

**FACULDADES INTEGRADAS**  
**“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE-SP

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E**  
**MANDADO DE INJUNÇÃO SOB A PERSPECTIVA DO ATIVISMO**  
**JUDICIAL**

Carolina Estrela de Oliveira Sacchi

Presidente Prudente/SP

2011

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE-SP

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E  
MANDADO DE INJUNÇÃO SOB A PERSPECTIVA DO ATIVISMO  
JUDICIAL**

Carolina Estrela de Oliveira Sacchi

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof.Ms. Sérgio Tibiriçá Amaral.

Presidente Prudente/SP

2011

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E  
MANDADO DE INJUNÇÃO SOB A PERSPECTIVA DO ATIVISMO  
JUDICIAL**

Monografia/TC aprovado como requisito  
parcial para obtenção do Grau de  
Bacharel em Direito.

Sérgio Tibiriçá Amaral

Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues

Matheus Assad João

Presidente Prudente, 10 de novembro de 2011.

Isso é ativismo? Não vislumbro, mas se vislumbrar a prática de ativismo, vejo um ativismo judicial moderado, mas tornado necessário pela injustificável omissão do Congresso Nacional. É para isso que existe o Poder Judiciário.

Ministro Celso de Mello

Não é uma manifestação de despreço pelo Congresso Nacional, mas uma tentativa de concretizar a Constituição Federal.

Ministro Gilmar Mendes

Dedico este trabalho a minha família, esteio de toda minha vida.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, Senhor da minha vida, por ter me iluminado, me concedendo força, equilíbrio, conforto e inteligência que permitiram a realização desse trabalho.

A minha mãe, Vanessa Estrela de Oliveira, pelo amor incondicional, pelo cuidado e dedicação despendidos em toda minha vida, por comemorar juntamente comigo cada etapa suplantada. Seu apoio e incentivo são, sem dúvida, essenciais para a realização dos meus sonhos.

A minha irmã, Rafaela Estrela de Oliveira Sacchi, pela paciência, companheirismo, apoio e compreensão. Uma amizade imprescindível em minha vida.

Ao meu pai, José Ricardo Sacchi, e toda a minha família, pelo cuidado, apoio e preocupação.

Aos meus amigos, por compreenderem minha ausência e impossibilidades durante todo o período dedicado a elaboração deste trabalho. Com vocês, as pausas entre um parágrafo e outro de produção resultaram em maior ânimo para escrever.

Ao meu orientador, professor Sérgio Tibiriçá Amaral, pela capacidade de transmitir seus conhecimentos, pelo apoio substancial, com fornecimento de importantes materiais. Sua sabedoria e conhecimento reacenderam meu amor pelo direito.

Enfim, aos amigos Matheus Assad João, Defensor Público em Presidente Prudente, e Daniel Colnago, professor das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente, que prontamente aceitaram o convite de examinar este trabalho.

## RESUMO

A Constituição Brasileira de 1988, responsável pela redemocratização do país, caracteriza-se por ser uma Constituição Dirigente. Repleto de normas programáticas, o texto constitucional passa a exigir prestações positivas por parte do Estado, consagrando um Estado Democrático de Direito, participante ativo da vida dos cidadãos. Nesse contexto, surge a preocupação do descumprimento da Constituição Federal, Norma Suprema que é, pela inércia dos órgãos legitimados constitucionalmente a agir. As normas constitucionais são imperativas, de modo que impõem obrigatoriedade a seus destinatários. Ao ingressarem no ordenamento jurídico, algumas não são capazes de produzir todos seus efeitos jurídicos, o que ensejou a classificação das normas constitucionais, idealizada por José Afonso da Silva em normas de eficácia plena, contida e limitada. O presente trabalho preocupa-se com as normas de eficácia limitada, de modo que busca conferir efetividade plena as normas constitucionais não auto-executáveis, concretizando a vontade do constituinte. A supremacia da Constituição Federal, originária de sua rigidez e da fonte soberana que a produziu, culmina na inconstitucionalidade também do comportamento negativo incompatível com seus ditames. A Constituição Federal de 1988, de forma inédita, instituiu dois instrumentos para solução das omissões inconstitucionais: o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Inicialmente, o Supremo Tribunal Federal conferiu os mesmos efeitos para esses dois notáveis instrumentos. A procedência destas ações levava ao reconhecimento da mora e comunicação ao Poder competente para elaboração da norma faltante. Ocorre que são ações distintas, regulamentadas em momentos diversos do texto constitucional. Ademais, mesmo após o reconhecimento judicial da mora, o Poder Legislativo permanece inerte. Assim, é imprescindível uma solução que atinja o objetivo desses instrumentos constitucionais, ao mesmo tempo que harmonize com o princípio da separação dos poderes e da discricionariedade do legislador, suprimindo a síndrome da inefetividade das normas constitucionais. A solução que melhor se coaduna com a realidade brasileira, em que o Poder Legislativo permanece em total inação, é a adoção do ativismo judicial pelo Supremo Tribunal Federal, de modo que o próprio órgão do Poder Judiciário, responsável pelo controle da omissão inconstitucional, supra esta omissão, viabilizando o direito e concedendo eficácia plena à norma constitucional.

**Palavras-chave:** Supremacia da Constituição Federal. Omissão inconstitucional. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Mandado de injunção. Supremo Tribunal Federal. Inércia do poder legislativo. Efetivação da Constituição. Ativismo judicial.

## ABSTRACT

The Brazilian Constitution of 1988, responsible for the democratization of the country, is characterized as a Leading Constitution. Filled with programmatic norms, the constitution begins to demand positive benefits from the state, establishing a Legal Democratic State, active participant in the citizens' lives. In this context, the concern arises of the failure of the Federal Constitution, which is the supreme law, because of the inertia of the constitutionally legitimate bodies supposed to act. The constitutional requirements are mandatory, so impose obligation to their recipients. By entering the legal system, some are not able to produce all its legal effects, which led to the classification of constitutional rules, devised by José Afonso da Silva in full efficiency norms, contained and limited. This paper is concerned with the rules of limited effectiveness, so it seeks to provide full effectiveness to not self-executing constitutional norms, fulfilling the will of the constituent. The supremacy of the Federal Constitution, of its original stiffness and the supreme power that produced it, also culminates in the unconstitutionality of the negative behavior incompatible with its dictates. The Federal Constitution of 1988, in an unprecedented way, established two instruments for the settlement of unconstitutional omissions: the injunction writs and direct action of unconstitutionality by omission. Initially, the Supreme Court gave the same effects for these two remarkable instruments. When these actions passed, they led to the recognition of delay and communication to the responsible Power for the development of the missing norm. What happens is that they are distinct actions, regulated at different times of the constitutional text. Furthermore, even after the judicial recognition of the delay, the Legislature remains inert. Thus, it is essential to find a solution that reaches the goal of these constitutional instruments while harmonizing with the principle of separation of powers and the discretion of the legislator, abolishing the syndrome of constitutional ineffectiveness. The solution that best fits the Brazilian reality, where the Legislative Branch stands in total inaction, is the adoption of judicial activism by the Supreme Court, so that the body of the Judiciary Branch, responsible for controlling unconstitutional omission, fulfill this omission, enabling the right and granting full effectiveness to the constitutional norm.

**Key-words:** Supremacy of the Constitution. Unconstitutional omission. Direct action of unconstitutionality by omission. Writ of Injunction. The Supreme Court. Inertia of the legislative branch. Enforcement of the Constitution. Judicial activism.

# SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2 A CONSTITUIÇÃO COMO LEI FUNDAMENTAL .....</b>	<b>13</b>
2.1 Breve Histórico acerca das Constituições Brasileiras .....	16
2.1.1 Constituição de 1824 .....	16
2.1.2 Constituição de 1891 .....	19
2.1.3 Constituição de 1934 .....	22
2.1.4 Constituição de 1937 .....	24
2.1.5 Constituição de 1946 .....	26
2.1.6 As Constituições da ditadura militar .....	29
2.2 A Constituição Dirigente de 1988 .....	32
<b>3 EFICÁCIA E APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS .....</b>	<b>39</b>
3.1 Considerações Preliminares .....	40
3.2 Normas Constitucionais de Eficácia Plena .....	42
3.3 Normas Constitucionais de Eficácia Contida .....	43
3.4 Normas Constitucionais de Eficácia Limitada .....	44
<b>4 A OMISSÃO INCONSTITUCIONAL E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....</b>	<b>47</b>
4.1 Conceito de Inconstitucionalidade .....	49
4.2 A Omissão Inconstitucional e suas Modalidades .....	50
<b>5 AÇÕES ESPECIAIS DE CONTROLE DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL .....</b>	<b>54</b>
5.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão .....	55
5.1.1 Finalidade e objeto .....	56
5.1.2 Legitimidade e competência .....	58
5.1.3 Decisão e seus efeitos .....	59
5.2 Mandado de Injunção .....	66
5.2.1 Origem .....	67
5.2.2 Hipóteses de cabimento .....	68
5.2.3 Legitimidade e competência .....	70
5.2.4 Decisão e seus efeitos .....	72
5.3 Distinções entre Ambos os Institutos .....	76
<b>6 ATIVISMO JUDICIAL E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 .....</b>	<b>80</b>
6.1 Alteração de Sujeitos Constitucionalmente Legitimados .....	81
6.2 Princípio da Separação dos Poderes .....	85
6.3 Ativismo e o Direito Comparado .....	91
6.4 O Ativismo Judicial na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal .....	96
6.4.1 Historicamente .....	96
6.4.2 A recente alteração na jurisprudência da Suprema Corte .....	100

**7 CONCLUSÃO .....104**

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....110**

## 1 INTRODUÇÃO

O escopo do presente trabalho foi analisar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, de modo a conferir efetividade a esses institutos dispostos na Constituição Federal para saneamento das omissões inconstitucionais. A concretização e a efetiva aplicação da Lei Maior consistem em uma realidade que precisa ser observada.

A supremacia do Texto Magno impulsiona para um novo paradigma. Não sobejam dúvidas que são ações constitucionais destinadas ao controle da omissão inconstitucional. No entanto, procurou-se discorrer acerca de uma solução efetiva para a inação do Poder Legislativo, que possui um dever constitucional de agir de modo a concretizar a Norma Suprema.

Para tanto, no segundo capítulo, foram feitas análises da Constituição como Lei Fundamental de um Estado. São considerações acerca do constitucionalismo como movimento internacional, para, posteriormente, concluir acerca do significado desse documento denominado Constituição, bem como quais as matérias ou conteúdos que devem estar presentes. Há uma abordagem sobre essa regulamentação, necessária para o tema.

Nesse mesmo capítulo, foi explicado o fenômeno da Constituição como norma suprema, ou seja, o que Hans Kelsen chama de hierarquia normativa, configurando a característica da supremacia.

Posteriormente, foram feitas considerações sobre todas as Constituições Brasileiras. Analisaram-se os movimentos sociais e políticos que o Brasil vivenciava na época da vigência das Constituições de 1824, 1891, 1934, 1937 e, por fim, a de 1967 e de 1969.

Como ficou demonstrado, as Declarações de Direitos que cada Constituição trouxe apresentaram inovações e características próprias, assim como o controle de constitucionalidade. Aliás, a Constituição rígida exige instrumentos para o cumprimento do texto constitucional.

Seguindo essa linha da história constitucional brasileira, chegou-se a análise da atual Constituição, que redemocratizou o Brasil em 1988. Esse estudo baseou-se no fato de ser uma Constituição Dirigente, um modelo criado pelo jurista

português José Joaquim Gomes Canotilho, na sua obra “Constituição Dirigente e Poder Vinculador”, que apresenta como características as normas não bastante em si ou chamadas, por José Afonso da Silva, de normas de eficácia limitada de princípio programático.

Essas normas programáticas, por sua vez, exigem instrumentos que assegurem a sua efetivação. Há necessidade, portanto, de mecanismos garantidores para evitar a omissão do texto constitucional.

No terceiro capítulo foi explanada a classificação das normas constitucionais baseada na classificação idealizada por José Afonso da Silva. Concluiu-se que as normas constitucionais são capazes de produzir efeitos jurídicos em maior ou menor grau, o que possibilita classificá-las quanto a sua eficácia.

As normas constitucionais de eficácia limitada quando ingressam no ordenamento, não são capazes de produzir todos seus efeitos jurídicos, exigindo uma norma que a complemente, de modo a lhe conferir aplicabilidade integral. Mas e quando o Poder Público titular desse dever constitucional permanece inerte? Adentramos ao quarto capítulo, no qual é relatada a possibilidade de inconstitucionalidade pela inação dos Poderes constitucionalmente legitimados a atuar.

