da Lei Maior não estão sendo implementadas. Por isso, na falta de políticas públicas cumpridoras dos ditames do Estado Democrático de Direito, surge o Judiciário como instrumento para o resgate dos direitos não realizados. Por isso a inexorabilidade desse 'sensível deslocamento' antes especificado. Com todos os cuidados que isso implica.<sup>71</sup>

---

<sup>69</sup> NINO, Carlos Santiago. *The constitution of deliberative democracy*. p. 222 *apud* BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 190.

<sup>70</sup> NINO, Carlos Santiago. *The constitution of deliberative democracy*. p. 222 *apud* BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 191.

<sup>71</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 54-55.

Todavia, o fenômeno do ativismo judicial, mesmo cumprindo essa nobre função de concretizar direitos, apresenta duas faces, uma positiva e uma negativa conforme ensina Luís Roberto Barroso em ensaio anteriormente citado:

O fenômeno tem uma face positiva: o Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais. O aspecto negativo é que ele exhibe as dificuldades enfrentadas pelo Poder Legislativo – e isso não se passa apenas no Brasil – na atual quadra histórica.<sup>72</sup>

No que tange ao aspecto positivo apontado pelo autor, o que ocorre é justamente a implementação dos direitos previstos na Constituição e efetivação de políticas públicas, que a sociedade por ora reivindica. A pragmática do ativismo judicial expande a interpretação do Texto Constitucional fazendo com que o exercício de direitos fundamentais possa ser finalmente possível por parte da sociedade. De outra parte, deixa transparecer que, ou o Legislativo não produz o suficiente para atender ao que o constituinte originário objetivou, por enfrentar dificuldades de diversas ordens, ou a demora em regulamentar dispositivos constitucionais traduz apenas a falta de vontade de ver concretizada o atual Texto Constitucional, configurando desarrazoada e negligente postura daqueles que são competentes para tal tarefa.

Muito embora recaiam críticas sobre a postura ativista adotada pelo Judiciário, principalmente no que concerne a uma suposta violação do Princípio da separação dos poderes, reconhecido tema de difícil trato, não há razões para fundamentar as críticas, conforme aponta Carlos Alexandre de Azevedo Campos no artigo “Limites e possibilidades do protagonismo judicial”:

A normatividade da Constituição e a positivação dos direitos fundamentais provocam modificações no Estado atual e principalmente no tocante ao funcionamento dos órgãos estatais, impondo uma revisão de qualquer concepção ortodoxa do conteúdo e do papel que cumpre o princípio da separação dos poderes no vigente Estado Constitucional de Direito, especialmente em razão do crescimento institucional do Poder Judiciário e de sua tarefa de controle de conformidade dos atos públicos e particulares com a Constituição e, em especial, com os direitos fundamentais.<sup>73</sup>

---

<sup>72</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 21/02/2010.

<sup>73</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Limites e possibilidades do protagonismo judicial*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-jul-06/limites-possibilidades-protagonismo-judicial-omissao-legislativa>. Acesso em: 21/03/2010.

E conclui asseverando:

A jurisdição constitucional não se justifica mais em razão apenas de sua tarefa defensivista; destaca-se, no vigente Estado Constitucional de Direito, a interpretação construtiva (doutrina constitucional) do texto constitucional e da vontade da Constituição levada a efeito pelo Poder Judiciário, e em especial pelos Tribunais Constitucionais como o STF; em suma, o constitucionalismo democrático moderno.<sup>74</sup>

Portanto, sob o prisma da efetivação de direitos pelos quais a sociedade clama ao “bater nas portas” no Judiciário, observa-se que não há cabimento em se reduzir a discussão do tema à suposta violação de um princípio, sendo que a época atual (constitucional) é a dos direitos fundamentais que sucedeu a época da separação dos poderes, conforme já advertiu Paulo Bonavides.

#### **4.2 As mudanças paradigmáticas nos julgamentos dos Mandados de Injunção**

Com o escopo de dar provimento judicial à concretização dos direitos fundamentais no caso da ausência de normas regulamentadoras, o Supremo Tribunal Federal passou por mudanças paradigmáticas em seus julgados.