Feitas todas essas considerações iniciais imprescindíveis para compreensão do trabalho, passa-se efetivamente a explicar a respeito dos instrumentos constitucionais para controle da omissão inconstitucional, focando os estudos para os efeitos da decisão.

Constata-se que mesmo após o reconhecimento judicial da mora pelo Supremo Tribunal Federal, o Poder Legislativo permanece inerte. Isso enseja uma mudança de paradigma na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, com o Supremo Tribunal Federal assumindo uma posição ativista.

O mandado de injunção, por sua vez, sendo uma garantia individual, difere da ação supracitada, sendo certo que além da inércia do Poder Legislativo, a própria natureza atribuída constitucionalmente ao *mandamus* autoriza ao Poder Judiciário suprir a omissão, viabilizando o direito.

Por fim, chega-se a importante estudo acerca da compatibilidade dessa mudança de paradigma com a Constituição Federal de 1988.

Explicada a legitimidade do Supremo Tribunal Federal, superado o princípio da separação dos poderes, apresentado casos semelhantes na seara

jurídica internacional e analisada a jurisprudência da Suprema Corte, conclui-se que a efetivação da norma constitucional pelo Supremo Tribunal Federal é uma medida que se impõe como forma de garantir o cumprimento da Norma Suprema e evitar a erosão do Estado Democrático de Direito que a própria Constituição brilhantemente consagra.

Na elaboração do presente artigo científico foram feitas pesquisas bibliográficas e utilizados os métodos dedutivo, histórico, estatístico e comparativo.

## 2 A CONSTITUIÇÃO COMO LEI FUNDAMENTAL

Inicialmente importa destacar a importância que a Constituição ocupa na ordem jurídica, não só na atualidade, como na história da ciência do direito. O constitucionalismo é um movimento que surge no século XVIII, com o objetivo de criar um documento, no caso, a Constituição, que esmiúce os elementos constitutivos de um Estado, estruturando e limitando o poder, e garantindo direitos aos cidadãos que vinham de uma época caracterizada pelo absolutismo monárquico.

No entanto, essa construção histórica se vale dos forais, cartas de franquia e pactos de vassalagem, bem como os covenants que foram antecedentes de direitos, conforme leciona Pedro Lenza (2009, p. 5 e 6).

Manuel Aragón (2005, p. 84) demonstra que desde a história da humanidade há a presença, embora primitiva, de uma lei fundamental que regulamenta a sociedade, assim relatando:

Como es bien conocido, la idea de Constitución es mucho más antigua que su concepto. Éste último no surge hasta que nace el Estado Constitucional a finales del Siglo XVIII; en cambio, desde la más remota antigüedad, o al menos desde el mundo griego y romano, puede detectarse la idea de que existen o deben existir en toda comunidad política un conjunto de normas superiores al derecho ordinario, cuyo objeto sería preservar la continuidad de la forma de organización que rige en esa comunidad, Esa idea, presente desde luego en los periodos de esplendor de la democracia ateniense y de la república romana, resurge en la Edad Media con base en la llamada "Constitución Estamental" y continúa en la Edad Moderna a través de la noción *lex fundamentalis*.

Dirley da Cunha Júnior (2004, p. 4 e 7) complementa, afirmando que “o constitucionalismo, como movimento constitucional gerador da Constituição em sentido moderno, tem origens históricas que variam de tempo e espaço”, associando a origem desse constitucionalismo às Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América de 1787, e da França, de 1791.

Alexandre Groppali (1962, p.184), por sua vez, explica que o constitucionalismo é um tipo de hierarquia, “que se resolve sempre em um vínculo entre sí, como em uma escala de poderes, vários órgãos, para os quais enquanto os órgãos inferiores tem que o dever de obediência aos superiores”

A Constituição é a lei fundamental de um Estado, uma vez que traz suas regras de estruturação, orientando e regulamentando toda a ordem política e jurídica de uma nação. Porém, “a Carta Magna não pode ser apenas um espelho da sociedade e de suas relações, mas deve expressar as aspirações e os ideais dos cidadãos” (BONAVIDES e ANDRADE, 1991, p. 483), devendo, portanto, apresentar um modo de viver de um povo.

Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2009, p. 03), indicam que:

Ao lado desses fatores constitutivos do Estado, é ingênita à noção de Constituição a fixação de limites que estabeleçam qual o âmbito de atuação do Estado e qual a esfera do domínio individual. Assim, qualquer Constituição deve abrigar as normas definidoras dos direitos fundamentais do indivíduo, sob pena de desfiguração de sua própria razão de existir.

Assim, conforme sintetiza José Afonso da Silva (2010, p. 38), o texto constitucional estabelece a forma de estado e de governo, o modo de aquisição dos poderes e a forma como esses poderes são organizados, cria os órgãos legitimados a exercerem respectivos poderes, limitando suas ações. Ademais, traz a Constituição, em seu texto, a proteção dos direitos fundamentais e suas garantias, o Bill of Rights, como preconizava John Locke, em seu Segundo Tratado Sobre o Governo.

Portanto, em razão da Carta Magna ser a norma jurídica que organiza os elementos essenciais para a existência de uma nação, é dotada de um atributo peculiar: a supremacia sobre as demais normas jurídicas.

Além disso, a Constituição é criada por um poder “inicial, autônomo e incondicionado” (TEMER, 2008, p. 36): o Poder Constituinte Originário. Esse caráter inicial e soberano também justifica a supremacia do texto constitucional conforme explica Dirley da Cunha Júnior (2004, p. 52):

Essa supremacia da Constituição (ou sua imperatividade reforçada ou superlativa) em face às demais entidades normativas advém, naturalmente, da soberania da fonte que a produziu: o poder constituinte originário, circunstância que a distingue, sobremaneira, das outras normas do sistema jurídico, que são postas pelos poderes constituídos.

Afirmar que a Constituição ocupa uma posição de supremacia no ordenamento jurídico significa revelar que a ordem jurídica deve estar em perfeita consonância com os ditames do texto constitucional.

Dessa forma, as leis e os atos normativos devem estar, formal e materialmente, compatíveis com Lei Suprema, encontrando-se também o Poder Público vinculado à Constituição.

Hans Kelsen foi o idealizador dessa hierarquia normativa. O referido autor (KELSEN, 1998, p. 181) concluiu que a ordem jurídica não é composta por:

Um sistema de normas coordenadas entre si, que se acham, por assim dizer, lado a lado, no mesmo nível, mas uma hierarquia de diferentes níveis de norma. A unidade dessas normas é constituída pelo fato de que a criação de uma norma -a inferior- é determinada por outra -a superior- cuja criação é determinada por outra norma ainda mais superior, e de que esse *regressus* é finalizado por uma norma fundamental, a mais superior, que, sendo o fundamento supremo de validade da ordem jurídica inteira, constitui a sua unidade.

Essa característica de supremacia só se encontra nas Constituições rígidas. Isso porque, como relata Pedro Lenza (2009, p. 41-42), enquanto essas Constituições adotam para alteração do texto constitucional um procedimento padrão, mais solene e complexo que para a alteração das demais leis; não há nenhuma diferença formal entre as Constituições flexíveis e as normas infraconstitucionais, possuindo ambas o mesmo procedimento para alteração de seus textos.

Segundo Raul Machado Horta (2002, p.126-127):

A distinção formal confere maior permanência ao todo constitucional, que só pode vir a ser modificado dentro de processo pré-estabelecido. A Constituição ganha *rigidez*. A aderência da *rigidez* ao conceito de Constituição formal acentua e robustece a distinção entre lei ordinária e lei constitucional, mediante disposição hierárquica, sob a égide suprema da *Lei Magna*. [...] À rigidez constitucional é correlativa a noção de *superlegalidade* constitucional.

Destacar essas premissas iniciais é fundamental para a compreensão do presente trabalho. O constitucionalismo foi um movimento que nasceu com a chamada primeira dimensão, ou seja, as chamadas constituições de modelo liberal clássico, escritas, com separação das funções e declaração de direitos, mas foi se

aprimorando com outros instrumentos e técnicas. Surgem os direitos da chamada segunda dimensão e ainda maneiras de tornar efetivas as constituições.

## **2.1 Breve Histórico acerca das Constituições Brasileiras**

Antes de adentrar a qualquer discussão jurídica é imprescindível uma compreensão histórica acerca do tema. Nenhuma Constituição da história brasileira estava totalmente regulamentada quando de sua revogação, ficando o jurisdicionado condenado a jazer na obscuridade jurídica (MOTTA FILHO E SANTOS, 2002, p. 117). A ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção foram regulamentados de forma inédita pelo texto constitucional de 1988.

Assim, abordar-se-á cada Constituição Brasileira, de maneira a entender a ordem jurídica e social que o Brasil vivenciava, ressaltando a supremacia da Lei Fundamental e o cumprimento do texto constitucional.

### **2.1.1 Constituição de 1824**

Após a independência do Brasil, em 7 (sete) de setembro de 1822, com a monarquia em busca de uma unidade nacional, D. Pedro I outorga, em 25 (vinte e cinco) de março de 1824, a Constituição Política do Império do Brasil (SILVA NETO, 2009, p. 70-73).

Paulo Bonavides e Paes de Andrade (1991, p. 80) afirmam que “tudo terminou como D. Pedro I queria: uma Constituição outorgada; liberal em matérias de direitos individuais, mas centralizadora e autoritária na soma dos poderes que concedia ao monarca constitucional.”

O artigo 3º da Constituição em testilha consagrou um governo “Monarchico Hereditario, Constitucional, e Representativo” (CAMPANHOLE, 2000, p. 791).

Antes da declaração da Constituição de 1824, o território brasileiro era dividido em capitanias hereditárias. Pedro Lenza (2009, p. 51) relata que com a Constituição Monárquica:

As antigas capitanias hereditárias foram transformadas em províncias, que por sua vez, poderiam ser subdivididas. As províncias eram subordinadas ao Poder Central e tinham um “Presidente”, nomeado pelo Imperador e que poderia ser removido a qualquer tempo (*ad nutum*) em nome do “bom serviço do Estado”.

Em relação à organização dos poderes, “segundo as idéias de Benjamin Constant, a Constituição do Império tinha um Poder Moderador, ao lado da divisão clássica. Assim, encontraremos o Poder Moderador, o Poder Judiciário, o Executivo e o Legislativo.” (ARAÚJO e NUNES JÚNIOR, 2009, p. 90)

Dentre as Constituições brasileiras, o Poder Moderador é exclusivo da Constituição de 1824. Privativamente exercido pelo Imperador, referido poder teve vital importância para consolidar o governo autoritário, uma vez que, através dele, o Imperador podia agir em todos os demais poderes. Sintetizando, Dirley da Cunha Júnior (2009, p. 487) afirma que o Poder Moderador era “considerado a chave de toda a organização Política”.

Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2009, p. 90 e 91) relatam que “o Poder Legislativo era exercido por uma assembléia geral, composta por duas câmaras: a dos deputados, eletiva e temporária, e a dos senadores, cujos membros eram vitalícios”.

O detentor do Poder Moderador atuava no Poder Legislativo em razão das seguintes atribuições, dentre outras, elencadas por Paulo Bonavides e Paes de Andrade (1991, p. 90):

Nomear um terço dos senadores; sancionar os decretos e resoluções da Assembléia Geral; aprovar e suspender interinamente as resoluções dos Conselhos Provinciais; prorrogar ou adiar a Assembléia Geral e dissolver a Câmara dos Deputados nos casos em que o exigir a salvação do Estado; convocar imediatamente outra que a substitua;

No tocante ao Poder Judiciário, o Imperador influía através da possibilidade que detinha de “suspender os Magistrados em caso de queixas contra eles; perdoar e moderar as penas impostas aos réus condenados por Sentença e conceder anistia em caso de urgência. (art. 101)” (CUNHA JÚNIOR, 2009, p. 487).

Ademais, Dirley da Cunha Júnior relata ainda que “o Poder Executivo também tinha por chefe o Imperador que o exercia por meio de seus Ministros de Estado, de sua livre nomeação e demissão (art. 102).” Demonstra-se, portanto, a influência que o Poder Moderador exercia sobre o Poder Legislativo, Judiciário e Executivo.

Durante o Segundo Reinado (D. Pedro II), a monarquia esteve muito ligada ao sistema parlamentarista. Pedro Lenza (2009, p. 52) narra que esse parlamentarismo monárquico “se consolidou com a criação do cargo de Presidente do Conselho de Ministros pelo Decreto n. 523, de 20.07.1847, segundo o qual D. Pedro II escolhia o Presidente do Conselho, e este, por sua vez, escolhia os demais ministros.”

Embora a Constituição do Império seja caracterizada por um poder centralizador e um governo unitário, José Afonso da Silva (2010, p. 75) afirma que, no artigo 179 de referida Constituição, sob a influência do constitucionalismo liberal, foi instituído um rol de Direitos Políticos e Cívicos, que chegou a influenciar as demais Constituições Brasileiras.

Raul Machado Horta (2002, p. 54) cita “a inviolabilidade dos direitos cívicos e políticos dos cidadãos brasileiros, tendo por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade (art. 179)” como exemplos dos direitos que já eram tutelados durante a Monarquia.

No entanto, Luiz Pinto Ferreira (1998, p.50) relata que:

As declarações de direitos e suas garantias retratavam o clima liberal da época, mas o Império manteve a escravidão, como uma mancha do regime; baseou-se na monocultura latifundiária e escravocata [...]. A escravidão acompanhou o país e o Segundo Reinado até 1888, quando foi abolida durante o gabinete do primeiro-ministro pernambucano João Alfredo.

Ademais, a Constituição do Império instituiu como religião oficial a Religião Católica.

Sendo a Constituição de 1824 semi-rígida, algumas normas possuíam um procedimento de alteração mais solene, complexo e dificultoso (ACQUAVIVA, 2000, p. 73), podendo ser reconhecida a supremacia. Assim, havendo supremacia de algumas normas constitucionais, o Poder Público encontrava-se vinculado a essas normas, podendo ser reconhecida a inconstitucionalidade por ação ou omissão desde a época da Monarquia.

Contudo, André Ramos Tavares (2003, p. 253) relata que:

A História Constitucional brasileira, que teve início com a Constituição do Império, datada de 1.824, não conheceu, em sua origem, qualquer controle judicial da constitucionalidade. Aliás, consoante o art. 15, n. 8º, daquela Carta Constitucional, restou expresso que seria atribuição do Poder Legislativo, representado pelo Assembléia Geral, “fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-as” e ainda, “Velar na guarda da Constituição [...]” (n. 9º).

O princípio da separação dos poderes levado as últimas conseqüências e a consolidação do Poder Moderador constituíram óbices a instituição de um controle judicial da constitucionalidade. Podendo o Imperador através do Poder Moderador, intervir nos demais poderes, caberia apenas a ele fiscalizar o cumprimento do texto constitucional pelo Legislativo, não podendo o Judiciário realizar esse controle. Desse modo, a garantia da supremacia e do cumprimento da Constituição estava ao arbítrio do Imperador.

Por fim, ressalta-se que a Constituição de 1824 era uma constituição que dava aos monarcas, por meio do Poder Moderador, poderes absolutos. Deste modo, apesar de em alguns aspectos de seu texto seguir um liberalismo, a Constituição do Império, outorgada pelo monarca, lhe garantia uma supremacia sobre os demais poderes. Entretanto, frisa-se que previu direitos e garantias individuais e outros instrumentos que permitiram de forma relativa a participação do povo.

### **2.1.2 Constituição de 1891**

A Abolição da Escravatura em 13 de maio de 1888 acabou por contrariar os interesses das classes que davam apoio ao Império, conforme indica Manoel Jorge e Silva Neto (2009, p. 73). Esse fator, associado ao descontentamento, narrado por Pedro Lenza (2009, p. 55) que os militares vinham nutrindo com a Monarquia, resultou no enfraquecimento do Governo Monárquico. “Nesse contexto, “desmoronando” as “colunas de apoio” ao Império, em 15 de novembro de 1889 a República é proclamada pelo Marechal Deodoro da Fonseca”. (LENZA, 2009, p.55)

Mas, apenas em 24 de fevereiro de 1891 foi promulgada a primeira Constituição Republicana do Brasil, adotando o sistema de governo presidencialista.

Ademais, conforme relata Dirley da Cunha Júnior, (2009, p. 489) “a nova Constituição brasileira adota como forma de Governo, sob o regime representativo, a *República Federativa*, que se constitui por união perpétua e indissolúvel das suas antigas províncias, convertidas em Estados Unidos do Brasil.” Objetivava, com isso, vedar uma eventual separação de território.

Adotando a forma de Estado Federal, concedeu aos Estados e municípios grande autonomia, podendo os Estados organizarem sua própria justiça (FERREIRA, 1998, p. 52).

Os Poderes também foram organizados de forma diversa. Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2009, p. 92) afirmam que: “rompendo com a idéia do Poder Moderador, o País adotou a tripartição de Poderes”.

Assim, havia o Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, sendo o Poder Moderador, responsável pelo absolutismo monárquico, extinto.

O Poder Executivo passou a ser exercido pelo Presidente da República, eleito pelo voto direto. No Poder Judiciário, criou-se o Supremo Tribunal Federal como órgão máximo. E, no poder Legislativo criou-se o Congresso Nacional, que por sua vez era composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal. Os membros de ambas as casas passaram a ser eleitos pelo sufrágio direto (FERREIRA, 1998, p. 52).

“Do ponto de vista ideológico, a Primeira República foi o coroamento do liberalismo no Brasil” (BONAVIDES e ANDRADE, 1991, p. 249).

A Constituição em destaque, objetivava impor a queda do governo monárquico autoritário, consagrando um Estado distante da sociedade, sem interferir na vida dos cidadãos, com a função de apenas garantir os direitos dos indivíduos, ou seja, prestigiava o denominado Estado Liberal.

A Igreja Católica Apostólica Romana foi separada do Estado Brasileiro, deixando de ser a religião oficial do país. Manuel Jorge e Silva Neto (2009, p. 75) explica, que “posicionando-se em campo diametralmente oposto à Constituição de 1824, o texto republicano passa a reconhecer como direito individual a liberdade religiosa”.

O rol de direitos foi aprimorado, banindo penas cruéis e incluindo mais direitos. A Constituição de 1891 foi, também, a primeira a prever o instituto do habeas corpus.

Enquanto a Constituição de 1824 era semi-rígida, conforme extrai da interpretação de seu artigo 176 (CAMPANHOLE, 2000, p. 809):

Admittida a discussão, e vencida a necessidade da reforma do Artigo Constitucional, se expedirá Lei, que será sancionada, e promulgada pelo Imperador em fôrma ordinaria; e na qual se ordenará aos Eleitores dos Deputados para a seguinte Legislatura, que nas Procuções lhes confirmem especial faculdade para a pretendida alteração, ou reforma.

A Constituição de 1891 passou a ser uma Constituição rígida, ou seja, não eram apenas algumas normas constitucionais que exigiam um procedimento mais solene e complexo para modificação, mas sim todo o texto constitucional passou a exigir um procedimento mais dificultoso de alteração do que o exigido para as demais leis ordinárias. Com isso, voltam à tona todas as questões já debatidas acerca da supremacia constitucional.

A Constituição em testilha inaugurou também questões atinentes a supremacia do documento, que garantia o controle de constitucionalidade pela via difusa. Este controle, conforme explica Michel Temer (2008, p. 47-48), é aquele em que a inconstitucionalidade é arguida pela via de exceção, ou seja, não é o objeto principal do processo, podendo qualquer juiz ou tribunal, diante do caso concreto, declarar a inconstitucionalidade da norma, sendo os efeitos dessa decisão apenas entre as partes.

Demonstrava-se assim, o pensamento na época sobre a supremacia da Constituição e a possibilidade de descumprimento do texto constitucional. Estes pensamentos foram debatidos nas outras Constituições brasileiras, como se verá adiante.

Contudo, inspirada no modelo de constituição norte-americana, José Afonso da Silva relata que “faltara-lhe, porém, vinculação com a realidade do país. Por isso, não teve eficácia social, não regeu os fatos que previra, não fora cumprida.”

Porém, frisa-se que a Constituição de 1891 trouxe institutos para solucionar o descumprimento do texto constitucional, como o controle de constitucionalidade pela via difusa, consagrando, assim, a Constituição como norma

suprema e hierarquicamente superior às demais espécies normativas. Portanto, fica patente que, para o tema escolhido, a República começa a construir um sistema efetivo de tentar cumprir os dispositivos da “Lei Maior” por parte dos poderes e também das pessoas.

### **2.1.3 Constituição de 1934**

Com a Revolução de 1930, extinguiu-se no Brasil a chamada República Velha e formou-se um Governo Provisório, instituindo Getúlio Vargas como chefe do Governo. Em 1934 foi promulgada uma nova Constituição Federal, baseada na Lei Fundamental de Weimar, que marca a segunda dimensão de direitos, trazendo direitos sociais, trabalhistas e previdenciários.

A Constituição de 1934 continuou prevendo alguns institutos fundamentais, como o governo republicano, o regime federativo, a teoria tripartida dos poderes e o sistema presidencialista. (FERREIRA, 1998, p. 55).

No tocante ao Poder Legislativo, “rompeu com o bicameralismo rígido, uma vez que atribuiu o Poder Legislativo à Câmara dos Deputados, transformando o Senado Federal em órgão de colaboração desta.” (ARAÚJO e NUNES JÚNIOR, 2009, p. 93).

Inaugurou no Brasil no tocante aos direitos sociais, conforme descreve Raul Machado Horta (2002, p. 55-56), introduzindo direitos trabalhistas e regulamentando a ordem econômica e social. Além disso, José Afonso da Silva (2010, P.82) relata que a Constituição de 1934 também introduziu direitos políticos, como o voto feminino; e criou, dentro do Poder Judiciário, um órgão novo: a Justiça Eleitoral.

A declaração de direitos, ao regulamentar a ordem econômica e social, estabeleceu direitos referentes à cultura, família, educação e segurança nacional, sendo a maioria dessas normas de caráter programático. Ademais, “dentre as novidades dos remédios constitucionais, destacamos a previsão, pela primeira vez, do mandado de segurança (art. 113, n. 33) e da ação popular (art. 113, n. 38).” (LENZA, 2009, p. 63)

Paulo Bonavides e Paes de Andrade (1991, p. 319) afirmam que “todos esses fatores apontam para o sentido eminentemente social da Constituição de 1934.” Assim, pode-se afirmar que a Constituição em testilha buscou inaugurar um Estado Social em detrimento do Estado Liberal consagrado nas duas Constituições anteriores, prevendo direitos característicos da segunda dimensão de direitos.

A Constituição de 1934 trouxe também significativas inovações concernentes ao controle de constitucionalidade que permanecem regulamentadas até hoje na Constituição vigente, quais sejam: o *quorum especial* para a declaração de inconstitucionalidade, a ação direta interventiva e a participação do Senado no controle de constitucionalidade. (TAVARES, 2003, p. 254)

O *quorum especial*, também denominado de cláusula de reserva de plenário, que se encontra no artigo 97 da Constituição de 1988, trouxe a exigência da maioria absoluta dos membros do tribunal para ser declarada a inconstitucionalidade de uma norma ou um ato do Poder Público (LENZA, 2009, p. 157).

Já a representação interventiva, conforme explica Dirley da Cunha Júnior (2009, p. 292), era:

Confiada ao Procurador-Geral da República e sujeita à competência do Supremo Tribunal Federal (art. 12, V, § 2º), nas hipóteses de ofensa aos princípios consagrados no art. 7º, I, alíneas *a* a *h* da Constituição (ditos *princípios constitucionais sensíveis*)  
Essa ação direta interventiva representou o primeiro passo para o desenvolvimento, entre nós, do controle “europeu” ou “concentrado” de constitucionalidade.

Consistia, portanto, em uma ação cujo propósito era a análise da constitucionalidade da lei federal que determinasse a intervenção da União no Estado-Membro. Dessa forma, a intervenção federal em razão de ofensa aos denominados princípios constitucionais sensíveis estava condicionada a decisão do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, Gilmar Ferreira Mendes (1999, p. 238) explica a participação do Senado, esclarecendo que:

A Constituição consagrava a competência do Senado Federal para “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados

inconstitucionais pelo Poder Judiciário”, emprestando efeito *erga omnes* à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (art.s 91, IV e 96).

Assim, a Constituição de 1934 buscou amenizar o efeito *inter partes* do controle difuso de constitucionalidade, possibilitando estender seus efeitos a casos semelhantes, prestigiando a segurança jurídica e evitando o congestionamento das vias judiciais.

Ademais, “a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934 manteve o controle judicial difuso, incidental e sucessivo da constitucionalidade das leis e atos normativos do poder público (art. 76, III, *b* e *c*)” (CUNHA JÚNIOR, 2004, p. 439 e 440).