Em respeito ao sistema político e à separação dos poderes, o STF não está autorizado a suprir omissões. Todavia, enquanto perdurou esse entendimento, o mandado de injunção não produziu efeitos conforme desejado. Em um primeiro momento, não havia instrumental teórico pertinente e aproveitava-se o do mandado de segurança, conforme informa Gilmar Mendes:

O Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de apreciar pela primeira vez as questões suscitadas pelo controle de constitucionalidade da omissão em julgamento de 23.11.1989 (MI 107). A inexistência de regras processuais específicas exigia, tal como já enunciado, que o Tribunal examinasse, como questão preliminar, a possibilidade de se aplicar esse instituto com base, tão somente, nas disposições constitucionais. A resposta a essa questão dependia, porém, da definição da natureza e do significado desse novo instituto.<sup>75</sup>

---

<sup>74</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Limites e possibilidades do protagonismo judicial*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-jul-06/limites-possibilidades-protagonismo-judicial-omissao-legislativa>. Acesso em: 21/03/2010.

<sup>75</sup> MENDES, Gilmar. *Jurisdição Constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional*. Disponível em: <http://www.direitointegral.com/2008/11/omissao-legislativa-inconstitucional.html>. Acesso em: 27 setembro 2009.

Com o escopo de dar sobrevida ao instituto que era tido como “letra morta” no ordenamento jurídico, o posicionamento do STF foi mudando e novos paradigmas surgiram das decisões proferidas nos mandados de injunção.

Um breve histórico dos julgamentos é trazido por Gilmar Mendes no artigo anteriormente citado:

Após o Mandado de Injunção n. 107, “*leading case*” na matéria relativa à omissão, a Corte passou a promover alterações significativas no instituto do mandado de injunção, conferindo-lhe, por conseguinte, conformação mais ampla do que a até então admitida. No Mandado de Injunção n. 283, o Tribunal, pela primeira vez, estipulou prazo para que fosse colmatada a lacuna relativa à mora legislativa, sob pena de assegurar ao prejudicado a satisfação dos direitos negligenciados. No Mandado de Injunção n. 23233, o Tribunal reconheceu que, passados seis meses sem que o Congresso Nacional editasse a lei referida no art. 195, § 7º, da Constituição Federal, o requerente passaria a gozar a imunidade requerida. Percebe-se que, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, o Supremo Tribunal Federal afastou-se da orientação inicialmente perfilhada, no que diz respeito ao mandado de injunção. As decisões proferidas nos Mandados de Injunção n. 283 (Rel. Sepúlveda Pertence) e n. 232 (Rel. Moreira Alves) e, ainda, no MI n. 28434 (Rel. Celso de Mello) sinalizaram para uma nova compreensão do instituto e a admissão de uma solução “normativa” para a decisão judicial. O tema do direito de greve do servidor público tem lugar de destaque na jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de mandado de injunção.

No Mandado de Injunção n. 20 (Rel. Celso de Mello, DJ de 22-11-1996), firmou-se entendimento no sentido de que o direito de greve dos servidores públicos não poderia ser exercido antes da edição da lei complementar respectiva, sob o argumento de que o preceito constitucional que reconheceu o direito de greve constituía norma de eficácia limitada, desprovida de auto-aplicabilidade. Portanto, nas diversas oportunidades em que o Tribunal se manifestou sobre a matéria, reconhecia-se unicamente a necessidade de se editar a reclamada legislação, sem admitir uma concretização direta da norma constitucional. Na sessão de 7.6.2006, foi proposta a revisão parcial do entendimento até então adotado pelo Tribunal. Assim, foram apresentados votos que recomendavam a adoção de uma “solução normativa e concretizadora” para a omissão verificada. Tendo em vista essa situação peculiar, recomendou-se a adoção explícita de um modelo de sentença de perfil aditivo, tal como amplamente desenvolvido na Itália. No caso do direito de greve dos servidores públicos, afigurava-se inegável o conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos (CF, art. 9º, *caput*, c/c o art. 37, VII), de um lado, e o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua (CF, art. 9º, § 1º), de outro. Evidentemente, não se outorga ao legislador qualquer poder discricionário quanto à edição ou não da lei disciplinadora do direito de greve. O legislador poderá adotar um modelo mais ou menos rígido, mais ou menos restritivo do direito de greve no âmbito do serviço público, mas não poderá deixar de reconhecer o direito previamente definido na Constituição. Identifica-se, pois, no caso, a necessidade de uma solução obrigatória da perspectiva constitucional, uma vez que ao legislador não é dado escolher se concede ou não o direito de greve, podendo tão-somente dispor sobre a adequada configuração da sua disciplina. Em 25 de outubro de 2007, o Tribunal, por maioria, conheceu dos mandados de injunção ns. 670 e 70835 e, reconhecendo o conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos, de

um lado, com o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua, de outro, bem assim, tendo em conta que ao legislador não é dado escolher se concede ou não o direito de greve, podendo tão-somente dispor sobre a adequada configuração da sua disciplina, reconheceu a necessidade de uma solução obrigatória da perspectiva constitucional e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação, no que couber, da Lei 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada. Assim, o Tribunal, afastando-se da orientação inicialmente perfilhada no sentido de estar limitada à declaração da existência da omissão legislativa para a edição de norma regulamentadora específica, passou, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário. O Tribunal adotou, portanto, uma moderada sentença de perfil aditivo, introduzindo modificação substancial na técnica de decisão do mandado de injunção. Estamos, portanto, diante de significativa revisão da jurisprudência no que concerne ao direito de greve do servidor público, que poderá ter importantes reflexos na configuração do instituto no direito brasileiro.<sup>76</sup>