Percebe-se, portanto, que durante a vigência de referida Constituição, continuaram os debates sobre a supremacia do texto constitucional, e com a introdução dos institutos acima explanados, verifica-se a criação de novas regras com os objetivos finais de evitar o descumprimento da norma suprema e, quando efetivado o descumprimento, solucioná-lo.

#### **2.1.4 Constituição de 1937**

Getúlio Vargas, então presidente do Brasil, acaba por dar um golpe no país, fechando o Congresso Nacional e outorgando a Constituição de 1937, marcada pelo autoritarismo e o regime ditatorial. (SILVA, 2010, p. 82-83).

Pedro Lenza (2009, p. 64) demonstra o caráter autoritário da Constituição em destaque, relatando que “A Carta de 1937, elaborada por Francisco Campos, foi apelidada de ‘Polaca’ em razão da influência sofrida pela Constituição polonesa fascista de 1935, imposta pelo *Marechal Josef Pilsudski*.”

O Brasil continuou sendo uma República, mas, embora tenha estabelecido o federalismo, na prática, os estados acabaram tendo suas autonomias reduzidas. Assim também ocorreu com a organização dos poderes. O texto constitucional manteve a teoria da tripartição dos poderes, porém, em razão do governo autoritário, o Legislativo e o Judiciário perderam parte de sua autonomia (FERREIRA, 1998, p. 57).

O chefe do Poder Executivo intervinha no Legislativo, cabendo a ele, em princípio, a iniciativa na elaboração das leis e podendo, em certos casos expedir decretos-leis.

A declaração dos direitos foi reduzida, não havendo previsão do mandado de segurança e da ação popular. Houve censura dos meios de comunicação, como da imprensa e do teatro.

Em suma, para a concretização de um governo autoritário e centralizador, restringiu-se alguns direitos, como o de manifestação do pensamento; estipulou-se pena de morte para crimes políticos e para homicídios cometidos por motivo fútil e com extremos de perversidade; e ainda, praticou-se tortura com o escopo de repressão (LENZA, 2009, p. 66 e 67).

No tocante ao controle de constitucionalidade, este foi moldado pelo governo autoritário. O Poder Judiciário não tinha mais a capacidade de decidir definitivamente a questão da inconstitucionalidade de uma lei.

O artigo 96, parágrafo único, da Constituição de 1937 (CAMPANHOLE, 2000, p. 592), estabelecia que:

Art. 96. [...]

Parágrafo único. No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se êste a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

Essa regra acima esculpida é explicada por André Ramos Tavares (2003, p. 254) como “uma inusitada modalidade de ‘reconstitucionalização’ de lei inconstitucional, para fazê-la prevalecer contra a Constituição.” Com esse dispositivo, passou-se a admitir no ordenamento jurídico brasileiro a vigência de norma contrária à Constituição, inclusive com sua inconstitucionalidade já reconhecida pelo Judiciário.

Ademais, conforme relata Dirley da Cunha Júnior, (2004, p. 441), o texto constitucional:

Não cuidou da representação interventiva, nem da suspensão pelo Senado Federal da execução da lei declarada inconstitucional pelo Judiciário. Manteve, entretanto, a exigência do *quorum* de maioria absoluta para os tribunais declararem a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República.

Verifica-se, assim, que houve um retrocesso, na medida em que a Carta Magna estabeleceu um sistema de controle de constitucionalidade nos moldes do regulamentado na Constituição de 1891, deixando de prever os institutos inovadores da Constituição de 1934.

Em suma, a Constituição de 1937 não era efetivamente cumprida. Na realidade, cumpria-se a vontade do chefe do Poder Executivo. O controle de constitucionalidade só se efetivava quando o ditador se utilizava dele para defender os seus interesses.

### **2.1.5 Constituição de 1946**

Com a entrada do Brasil na Segunda Guerra Mundial, iniciaram-se movimentos contra o Governo autoritário de Getúlio Vargas, como o exemplo do Manifesto dos Mineiros. Sendo assim, novamente se tornou imprescindível a manifestação do Poder Constituinte Originário, sendo, em 18 de setembro de 1946, promulgada a nova Constituição do Brasil, tendo como escopo a redemocratização do país.

A Constituição de 1946 foi criada com base nas Constituições de 1891 e 1934, retomando a mesma forma de governo, o mesmo sistema e a mesma organização dos poderes. Ademais, a Carta Magna “retomou as idéias de democracia social de 1934.” (ARAÚJO e NUNES JÚNIOR, 2009, p. 94)

Inovou, contudo, inserindo a Justiça do Trabalho no Poder Judiciário, concedendo autonomia aos Municípios e regulamentando a assistência judiciária.

No tocante à Declaração de Direitos, a Constituição de 1946 cuidou de retomar direitos já consagrados anteriormente, restringidos, no entanto, pela Constituição de 1937. Pedro Lenza (2009, p. 69 e 70) relata que o texto constitucional voltou a regulamentar o mandado de segurança e a ação popular; proibiu a pena de morte, de banimento, de confisco e de caráter perpétuo; inovou, regulamentando regras para os partidos políticos; e manteve os direitos trabalhistas adquiridos durante o Governo de Getúlio Vargas.

A previsão desses direitos restringidos pela Constituição anterior demonstra o objetivo do constituinte de 1946 em reestruturar a democracia no Brasil, garantindo os direitos dos cidadãos contra um Estado autoritário. Seguindo essa linha, Paulo Bonavides e Paes de Andrade (1991, p. 414) afirmam que:

A Constituição de 1946 oferece em proveito das liberdades humanas um instrumento novo de defesa contra os abusos do Estado e sua ação cerceadora dos direitos individuais. Trata-se daquela disposição sábia e tutelar, que contém um princípio de obrigatoriedade segundo o qual “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

Referido autor se referia ao princípio da inafastabilidade do acesso ao Judiciário, que continua regulamentado nos dias atuais pela Constituição de 1988.

Durante a vigência da Constituição de 1946, o Brasil vivenciou um período de parlamentarismo, estabelecido pela Emenda Constitucional nº 4, de 1961. José Afonso da Silva (2010, p. 85 e 86) explica esse momento da história brasileira, relatando que:

Elege-se Jânio Quadros, para suceder a Juscelino. Sete meses depois, renuncia. Reação militar contra o Vice-Presidente João Goulart, visando impedir sua posse na Presidência. Vota-se, às pressas, uma emenda constitucional parlamentarista (EC n. 4, de 2.9.61, denominada Ato Adicional), retirando-lhe ponderáveis poderes, com o que não se conformaria. Consegue um plebiscito que se pronuncia contra o parlamentarismo e, pois, pela volta do presidencialismo, razão por que o Congresso aprova a EC n. 6, de 23.1.63, revogando o Ato Adicional.

O controle de constitucionalidade permaneceu regulado conforme a Constituição de 1934. Foram, portanto, retomados os institutos criados por referida Constituição, restringidos pela Constituição de 1937, como a representação interventiva e a suspensão pelo Senado, da norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

O artigo 96, parágrafo único da Constituição anterior foi suprimido, devolvendo ao Poder Judiciário a última palavra na declaração de inconstitucionalidade de uma lei.

Entretanto, a Constituição de 1946, em seu artigo 8º, parágrafo único, regulamentou a representação interventiva de forma diversa. Com efeito, referido artigo assim dispunha: “no caso do nº VII, o ato argüido de inconstitucionalidade será submetido pelo Procurador-Geral da República ao exame do Supremo Tribunal

Federal, e se êste a declarar, será decretada a intervenção” (CAMPANHOLE, 2000, p. 453).

O texto constitucional em análise exigia que o ato arguido fosse declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal para, posteriormente, o Congresso Nacional decretar a intervenção federal em razão de ofensa aos princípios sensíveis.

Já a Constituição de 1934, que instituiu a representação interventiva, exigia um julgamento posterior, isto é, o Procurador-Geral da República tinha legitimidade para submeter, ao Supremo Tribunal Federal, a lei federal que determinasse a intervenção no Estado-Membro, para fiscalização de sua constitucionalidade.

Ressalta-se que a representação interventiva marcou o início de um controle de constitucionalidade concentrado.

Alfredo Buizad, em seu livro “Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro”, defende que a lei nº 2.271/1954, que regulamentou o procedimento para o Procurador-Geral da República submeter o ato arguido de inconstitucional ao Supremo Tribunal Federal, acabou por instituir um verdadeiro direito de ação, discordando daqueles que defendem tratar-se de representação.

Sendo assim, estava presente no ordenamento jurídico brasileiro, ainda que timidamente, o controle concentrado de constitucionalidade, uma vez que havia a possibilidade de propor a ação direta de inconstitucionalidade, na qual a inconstitucionalidade era arguida como objeto principal da ação, e não secundário, como ocorre no controle difuso.

Assim, relatou Buzaid (1958, p. 138 e 139):

O direito brasileiro conhece, portanto, dois modos de declaração de inconstitucionalidade: a) – no processo comum, quando o interessado alega, como fundamento da ação ou da defesa, a ameaça ou violação de direito subjetivo individual; esta arguição é feita *incidenter tantum* e constitui sempre *questão prejudicial*; b) – ou por meio de *ação direta*, intentada pelo Procurador-Geral da República, visando á declaração de inconstitucionalidade de ato, que ofende um ou alguns dos princípios enunciados no art. 7, VII, da Constituição de 1946; o objeto *principal* do processo é o litígio sobre a inconstitucionalidade.

Por fim, destaca-se mais uma inovação relativa ao controle de constitucionalidade. A Emenda Constitucional nº 16/1965, que alterou a alínea *k* do

artigo 101 inciso I da Constituição em testilha, para constar como competência do Supremo Tribunal Federal a “representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”. (CUNHA JÚNIOR, 2004, p. 442)

Referida emenda, trouxe, portanto, a ação direta de inconstitucionalidade acima explicada, aumentando, no entanto, as matérias submetidas ao controle concentrado de constitucionalidade, permitindo uma análise em abstrato, e não diante de um estado de fato que justifique a intervenção federal.

Ademais, a Emenda em questão acrescentou o inciso XIII ao artigo 124 da Constituição de 1946, autorizando o controle de constitucionalidade de ato ou lei municipal frente à Constituição estadual, de competência originária dos Tribunais de Justiça.

Embora tenha criado mecanismos contra o descumprimento do texto constitucional (ação direta de declaração de inconstitucionalidade), até então inexistentes nas Constituições Brasileiras, a Constituição de 1946 não se desenvolveu integralmente, em razão de ter sido criada, não pensando no futuro, mas com base nas Constituições anteriores. Assim, não refletiu a realidade que o Brasil se encontrava, mas conseguiu afastar o governo autoritário imposto por Getúlio Vargas, consagrando a democracia.

### **2.1.6 As Constituições da ditadura militar**

Em 1964 o Brasil sofreu um golpe militar que retirou toda a ordem democrática retomada com a Constituição de 1946. A partir de então, o país passou a ser governado por Atos Institucionais. Os Atos Institucionais 1, 2, 3 e 4 restringiram diversos direitos políticos, estabeleceram eleições indiretas para Presidente da República e governadores de estados, dentre outras regras que consolidaram o governo autoritário. (LENZA, 2009, p. 70-71)

José Afonso da Silva (2010, p. 86) relata que o AI 4 regulou “o procedimento a ser obedecido pelo Congresso Nacional, para votar nova Constituição, cujo projeto o governo apresentou. A 24.1.67, fora ela outorgada, o que veio resumir as alterações institucionais operadas na Constituição de 1946”.

A Constituição de 1967 seguiu a mesma estrutura da Constituição de 1937. O equilíbrio entre os poderes novamente foi afetado, conforme explica Manoel Jorge e Silva Neto (2009, p. 83-84):

A Constituição de 1967, outorgada a 24 de janeiro, procurou o fortalecimento do Poder Executivo, sobretudo para lhe fornecer mecanismo mais expedito de elaboração legislativa, tornando a função do Congresso Nacional secundária no contexto do processo legislativo brasileiro. No tocante às matérias urgentes, portanto, possibilitou a expedição dos decretos-leis. [...] Com efeito, se, no prazo de 60 dias da sua edição, não fosse examinado pelo Congresso Nacional, considerava-se aprovado por decurso de prazo.

O Brasil continuou sendo uma República, no entanto, embora a Constituição estabelecesse em seu texto o federalismo, este foi restringido, configurando um Estado centralizador.

Em 13 (treze) de dezembro de 1968 é baixado o Ato Institucional n. 5, conhecido como o mais violento, estabilizando de forma definitiva um governo autoritário e ditador.

Dentre as regras criadas por esse ato institucional, Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2009, p. 95-96) indicam a possibilidade do Presidente da República fechar o Congresso Nacional, as Assembléias Estaduais e as Câmaras de Vereadores; a suspensão de direitos políticos pelo prazo de 10 anos e a supressão de garantias constitucionais, como o habeas corpus nos casos de crimes políticos contra a segurança nacional. Ademais, trouxe uma alteração que impôs de forma absoluta o poder do Governo Militar: “O Poder Judiciário não podia apreciar atos com fundamento no AI-5.” (ARAÚJO e NUNES JÚNIOR, 2009, p. 96)

Posteriormente, é estabelecida a Emenda Constitucional n. 1 de 1969. Referida emenda não se restringiu em alterar o texto constitucional vigente, trazendo uma ordem jurídica nova, reformulando todo o texto constitucional. Consistiu, portanto, em um ato do Poder Constituinte Originário, caracterizando uma nova Constituição Brasileira.

Nesse sentido, José Afonso da Silva (2010, p. 87) explica que:

Teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformulado, a começar pela denominação que se lhe deu: *Constituição da República Federativa do Brasil*, enquanto a de 1967 se chamava apenas *Constituição do Brasil*.

Em síntese, pode-se afirmar que a Constituição de 1969 previu como norma constitucional, os Atos Institucionais estabelecidos durante a ditadura militar, sendo, portanto, mais autoritária que a Constituição antecedente. Dirley da Cunha Júnior (2009, p. 499) afirma que:

Essa Constituição, de caráter ostensivamente autoritário, manteve o regime de repressão, com o que ampliou consideravelmente os poderes do Presidente da República e debilitou o Poder Legislativo, restringindo as imunidades dos parlamentares, entre outras providências.

Portanto, o governo militar deu mais um golpe no país, outorgando uma Constituição mais autoritária, que “constitucionalizava a utilização dos Atos Institucionais.” (LENZA, 2009, p. 74). A Lei Suprema de 1969 refletiu a ordem política e social que o país presenciava: um governo autoritário, com os poderes centralizados no Presidente.

Quanto ao controle de constitucionalidade, a Carta Magna de 1967 manteve o sistema de constitucionalidade estabelecido na Constituição de 1946, contudo, “não manteve o dispositivo, acrescentado pela EC 16/65, que autorizava os Estados a instituírem a representação de inconstitucionalidade genérica das leis municipais em face de suas Constituições Estaduais” (CUNHA JÚNIOR, 2004, p. 442).

A Constituição de 1969 seguiu esse sistema de controle de constitucionalidade, e acrescentou, conforme relata Dirley da Cunha Júnior (2004, p. 442), “a instituição, pelos Estados, da representação interventiva para assegurar a observância dos princípios sensíveis indicados na Constituição estadual (art. 15 § 3º, *d*, da Constituição).” Portanto, regulamentou o controle de lei municipal frente a Constituição Estadual, com o escopo a intervenção no Município.

O fato das Constituições da Ditadura Militar não inovarem nas questões relativas ao controle de constitucionalidade, revela a falta de preocupação do governo em ver a Constituição sendo cumprida como Norma Suprema. A elaboração dos Atos Institucionais demonstra que o Governo Brasileiro estava preocupado com o cumprimento de sua vontade, tanto que, posteriormente consagrou alguns desses atos institucionais como normas constitucionais na Constituição de 1969.

Ademais, as duas Constituições em análise não emanaram do povo, consistindo num ato impositivo do Governo Militar, não assegurando direitos e garantias e não contribuindo para discussão do tema escolhido.

## **2.2 A Constituição Dirigente de 1988**

Diante do governo expressamente autoritário, e da situação opressora que o país vivenciava, a população brasileira não permaneceu inerte. Depois de uma mobilização da sociedade e das forças políticas, os militares acabaram deixando o poder. José Afonso da Silva (2010, p. 88) relata que:

A luta pela normalização democrática e pela conquista do Estado Democrático de Direito começara assim que se instalou o golpe de 1964 e especialmente após o AI 5, que foi o instrumento mais autoritário da história política do Brasil.

No entanto, apenas em 1988 foi promulgada uma nova Constituição Federal que rompia com o então governo autoritário vigente no Brasil.

Pedro Lenza (2009, p. 75 e 76) indica que o processo de redemocratização teve início com o pacote de Junho de 1978, que entre outras providências, revogou totalmente o AI 5, suspendeu as medidas que, com base no AI 5, cassaram direitos políticos e eliminou a possibilidade de suspensão do Congresso Nacional pelo Presidente da República. Também ressalta que contribuíram para esse processo de redemocratização a Lei da Anistia (Lei nº 6.683/1979) que concedeu anistia para aqueles que praticaram crimes políticos e conexos; a Reforma Partidária que regulamentou o pluripartidarismo partidário; as eleições diretas em âmbito estadual, instituída pela EC nº 15/1980; e por fim, o movimento popular que ficou conhecido como “Diretas Já”.

Mas foi com a eleição de Tancredo Neves, “que o Colégio Eleitoral acabou elegendo, em 15.01.1985, muito embora pelo voto indireto, pela primeira vez, após mais de 20 anos de ditadura militar, um civil – o que caracterizou o fim do regime militar” (LENZA, 2009, p. 76).

Sintetizando, Paulo Bonavides e Paes de Andrade (1991, p. 452 a 454) relatam que Tancredo Neves não conseguiu, por motivo de doença, tomar posse na data prevista, vindo, posteriormente, a falecer. Assumiu a Presidência o então Vice-Presidente José Sarney, que cumpriu com todos os compromissos propostos por Tancredo, propondo uma emenda constitucional que convocava a Assembléia Nacional Constituinte, instituindo uma Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, instalando a Constituinte em 1º de fevereiro de 1987, e por fim, promulgando uma nova Constituição Federal que permeia até os dias atuais.

José Afonso da Silva (2010, p. 90) indica que a Constituição Federal de 1988 é:

A Constituição Cidadã, na expressão de Ulysses Guimarães, Presidente da Assembléia Nacional Constituinte que a produziu, porque teve ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania.

Essa ampla participação popular é focada por Paulo Bonavides e Paes de Andrade (1991, p. 492) como o fator que legitimou a Constituição Brasileira de 1988, assim descrevendo: “foi a ação participativa popular, vivida com toda a intensidade ao transcurso dos vinte meses de reunião da Assembléia que em verdade legitimou a Constituinte.”

Na busca da democracia e da efetivação da cidadania acima explanada, a nova ordem constitucional elencou como forma de governo a República, e como sistema de governo o presidencialista, ambos ratificados pelo plebiscito estabelecido no artigo 2º dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias.

A Organização dos Poderes permaneceu tripartite, no entanto, essa separação de poderes voltou a ser equilibrada, não ocorrendo o fortalecimento do Poder Executivo presente na Ditadura Militar. Nos termos do texto constitucional, o Poder Legislativo é exercido através do Congresso Nacional, formado pela Câmara dos Deputados, composta por representantes do povo, e pelo Senado Federal, composto por representantes dos Estados.

No tocante ao Poder Judiciário, inovou-se criando o Superior Tribunal de Justiça, passando o Supremo Tribunal Federal a ter competência atinente a matérias constitucionais.

Pode-se afirmar que a Constituição de 1988 caracteriza-se por ser uma Constituição rígida, diante de regulamentar um processo mais solene e dificultoso para alteração do texto constitucional que em relação às demais espécies normativas.

Em razão do período opressor que o Brasil vivenciou antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, buscou-se, na elaboração de referida Constituição, consagrar aos cidadãos princípios democráticos, direitos individuais e coletivos, estabelecendo-os como fundamentais e incluindo direitos sociais e econômicos; indicando programas e políticas de governo a serem cumpridos pelo Estado em favor dos brasileiros; e, por fim, regulamentando mecanismos de defesa para a efetivação da ordem constitucional.

Paulo Bonavides e Paes de Andrade (1991, p. 486) exemplificam:

A Constituição avança e testifica a modernidade quando faz do racismo, da tortura e do tráfico de drogas crimes inafiançáveis, quando estabelece o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção e habeas data, quando reforça a proteção dos direitos e liberdades constitucionais, quando restitui ao Congresso Nacional prerrogativas que lhe haviam sido subtraídas pela administração militar, quando valoriza a função do controle parlamentar sobre o Executivo por via de comissões parlamentares de inquérito dotadas de poderes de investigação idênticos aos da autoridade judiciária, quando substitui o Conselho de Segurança Nacional por dois novos conselhos de assessoria do Presidente da República no propósito de fazer mais eficaz, mais aberto e mais fiscalizado o sistema de defesa das instituições, quando define os princípios fundamentais de um estado social de direito, quando determina os princípios da ordem econômica, a defesa do meio ambiente, a proteção aos índios, as conquistas da seguridade social.

A Constituição em testilha trata-se então de uma Lei Maior Dirigente, uma vez que “não é um mero instrumento de governo que fixa competências e ordena processos, mas sim, para além disso, um plano normativo global que enuncia metas, fins e programas a serem realizados pelo Estado e pela Sociedade.” (CUNHA JÚNIOR, 2004, p. 69)

José Joaquim Gomes Canotilho, em seu livro “Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador” (1994, p. 150 e 151), explica a função da Constituição Dirigente, afirmando tratar-se de uma função programática, em que “os pontos fundamentais são os seguintes: a constituição é a garantia do existente; a constituição é um programa ou linha de direção para o futuro”.

No tocante à estrutura da Constituição Dirigente, o citado autor (CANOTILHO, 1994, p. 153 e 154) relata que:

Normas determinadoras de competências, normas de processo e organização, garantias de direitos fundamentais, esgotavam o arsenal clássico de constituição como instrumento de governo; determinações dos fins do Estado, princípios e directivas jurídico-constitucionais, princípios políticos constitucionalmente conformadores, imposições legiferantes, correspondem à estrutura de uma lei fundamental programática.

A Constituição é a Lei fundamental de um Estado, uma vez que, dentre outras características, traz suas regras de estruturação, regulamentado a ordem política e jurídica de uma nação. Sendo assim, a Constituição de um país precisa necessariamente acompanhar o modelo do Estado que objetiva reger.

Pois bem, da história da humanidade é possível extrair dois diferentes modelos de Estado: o Estado Liberal e o Estado Social. Dirley da Cunha Junior (2004, p. 55) associa esses dois modelos de Estados às constituições, descrevendo:

Nesse contexto, a história testemunhou a metamorfose do modelo do Estado dos séculos XVIII e XIX para o modelo do Estado contemporâneo: do Estado Liberal ao Estado Social, duas realidades distintas, ordenadas por duas Constituições também distintas. Uma a liberal ou garantia, limitando o Estado e suas funções, onde o poder público não podia interferir no exercício das liberdades, cabendo apenas resguardá-las. Outra, a dirigente, que amplia o Estado e as suas funções, em face da qual o poder público é chamado a intervir ativamente no sentido de fornecer prestações exigidas pelo indivíduo.

Sintetizando os pensamentos acima transcritos, pode-se afirmar que a Constituição Dirigente é aquela que, por meio de normas programáticas, estabelece prestações positivas a serem cumpridas pelo Estado, consagrando um Estado Social, garantidor dos direitos dos cidadãos, participando efetivamente na vida dos indivíduos.

Referido autor (CUNHA JÚNIOR, 2004, p. 68), posteriormente afirma que “na história constitucional brasileira, as Constituições de 1824 e 1891 foram liberais. Já as Constituições de 1934, 1946, 1967 e 1988 podem ser consideradas como Constituições sociais.”

No entanto, a Constituição de 1988 é a que mais contém normas programáticas. Isso pode ser extraído da própria análise de seu texto constitucional:

são inúmeras as normas que necessitam, para sua eficácia, de atitudes positivas por parte do Estado, “prestações de ordem econômica, social e cultural” (CUNHA JÚNIOR, 2004, p. 56), ou seja, os chamados, por Norberto Bobbio, em sua obra “A era dos Direitos”, de direitos de segunda geração.

O próprio preâmbulo, “embora não seja considerado uma norma constitucional, indica alguns compromissos e ideais da Constituição Federal” (ARAÚJO e NUNES JÚNIOR, 2009, p. 97), demonstrando o caráter dirimente da Carta Magna de 1988.

Talvez seja a esse fato, aliado ao fato de ser uma Constituição elaborada com a participação popular, objetivando a democracia e a garantia dos direitos dos cidadãos, até então violados pelo governo autoritário da Ditadura Militar, que a Constituição de 1988 foi a primeira Constituição Brasileira a se preocupar com a possibilidade de descumprimento do texto constitucional através de omissões por parte dos órgãos do Estado legitimados pela própria Constituição a atuarem, ou seja, houve pela primeira vez num texto constitucional brasileiro a preocupação com as denominadas omissões inconstitucionais.