Dessa trajetória de julgados extrai-se a conclusão de que o instituto passou por diversas modificações no que tange ao caráter da decisão. O MI 107 teve decisão de caráter meramente declaratório, visto que gerou como consequência tão-somente a comunicação do órgão omissor acerca da falta da norma regulamentadora. Nesse julgado, o STF adotou a teoria não-concretista. Esse posicionamento perdurou até 2007 quando foram julgados os MI 670, 708 e 712. Esses julgados tiveram um provimento constitutivo, sendo paradigmáticas as decisões, visto que o STF passou a adotar a teoria concretista geral ao invés da teoria não-concretista. A partir desses julgamentos é que se pode observar a ampliação das potencialidades do Mandado de Injunção, consagrando a teoria na qual a decisão do STF produz efeitos *erga omnes* até sobrevinda norma regulamentadora por parte do Legislativo.

O grande problema das decisões com caráter constitutivo reside na teoria da separação dos poderes, uma vez que o Judiciário, posicionando-se dessa maneira, não mais se limita a comunicar o Poder Legislativo da mora e sim edita uma sentença de cunho aditivo que legitima o exercício do direito discutido entre as partes. As sentenças aditivas são de caráter temporário e são soluções para que o direito possa ser concretizado. São decisões normativas com o intuito de suprir a omissão naquele lapso temporal. Não configura, de forma alguma, usurpação da atividade legislativa. No entanto, a ineficácia da representação política dos anseios

---

<sup>76</sup> MENDES, Gilmar. *Jurisdição Constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional*. Disponível em: <http://www.direitointegral.com/2008/11/omissao-legislativa-inconstitucional.html>. Acesso em: 27 setembro 2009.



do povo faz com que o Judiciário porte-se dessa maneira tendo em vista que age para concretizar direitos já constitucionalmente previstos.

Vanice Regina Lírio do Valle em sua obra “Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise Jurisprudencial do STF” assim resume essa mudança de posicionamento do STF:

Em resumo, um traço comum a permear os votos é a afirmação de necessidade de conferir ao instrumento da injunção um efeito mais comprometido com a efetividade dos direitos fundamentais, ainda que isso caminhe na fronteira nebulosa de uma concepção de equilíbrio e harmonia entre poderes que não se pode apresentar como cláusula de bloqueio à superação de uma situação que envolve o exercício patológico do poder: a inércia em legislar, quando a Constituição exige a produção legislativa.<sup>77</sup>

Desse modo, enquanto houver omissões, perceber-se-á que, para a efetivação de direitos fundamentais, imperioso será o ativismo judicial, pois dessa forma estará se garantido políticas públicas voltadas aos anseios da sociedade civil, prevalecendo acima de tudo o princípio da dignidade humana.

E novamente recorrendo ao ensaio de Luís Roberto Barroso supramencionado:

Em suma: o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia. Nas demais situações, o Judiciário e, notadamente, o Supremo Tribunal Federal deverão acatar escolhas legítimas feitas pelo legislador, ser deferentes para com o exercício razoável de discricionariedade técnica pelo administrador, bem como disseminar uma cultura de respeito aos precedentes, o que contribui para a integridade, segurança jurídica, isonomia e eficiência do sistema. Por fim, suas decisões deverão respeitar sempre as fronteiras procedimentais e substantivas do Direito: racionalidade, motivação, correção e justiça. Uma nota final: o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes.<sup>78</sup>

---

<sup>77</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do (org): *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise Jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 61.

<sup>78</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 21/02/2010.

E mais do que atender à sociedade civil, a jovem democracia brasileira necessita de que o Poder Judiciário tome essa postura de defender a supremacia normativa da Constituição e dos direitos fundamentais para que cada vez mais se consolide e evolua.

## CONCLUSÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil, constituição dirigente de uma tenra democracia, possui um dos mais belos e avançados textos normativos que esse País já teve em toda a sua história de constitucionalismo. É bem verdade que muito ainda há de se fazer para que a concretizemos plenamente. Entretanto, a todos cabe essa árdua tarefa de mudar a realidade social, construindo o Estado Social idealizado pelo Constituinte de 88, onde os direitos fundamentais serão efetivamente realizados.