Pedro Lenza (2009, p. 80) explica que “pela primeira vez se estabeleceu o controle das omissões legislativas, seja pelo mandado de injunção (controle difuso), seja pela ADI por omissão (controle concentrado)”.

No entanto, não foram apenas essas as inovações, atinentes ao controle de constitucionalidade, trazidas pelo Constituinte de 1988. Pedro Lenza (2009, p. 158 e 159) indica ainda a ampliação dos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, a possibilidade de representação de inconstitucionalidade pelos Estados “de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual” e a previsão da criação da arguição de descumprimento de preceito fundamental como inovações do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

O artigo 103 da Constituição Federal demonstra essa ampliação dos legitimados, assim dispondo:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

- IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- 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.

No tocante à arguição de descumprimento de preceito fundamental, prevista no artigo 102, § 1º da Constituição Federal, a lei nº 9.882/99 que a regulamentou, acabou criando dois institutos: a arguição direta e a incidental. Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2009, p. 54) demonstram a existência desses dois institutos, explicando que “a arguição direta teria por objetivo ‘evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do poder público’, enquanto a incidental teria como pano de fundo controvérsia constitucional relevante iniciada em um processo judicial qualquer.”

Além disso, a Emenda nº 3/1993 instituiu a ação declaratória de constitucionalidade. Referida ação tem como objetivo declarar a validade da norma, concedendo a ela “uma imunidade especial perante as incidentais arguições de inconstitucionalidade.” (TEMER, 2008, p. 54)

Por fim, a Emenda Constitucional nº 45/2004 trouxe outra inovação, igualando os legitimados da ação direta de inconstitucionalidade aos da ação declaratória de constitucionalidade, ampliando, dessa forma, o rol de legitimados deste instituto.

Em suma, a Constituição de 1988 preservou o controle de constitucionalidade pela via difusa e concentrada, no entanto, modificou a via concentrada, inserindo modificações importantes, como as supracitadas, motivo pelo qual o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade foi alterado, concedendo maior ênfase ao controle abstrato das normas constitucionais em detrimento do controle feito no caso concreto, até então predominante. Dirley da Cunha Júnior (2004, p. 444 e 445) afirma que “tal fato agravou-se com a previsão de efeito vinculante para todas as decisões proferidas no âmbito daquelas ações diretas”, isto é, as ações de controle concentrado de constitucionalidade propostas perante o Supremo Tribunal Federal.

Os avanços no sistema de constitucionalidade trazidos pela Constituição de 1988 demonstram a idéia da Constituição como norma suprema, uma vez que, sendo norma suprema, precisa, necessariamente, ser cumprida de

forma efetiva. Todo o texto constitucional, como um ato de soberania, foi aprovado e promulgado, não cabendo ser descumprido.

### 3 EFICÁCIA E APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

O ordenamento jurídico brasileiro concentra normas constitucionais materiais e normas constitucionais formais. As normas constitucionais materiais são aquelas que embora não inseridas na Constituição, possuem conteúdo constitucional. Dirley da Cunha Júnior (2004, p. 73) explica que "são consideradas materiais por regularem a estrutura do Estado, a organização do poder e os direitos fundamentais, encontram-se inseridas ou não no texto escrito."

Já para classificar em normas constitucionais formais o que importa é a localização, e não as matérias que regulam. Assim, normas constitucionais formais consistem nas disposições que integram o documento solene criado pelo Poder Constituinte Originário.

No entanto, conforme afirma José Afonso da Silva (2008, p. 46), "as normas materialmente constitucionais transmudam-se em normas de direito constitucional formal, iguais às demais, uma vez inscritas numa constituição rígida."

Conclui referido autor, que o que importa são as normas constitucionais formais, pois quando inseridas na Constituição rígida que as normas passam a se distinguir pela hierarquia, constituindo fundamento de validade de todo ordenamento jurídico (SILVA, 2008, p. 44-45).

Ainda acerca das normas constitucionais, destaca-se que são regras jurídicas, assim todas as disposições inseridas na Constituição são imperativas, isto é, impõem uma obrigatoriedade a seus destinatários. Isto advém da Constituição brasileira ser uma constituição rígida e uma norma suprema, que não iria regular situações que não ensejassem obrigatoriedade.

Segundo Dirley da Cunha Júnior (2004, p. 75) a "imperatividade é da essência das normas jurídicas e, em especial, das normas constitucionais, sem a qual não há falar em normas jurídicas. É seu atributo fundamental."

Todas as normas constitucionais, inclusive aquelas que são chamadas programáticas ou diretivas, com alto teor de abstração e imperfeição, embora incompletas e dependentes legislação, produzem algum tipo de efeito, não se podendo negar o seu conteúdo normativo e sua eficácia vinculante.

Rui Barbosa (1933, p. 489) esclarece que:

Não há, numa constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas tem a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos 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 o seu critério, os habilite a se exercerem.

Embora o presente capítulo analise a eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, classificando em normas com eficácia plena e aplicabilidade imediata, normas de eficácia contida e de eficácia limitada, se verá adiante que todas possuem efeitos jurídicos e geram obrigatoriedade. Assim, esmiuçada as características das normas constitucionais, passa-se a explicar a classificação delas quanto à eficácia.

### **3.1 Considerações Preliminares**

A aplicabilidade de uma norma consiste na possibilidade que ela tem de reger os fatos no caso concreto. Mas, juridicamente, para que uma norma tenha aplicação, é imprescindível que ela esteja vigente, seja legítima e tenha eficácia. José Afonso da Silva (2008, p.52), monografista do tema, indica “que a ocorrência desses dados constitui condição geral para aplicação das normas constitucionais.”

A vigência da norma está relacionada à sua existência jurídica. Para produzir efeitos, a norma precisa existir, ou seja, precisa ser promulgada e estar em vigor no ordenamento jurídico, passando a gerar obrigatoriedade.

Hans Kelsen (1998, p. 181), defendendo a formação escalonada do sistema jurídico, afirma que a norma superior, a Constituição, é o fundamento de validade de todo ordenamento jurídico. Sendo assim, as normas inferiores encontram sua legitimidade na Constituição. Mas e as normas constitucionais, aonde encontram sua validade? Dirley da Cunha Júnior (2004, p. 78) explica que “a validade da norma constitucional repousa não em outra norma superior, pois não há norma superior à Constituição, mas sim no poder constituinte.”

Portanto, a legitimidade da norma constitucional, condição para sua aplicação, repousa no Poder inicial, ilimitado e soberano: o Poder Constituinte Originário.

Por fim, como condição de aplicação das normas constitucionais, tem-se a eficácia. A eficácia das normas jurídicas nada mais é do que a capacidade de produzir efeitos, podendo ser dividida em eficácia social e eficácia jurídica.

Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Junior (2011, p. 49) explicam que a eficácia social, também denominada efetividade, “designa o fenômeno da concreta observância da norma no meio social que pretende regular.” A norma tem eficácia social quando ela é efetivamente cumprida. A eficácia social está relacionada à conduta humana, à aceitação da norma pela população.

Por sua vez, a eficácia jurídica consiste na capacidade da norma produzir efeitos jurídicos. Michel Temer (2008, p. 25) explica que a norma “já produz efeitos jurídicos na medida em que sua simples edição resulta na revogação de todas as normas anteriores que com ela conflitam.”

Partindo desse pressuposto, a todas normas jurídicas vigentes e validas é conferida a capacidade de produzir efeitos jurídicos, podendo haver normas constitucionais desprovidas de eficácia social, mas com eficácia jurídica.

Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Junior (2011, p.50) ao lecionarem acerca da eficácia jurídica, explicam que ela pode se apresentar em dois níveis: o sintático e o semântico. “Aquele diz respeito às relações de coordenação e subordinação das normas constitucionais. Este, ao predicado que investe a norma da capacidade de gerar direito subjetivo ao respectivo titular.” (ARAUJO e NUNES JUNIOR, 2011, p. 50). Relatam ainda que as normas jurídicas, no mínimo, geram a eficácia sintática, servindo de interpretação para as leis infraconstitucionais, e podendo gerar a revogação ou inconstitucionalidade das normas inferiores. Em síntese, referidos autores explicam dois graus que os efeitos jurídicos podem se apresentar.

Assim, todas as normas constitucionais possuem efeitos jurídicos, umas em menor, outras em maior grau; o que ensejou à seguinte classificação, idealizada por José Afonso da Silva, que passa a ser explicada.

### 3.2 Normas Constitucionais de Eficácia Plena

As normas constitucionais de eficácia plena são aquelas que, assim que ingressam ao ordenamento jurídico já possuem capacidade de produzir todos seus efeitos jurídicos, alcançando os objetivos que regulamentam. Elas possuem aplicabilidade direta, imediata e integral, pois não exigem a criação de outra lei para atingir sua finalidade. Nesse sentido, pode-se dizer que são normas completas, bastante em si mesmas, ou auto-aplicáveis como denominado pela doutrina norte-americana.

Não se pode olvidar de citar José Afonso da Silva, idealizador da classificação em questão. Referido autor (2008, p. 99) explica que:

Quando essa regulamentação normativa é tal que se pode saber, com precisão, qual a conduta positiva ou negativa a seguir, relativamente ao interesse descrito na norma, é possível afirmar-se que esta é completa e juridicamente dotada de plena eficácia, embora não possa ser socialmente eficaz. Isso se reconhece pela própria linguagem do texto, porque a norma de eficácia plena dispõe peremptoriamente sobre os interesses regulados.

Pela análise do texto constitucional, têm-se como alguns exemplos de normas constitucionais de eficácia plena os artigos 1, 2, 19, 20, 21, 22, 51, 52 da Constituição Brasileira de 1988.

Pontes de Miranda (1967, p. 126) afirma que “quando uma regra se basta, por si mesma, para sua incidência, diz-se bastante em si, *self-executing, self-acting, self-enforcing*.”

Essas normas constitucionais são chamadas de auto-executáveis ou auto-aplicáveis, com aplicabilidade imediata e integral. Para Rui Barbosa (1933, p. 488):

Executáveis por si mesmas, ou auto-executáveis, se nos permitem uma expressão, que traduza num só vocábulo o inglês *self executing*, são, portanto, as determinações para executar as quais, não se haja mister de constituir ou designar uma autoridade, nem criar ou indicar um processo especial, e aquelas onde o direito instituído se ache armado por si mesmo, pela sua própria natureza, dos seus meios de execução e preservação. Mas nem todas as disposições constitucionais são auto-aplicáveis. As mais delas, pelo contrário, não o são.

Em suma, as normas constitucionais de eficácia plena são aquelas que não exigem legislação infraconstitucional ou medidas administrativas para a sua plena execução, sendo normas fortes quanto à eficácia, não havendo possibilidade de serem enfraquecidas. Assim, quando ingressam no ordenamento jurídico já possuem todas as condições para serem aplicadas.

### **3.3 Normas Constitucionais de Eficácia Contida**

Assim como as normas constitucionais de eficácia plena, as de eficácia contida possuem aplicabilidade imediata e direta, isto é, são normas completas que, ao entrarem em vigor, já possuem todos os aparatos que possibilitam sua aplicação.

Porém, as normas constitucionais de eficácia contida diferem das supracitadas por possivelmente não terem aplicabilidade integral, uma vez que mencionam a criação de uma lei, ou outro elemento, que limita a plenitude de sua eficácia.

As normas citadas ingressam no ordenamento como normas fortes, já possíveis de aplicação, no entanto, por uma integração legislativa futura, podem vir a se tornar normas fracas, restringindo sua aplicação e eficácia. Por essa razão, Michel Temer (2008, p.26) prefere denominá-las de “normas constitucionais de eficácia redutível ou restringível”, defendendo que apesar da possibilidade de redução de sua eficácia, possuem aplicabilidade imediata, integral e plena.

Não são apenas as leis infraconstitucionais que podem vir a restringir o alcance dessas normas. Pedro Lenza (2009, p. 137) indica a possibilidade de outras normas constitucionais, como por exemplo o estado de sítio e alguns conceitos vagos, como motivo de ordem pública, bons costumes e paz social, conterem a eficácia das normas em questão.

José Afonso da Silva (2008, p.105) relata a ocorrência de normas constitucionais de eficácia contida especialmente nas normas que regulamentam direitos e garantias fundamentais. Como exemplo, podemos citar o artigo 5º, inciso VIII da Constituição Federal de 1988, que estabelece: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.” Restringindo a aplicação dessa norma constitucional, o Estatuto da

OAB exige a aprovação no exame da ordem como condição do exercício da advocacia.

Em suma, as normas constitucionais de eficácia contida geram os efeitos jurídicos em sua plenitude até a criação legislativa, que acaba por limitar sua eficácia.

### **3.4 Normas Constitucionais de Eficácia Limitada**

As normas constitucionais de eficácia limitada são aquelas que quando entram em vigor, não são capazes de produzir todos seus efeitos, necessitando de uma futura atividade do legislador infraconstitucional para alcançar força e assim ter aplicabilidade integral. André Ramos Tavares (2003, p. 87) conceitua referidas normas como “aquelas que dependem de regulamentação futura, na qual o legislador infraconstitucional vai dar eficácia à vontade do constituinte”.

Francisco Cavalcante Pontes de Miranda (1969: 126-127) afirma que normas programáticas são:

Aquelas em que o legislador, constituinte ou não, em vez de editar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelas quais se hão de orientar os poderes públicos. A legislação, a execução e a própria justiça ficam sujeitas a esse ditames, que são programas dados à sua função.

Assim, as normas constitucionais de eficácia limitada possuem aplicabilidade mediata e indireta. No entanto, por força do artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, as normas de eficácia limitada garantidoras de direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata. O alcance de referido princípio será oportunamente explicado no próximo capítulo.

As normas constitucionais em testilha diferenciam-se das normas de eficácia contida, uma vez que nessas a legislação infraconstitucional futura que prevêem se apresenta como uma restrição à sua aplicação, enquanto nas normas de eficácia limitada, a norma integrativa faz o reverso, trazendo à norma constitucional a plenitude de seus efeitos. Já as normas de eficácia plena se

diferenciam das demais pelo fato de possuírem aplicação integral desde sua vigência, não prevendo nenhuma norma futura que amplie ou restrinja sua eficácia.

Ressaltadas as diferenças de cada espécie normativa, passa-se a discorrer acerca das normas constitucionais de eficácia limitada, análise imprescindível e importante para o presente trabalho, que busca a solução para a omissão dos órgãos constitucionalmente legitimados a atuarem, objetivando, como via de consequência, o efetivo cumprimento da norma suprema de nosso país.

José Afonso da Silva, ao idealizar a classificação em apreço, dividiu as normas constitucionais de eficácia limitada em dois grupos: normas constitucionais de princípio institutivo e normas constitucionais de princípio programático.

As normas de princípio institutivo são conceituadas como normas que “contêm esquemas gerais, um como que início de estruturação de instituições, órgãos ou entidades, pelo quê também poderiam chamar-se normas de princípio orgânico ou organizativo” (SILVA, 2009, p. 123).

São normas que prevêm a criação de instituições, órgãos ou entidades, exigindo uma lei integrativa para a efetiva criação ou funcionamento desses institutos, nos limites da regulamentação constitucional. Alguns exemplos são os artigos 18, 33, 88, 121 da Constituição Federal de 1988.

As normas constitucionais de princípios programáticos também traçam esquemas gerais, porém estão voltadas para fins sociais. Dirley da Cunha Junior (2004, p. 93) conceitua-as como “normas de eficácia limitada que veiculam políticas públicas ou programas de governo, como resultado de um compromisso assumido pelas constituições dos Estados contemporâneos.” Assim, são resultado do conteúdo social das constituições dirigentes para a consolidação do Estado Democrático de Direito.

Há que se observar que diversas são as classificações quanto a eficácia das normas constitucionais. Maria Helena Diniz (2003, p. 111-119), em monografia sobre o tema, divide as normas constitucionais em quatro diversas modalidades: “normas supereficazes ou com eficácia absoluta, normas com eficácia plena, normas com eficácia relativa restringível, normas com eficácia relativa complementável ou dependente de complementação legislativa.”

Para o trabalho em questão, o que importa é saber a existência de normas constitucionais impositivas, que embora possuam alguns efeitos jurídicos,

para alcançar a plenitude desses, exigem a atuação legislativa infraconstitucional ou outras medidas administrativas que viabilizem as políticas públicas que indicam.

A atual Constituição Federal brasileira possui 365 dispositivos sujeitos a regulamentação. Desse número, 239 já se encontram regulamentados, alcançando assim todos seus efeitos e tendo total aplicabilidade. No entanto, mesmo após mais de 20 anos de sua promulgação, existem ainda no texto constitucional 126 dispositivos pendentes de disciplina. Embora um pouco mais da metade desse número já tenha proposições, 66 dispositivos, é grande o número de normas constitucionais que ainda não atingem todos os seus objetivos. Alguns exemplos dessas normas de eficácia limitada que continuam sem complementação podem ser citados, como os artigos 5º, inciso VI; 18, § 2º; 79, parágrafo único; 136, § 1º; 146-A; 172, caput; 195, § 11.<sup>1</sup>

Portanto, as normas de eficácia limitada são aquelas que quando publicadas apresentam apenas alguns de seus efeitos jurídicos, como a capacidade de revogar leis anteriores contrárias aos seus ditames, servir como parâmetro de interpretação constitucional, gerar inconstitucionalidade de leis ou atos com ela incompatíveis. Mas para alcançarem seu real objetivo, instituem um dever ao Poder Legislativo ou Executivo, podendo a omissão gerar uma inconstitucionalidade como se verá a seguir.

Ocorre que, como se verifica pela quantidade de dispositivos ausentes de regulamentação acima exposta, esse dever constitucional não está sendo cumprido. Isso enseja a busca de uma solução para que a Constituição Federal, norma suprema que é, alcance todos seus objetivos, regulamentando todas as situações que prevê, concretizando todas as suas normas, sendo então, efetivamente cumprida.

---

<sup>1</sup> Disponível em: <[http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/regulamentacao/dispositivos](http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/regulamentacao/dispositivos)>

## 4 A OMISSÃO INCONSTITUCIONAL E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Na história da humanidade, as Constituições surgiram como um documento capaz de garantir os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, impondo limites aos Estados até então absolutistas. Alexandre de Moraes (2001, p. 1) explica que as primeiras constituições escritas apresentaram “dois traços marcantes: organização do Estado e limitação do poder estatal, por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais.” Por outro lado, Alexandre Groppali (1962, p.184) lembra que os órgãos inferiores e também os poderes devem obediência ao texto constitucional, que hierarquicamente impõe condutas.

Porém, no decorrer da história tornou-se imprescindível a consagração de direitos que exijam uma prestação positiva do Estado, para assim, ser garantida a dignidade da pessoa humana. Surgem os direitos de segunda geração, denominados assim por Norberto Bobbio em seu livro “A Era dos Direitos”.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988, ao regulamentar os direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais, institui políticas públicas a serem implementadas, traçando vetores a serem observados pelos Poderes Públicos com o objetivo de atingir os fins do Estado Social de Direito. Trata-se, como visto, das denominadas normas programáticas.

A atual Lei Fundamental possui 126 dispositivos ausentes de regulamentação. Desse total, 17 dispositivos referem-se a direitos e garantias fundamentais, e 20 dispositivos estão inseridos no capítulo atinente a Ordem Social.<sup>2</sup>

Há que se observar que “o Estado de Direito está vinculado à existência de uma Constituição que reconheça, entre outros, os direitos fundamentais” (COSTA, 2010, p. 48). Sendo a Magna Carta um instrumento de garantia dos direitos fundamentais, não se pode tolerar essa grande quantidade de normas definidoras dos direitos fundamentais ausentes de concretização, sob pena da Constituição perder sua própria razão de ser, obstando a construção constitucional do Estado de Direito.

---

<sup>2</sup> Disponível em <[http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/regulamentacao/dispositivos](http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/regulamentacao/dispositivos)>

Norberto Bobbio (1992, p. 25) há tempos atrás já declarava que “o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los.”

O constituinte, ciente da relevância dos direitos fundamentais e da possibilidade de omissão dos Poderes, instituiu na Constituição o artigo 5º, §1º, que estabelece que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” (§1º do art. 5º da Constituição Federal). Surgiram na doutrina diversos questionamentos acerca desse princípio, uma vez que vários direitos fundamentais, como a maioria dos direitos sociais, dependem de complementação.

José Afonso da Silva (2008, p. 165), idealizador da classificação adotada no presente trabalho, explica essa aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais:

Em primeiro lugar, significa que elas são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Em segundo lugar, significa que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes.

Portanto, na disposição constitucional em questão, encontra-se o início de uma solução para as normas ausentes ainda de eficácia plena. O princípio em comento é aplicado para toda e qualquer norma definidora de direito ou garantia fundamental. O objetivo primordial foi de vincular os Poderes Públicos, de modo a conferir efetividade aos direitos e garantias fundamentais previstos constitucionalmente. Assim, esse princípio colocou em dúvida a ampla discricionariedade dos Poderes Públicos frente ao cumprimento da Norma Suprema, principalmente atinente aos direitos e garantias fundamentais.

O presente trabalho analisa as normas constitucionais que regulamentam direitos fundamentais, mas que exigem uma regulamentação, por parte do Poder Legislativo, para alcançarem seu real objetivo. Defende-se o ativismo judicial como uma solução para concretização dos direitos fundamentais. Para tanto, explicar-se-á o que vem a ser o fenômeno da inconstitucionalidade, com o objetivo de uma posterior compreensão acerca da omissão inconstitucional.

## 4.1 Conceito de Inconstitucionalidade

A ideia de inconstitucionalidade deriva da supremacia e rigidez da Constituição. O Texto Magno ocupa no ordenamento jurídico uma posição hierárquica superior às demais espécies normativas. Em razão desse escalonamento do sistema normativo, idealizado por Hans Kelsen, os atos inferiores precisam estar compatíveis com a norma suprema. Mario de La Cueva (2008, p. 96) leciona que “la supremacía formal es el resultado de la condición escrita y de la rigidez de las constituciones, forma en la que quedan al abrigo de cualquier acto de los poderes estatales.”

O ponto fundamental para entender o fenômeno da inconstitucionalidade é o reconhecimento da supremacia da Constituição. Ademais, a Constituição rígida confere uma superioridade às suas normas, na medida em que estabelece um procedimento mais complexo para sua alteração. Ao inovar na ordem jurídica, inserindo uma norma contrária à Lei Fundamental, estaria afetando a supremacia e rigidez da Norma Suprema.

A inconstitucionalidade ocorre quando os atos legislativos ou administrativos estão em desconformidade com os preceitos constitucionais. Artemio Luis Mello (1983, p.197) ao abordar a função legislativa na Argentina ressalta o parâmetro imposto pela Lei Maior para elaboração das demais espécies normativas.

A Constituição, norma suprema que é, funciona como fundamento de validade das demais espécies normativas. André Ramos Tavares (2003, p.176) relata que “a invalidade, pois, equivale à própria inconstitucionalidade.” Referido autor, explicando essa afirmação, conclui que uma norma inválida pode gerar eficácia, surgindo a inconstitucionalidade como sanção, para retirar a eficácia dessa norma. A inconstitucionalidade trata-se, portanto, de uma garantia da Norma Suprema.

O fenômeno da inconstitucionalidade abarca dois parâmetros: o formal e o material. A inconstitucionalidade formal está associada ao procedimento previsto para a produção normativa. As normas infraconstitucionais precisam observar o órgão constitucionalmente legitimado para sua criação, e a forma prevista para ingressar no ordenamento jurídico.

Por sua vez, a inconstitucionalidade material está relacionada ao conteúdo. Isto é, os atos infraconstitucionais não podem regular matérias de forma antagônica ao instituído pela Norma Suprema.

Em suma, a inconstitucionalidade está associada à supremacia da Constituição Federal, de modo que todos os atos precisam estar, formal e materialmente, compatíveis com a Norma Suprema, sob pena de perda de sua eficácia e conseqüente retirada da ordenação jurídica.

Ao conceituar inconstitucionalidade, Michel Temer (2008, p. 44) observa que:

Controlar a constitucionalidade de ato normativo significa impedir a subsistência da eficácia de norma contrária à Constituição. Também significa a conferência de eficácia plena a todos os preceitos constitucionais em face da previsão do controle da inconstitucionalidade por omissão.

O sistema jurídico brasileiro reconhece duas espécies de inconstitucionalidade: a inconstitucionalidade por ação e a inconstitucionalidade por omissão. Para o presente trabalho, importa a inconstitucionalidade por omissão, uma vez que busca a solução para as normas constitucionais ausentes ainda de eficácia plena.

#### **4.2 A Omissão Inconstitucional e suas Modalidades**

A omissão inconstitucional trata-se de uma decorrência lógica da instituição do Estado Social. As Constituições contemporâneas, isto é, as Constituições Dirigentes, ao consolidarem um Estado Social ao invés do Estado Liberal, acabaram por instituir normas que exigem uma prestação positiva por parte dos Poderes Públicos, para assim atingirem seus fins sociais. Surge uma preocupação quanto ao cumprimento desses dispositivos constitucionais não aplicáveis por si mesmos, de modo a atender as imposições legiferantes da Carta Magna.