A Carta Magna promulgada inaugurou uma nova ordem, redemocratizou o país e a sociedade civil a cada dia se conscientiza da importância dos valores e direitos nela contidos. A República consolidou o constitucionalismo dando a seu Texto Maior supremacia absoluta. Todavia, o que se percebe é que ainda uma grande gama de direitos ainda está muito distante da realidade da maioria das pessoas pelo fato de ter seu exercício obstaculizado pelas omissões do Poder Legislativo, uma vez que muitos dependem da atividade dos legisladores por serem normas de eficácia limitada, não podendo, dessa forma, serem exercidos de plano. Além disso, a elite brasileira ainda persiste em manter o escalonamento social bem definido, colaborando desse modo para que os direitos fundamentais (leiam-se direitos sociais) não se efetivem.

Dentro desse panorama de omissões, urge a cobrança por parte de todos para que sejam sanadas, reduzindo as desigualdades sociais, um dos objetivos da República Federativa do Brasil. Da efetiva concretização de sua Constituição vigente depende o amadurecimento da democracia que há 20 anos vem se construindo no país. É de extrema importância que a sociedade reclame a concretização dos direitos fundamentais, “batendo às portas” do Poder Judiciário, pois dessa forma reforça-se a democracia brasileira.

Nesse tocante, a atuação do Poder Judiciário é de primordial importância para dirigir a interpretação que venha a concretizar direitos, utilizando-se dos mecanismos inovadores, tais como o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão que visam acabar com a síndrome da inefetividade das normas constitucionais. O deslocamento das decisões para o plano da Jurisdição Constitucional faz com que o Supremo Tribunal Federal seja o protagonista da efetivação de direitos não realizados por conta da omissão daqueles

que deveriam por Lei regulamentá-los, respondendo assim, pela demanda da população.

Em assim sendo, esperamos que um dia finalmente possamos ter uma Constituição plenamente concretizada (que seja essa) em todos os seus objetivos, que os direitos sejam realmente garantidos e que os institutos de colmatação das omissões legislativas percam seus objetos, suas razões de existirem, pelo simples fato de não mais haver cabimento para eles dentro da realidade desse país.

**BIBLIOGRAFIA**

- BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira, II*. São Paulo: 1933.
- BARROSO. Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. revista e atualizada. 4ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 21/02/2010.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BERMUDES, Sérgio. *O Mandado de Injunção*. Revista dos Tribunais. São Paulo, v.78, n. 642.
- BESTER, Gisela Maria. *Direito Constitucional. Volume I. Fundamentos teóricos*. São Paulo: Manole, 2005.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Limites e possibilidades do protagonismo judicial*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-jul-06/limites-possibilidades-protagonismo-judicial-omissao-legislativa>. Acesso em: 21/03/2010.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. revista, atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. *Controle da constitucionalidade na omissão legislativa: instrumentos de proteção judicial e seus efeitos*. 1. ed 4 tiragem. Curitiba: Juruá, 2004.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O valor do ato inconstitucional em face do direito positivo brasileiro*. In. Revista de Direito administrativo, nº.230. 2002.
- GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6 ed., 3 tiragem. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MENDES, Gilmar. *Jurisdição Constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional*. Disponível em: <http://www.direitointegral.com/2008/11/omissao-legislativa-inconstitucional.html>. Acesso em: 27/09/2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Mandado de Injunção*. Revista de Processo. São Paulo: v.14, n. 56.

NINO, Carlos Santiago. *The constitution of deliberative democracy*. p. 222 apud BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Mandado de Injunção: da inconstitucionalidade por omissão, enfoques trabalhistas, jurisprudência*. 2. ed. revista, atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PASSOS, J.J.C. de. *Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção e Habeas data: constituição e processo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Mandado de Injunção*. São Paulo: Atlas, 1999.

PIOVESAN, Flávia C. *Proteção judicial contra omissões legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e Mandado de Injunção*. 1. ed. São Paulo: RT, 1995.

QUARESMA, Regina. *O mandado de Injunção e a Ação de Inconstitucionalidade por omissão, teoria e prática*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SARAIVA, Paulo Lopo. *O Mandado de Injunção, os Direitos Sociais e a Justiça Constitucional*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, nº 108.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHMITT, Carl. *Teoría de La Constitución*. 2 reimpresión. Madrid: Alianza, 1996.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (org): *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise Jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá, 2009.