Dirley da Cunha Júnior (2004, p. 110) relata que:

Visando garantir a realização desses fins, o que corresponde, em última análise, a assegurar a efetividade da Constituição Dirigente, a ordem jurídica viu-se compelida a instituir novas categorias jurídico-constitucionais. Cria-se, assim, a inconstitucionalidade por omissão, como uma sanção jurídico-constitucional dirigida aos órgãos do Estado pelo silêncio transgressor da Constituição e destinada a evitar a erosão da força normativa da Constituição Dirigente.

A Constituição Federal de 1988 consiste numa Constituição Dirigente, repleta de normas impositivas, mas com graus diferentes de eficácia. A omissão inconstitucional verifica-se nas normas constitucionais de eficácia limitada, uma vez que referidas normas dependem de complementação infraconstitucional para alcançar a plenitude de seus efeitos.

As normas constitucionais, sendo impositivas, vinculam os órgãos dos Poderes Públicos a atuarem para dar efetividade a Norma Suprema. Assim, é possível conceber uma forma de incompatibilidade com a Constituição pela abstenção dos poderes constituídos em situações que a Lei Fundamental exige justamente uma prestação positiva, instituindo um dever constitucional.

José Joaquim Gomes Canotilho (1994, p. 331 e 332) explica:

Não se trata pois, apenas de um simples negativo não fazer; trata-se, sim de não fazer aquilo a que, de forma concreta e explícita estava constitucionalmente obrigado. Já por esta definição restrita de omissão se pode verificar que a inconstitucionalidade por omissão, no seu sentido estrito e rigoroso sentido, deve conexionar-se com uma exigência concreta constitucional de acção.

Dessa forma, não é apenas um simples não agir que leva a uma omissão inconstitucional, devendo ser observado um requisito, qual seja: um dever constitucional concreto, indispensável para a eficácia plena da norma constitucional.

A omissão inconstitucional pode existir em face de quaisquer poderes constituídos, não sendo, portanto apenas uma omissão legislativa. Segundo Walter Claudius Rothenburg (2005, p. 88):

Variadas podem ser, sabe-se, as modalidades de inexecução dos mandamentos constitucionais. Normas constitucionais desprovidas de aplicabilidade imediata, as de eficácia limitada não se resumem àquelas que reclamam integração normativa. Às vezes, o que falta são atos políticos ou executivos.

As normas de eficácia limitada podem exigir providências normativas ou fáticas, como a criação de uma lei ou instituição de políticas públicas. Assim, a omissão inconstitucional pode advir de todos os órgãos dos Poderes Públicos.

Podemos citar como exemplo de medida administrativa, de índole não normativa, a organização dos serviços da defensoria pública como uma forma para assegurar o direito a assistência jurídica dos necessitados, conforme esculpido no artigo 5º, inciso LXXIV c/c o artigo 134 da Constituição Federal de 1988.

Por outro lado, a omissão inconstitucional pode se apresentar sobre diversas modalidades, quais sejam: inconstitucionalidade por omissão total e parcial, formal e material, absoluta e relativa.

Essas modalidades se aproximam, de modo que José Joaquim Gomes Canotilho (1994, p. 333 a 336), em seu livro “Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador” explica apenas a omissão formal e material, e a absoluta e relativa. E Dirley da Cunha Júnior (2004, 127), indica as três modalidades, explicando, no entanto, que “omissão formal e material nada mais são do que omissão total e parcial, respectivamente”.

Dessa forma, importa sabermos apenas que a inconstitucionalidade por omissão pode ocorrer quando simplesmente o poder constituído não age, e quando o Poder Público age, mas de forma imperfeita, não cumprindo suficientemente os ditames constitucionais. Demonstrando o exposto, transcreve-se o seguinte trecho da obra de Canotilho (1994, p. 333 e 334), ressaltando que embora referido autor fale em dever de legislação, entende-se como dever de agir a todas as imposições constitucionais, uma vez que a omissão inconstitucional não é só a relacionada ao Poder Legislativo:

O dever de legislação pode ser violado: (1) quando o legislador não emana qualquer preceito a executar as imposições constitucionais; (2) quando as leis de cumprimento das imposições favorecem certos grupos, esquecendo outros; (3) quando os actos de legiferação, que se propõem realizar certas imposições constitucionais, excluem alguns cidadãos, total ou parcialmente, de forma expressa.

A omissão inconstitucional parcial estaria assim relacionada ao princípio da isonomia, uma vez que o órgão continuaria inerte, sem conferir eficácia plena às normas constitucionais, em razão de pessoas ou grupos em condições iguais, não estarem sofrendo os mesmos efeitos da norma constitucional.

No entanto, a imperfeição na norma integrativa que gera a omissão inconstitucional não é só oriunda do princípio da isonomia. Dirley da Cunha Júnior (2004, p. 123) explica trazendo como exemplo a ADIMC 1458-DF, na qual o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade por omissão em razão da insuficiência do valor fixado para o salário mínimo. Portanto, a omissão inconstitucional parcial ocorre quando os órgãos não desenvolvem seu dever constitucional de forma satisfatória.

Por fim, para tornar eficazes as imposições constitucionais é necessário reconhecer um tempo para os órgãos constituídos agirem para depois ser reconhecida a omissão inconstitucional. Quando a própria norma constitucional faz referência ao prazo de atuação, deve ser esse o tempo observado, configurando, posteriormente, a inconstitucionalidade por omissão. Não havendo um prazo estabelecido, deve se levar em conta um tempo hábil, “dentro do qual podia e devia ser produzida a medida necessária para conferir exequibilidade à norma constitucional.” (CUNHA JÚNIOR, 2004, p. 121).

A Constituição atual está em vigência há mais de vinte anos, estando caracterizado esse tempo hábil no qual o Poder Público deveria agir.

Portanto, a omissão inconstitucional se caracteriza quando a Constituição Federal confere aos Poderes o dever de complementar as normas constitucionais, para garantir a plenitude de seus efeitos, e estes permanecem silentes. Ficando os Poderes omissos, isto é, tendo uma conduta negativa, quando a Constituição Federal, norma suprema que é, exige o reverso, pode-se falar em descumprimento da Carta Magna e consequente conduta inconstitucional.

## 5 AÇÕES ESPECIAIS DE CONTROLE DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

Reconhecida a omissão inconstitucional torna-se imprescindível regulamentar meios que solucionem essa forma peculiar de afronta ao texto constitucional. Não adianta declarar direitos se não houver meios que compelem o Estado a colocá-los em prática.

Germán Bidart Campos (2003, p. 117) relata que:

La plenitud del principio de supremacía incita a repetir que toda constitución –si es debe operar realmente desde y con esa misma supremacía- necesita desplegar la fuerza normativa en todas sus partes, para lograr lo que el principio de supremacía ha pretendido señalar: el cumplimiento, la eficacia, la aplicación de la constitución, y la fidelidad a ella mediante su acatamiento.

A Constituição precisa ser cumprida em sua íntegra, de modo que suas normas tenham aplicabilidade e gerem todos os objetivos para qual foram criadas. Imprescindível para tanto, um controle judicial das omissões dos órgãos constitucionalmente legitimados a atuar.

A Constituição Federal de 1988, de forma inédita no Brasil, instituiu dois instrumentos contra a omissão inconstitucional: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. No entanto, após mais de 20 anos da promulgação da Lei Fundamental, a solução que esses institutos conferem ao cidadão é ainda tema de discussão, sendo que até mesmo a Suprema Corte recentemente mudou seu posicionamento.

Insta salientar que esses mecanismos constitucionais de combate a omissão inconstitucional devem ser interpretados de acordo com o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, esculpido no artigo 5º, § 1º da Constituição Federal.

Fato é que a omissão inconstitucional deve ser repelida do ordenamento jurídico, uma vez que além de ser obstáculo para efetivação de direitos subjetivos constitucionalmente assegurados, atenta contra a própria concretização da Constituição, e como via de consequência, a realização do Estado de Direito Democrático.

Nesse contexto, passa a ser explicada as ações que o Constituinte de 1988 destinou para solução da omissão inconstitucional, focando no modo em que combatem referidas omissões. Registre-se que o presente trabalho não tem o objetivo de se aprofundar nas questões processuais desses institutos, mas sim nos efeitos gerados pela decisão que reconhece a inconstitucionalidade por omissão. Concluir-se-á pela melhor solução para efetivamente se combater essa forma de afronta ao Texto Magno, diante do cenário jurídico brasileiro atual em que o Poder Legislativo se mostra inerte.

### **5.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão**

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão, inspirada na Constituição portuguesa de 1976, é uma novidade trazida pela Constituição Brasileira de 1988. Regulamentada em seu artigo 103, § 2º, referido instituto busca a declaração de inconstitucionalidade por omissão, pelo Supremo Tribunal Federal, de medida imprescindível para a eficácia plena das normas constitucionais. Dirley da Cunha Júnior (2004, p. 540) explica que “cuida-se, a nosso ver, de uma ação específica vocacionada ao controle abstrato da constitucionalidade da omissão”.

Trata-se de uma medida decorrente da própria natureza da Constituição e instituição do Estado Social. A Constituição Federal de 1988 consiste em uma Constituição Dirigente, repleta de normas programáticas. Para plena eficácia e aplicabilidade dessas normas, é imprescindível um instrumento que permita exigir atitude por parte dos Poderes Públicos legitimados a atuarem, tornando os direitos plenamente exigíveis. Dessa forma, somente as normas constitucionais de eficácia limitada são passíveis dessa forma de controle judicial.

Explicar-se-á essa ação basilar para solução da omissão inconstitucional, com o objetivo final de concluir acerca dos efeitos de sua decisão, diferenciando do mandado de injunção, outro instrumento de combate da omissão inconstitucional.

### 5.1.1 Finalidade e objeto

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão objetiva conferir eficácia plena às normas constitucionais de eficácia limitada, garantindo a concretização da Constituição Federal. Trata-se de uma ação específica de controle abstrato, de modo que “visa à defesa objetiva da integridade do sistema normativo, tem por objeto a próprio vício omissivo, em si considerado.” (HAGE, 1999, p. 117)

O instrumento em testilha não possui o escopo de garantia individual, ou seja, de conferir solução a situações individuais e concretas de omissão inconstitucional, mas tão somente a guarda da Norma Suprema, visto que a omissão inconstitucional é uma forma de afronta ao texto constitucional. Segundo Flávia C. Piovesan (1995, p. 97), a ação direta de inconstitucionalidade por omissão:

Trata-se, pois, de instrumento voltado a preencher, de forma geral e abstrata, as lacunas inconstitucionais do ordenamento. A finalidade última é colmatar todas as lacunas inconstitucionais, para que, algum dia, todas as normas constitucionais alcancem eficácia plena e possam irradiar, com máxima eficácia, efeitos normativos.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão objetiva garantir a supremacia da Lei Maior, de modo que todas suas normas tenham eficácia plena, sendo a Constituição efetivamente cumprida, e não havendo incompatibilidade com ela através da omissão. Gilmar Ferreira Mendes (2010, p. 1349-1350) explica que esse instrumento constitucional trata-se de um típico processo objetivo, que “afigura-se suficiente, portanto, a configuração de um interesse público de controle”.

O objeto dessa ação é a omissão inconstitucional, que ocorre quando os Poderes Públicos, tendo um dever constitucionalmente previsto de agir, permanecem inertes, descumprindo os ditames da Norma Suprema. Desta feita, imperioso um instrumento com o objetivo de garantia da Constituição contra essa forma peculiar de ofensa que é a omissão inconstitucional.

O artigo 103, § 2º, da Constituição Federal dispõe que:

§ 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.

Portanto, extrai-se que a omissão passível de controle judicial é aquela que engloba tanto a atividade legislativa, quanto a administrativa, desde que imprescindíveis para a efetividade e aplicabilidade imediata das normas constitucionais de eficácia limitada.

O Supremo Tribunal Federal, logo no início da aplicação dessa notável ação, se posicionou no sentido de que as omissões passíveis dessa forma de controle seriam apenas aquelas de cunho normativo. Nesse sentido, segue transcrita a ementa da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão nº 19, de 1989<sup>3</sup>:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO (ART. 103, PARÁGRAFO 2. DA C.F.). A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO, DE QUE TRATA O PARÁGRAFO 2. DO ART. 103 DA NOVA C.F., NÃO É DE SER PROPOSTA PARA QUE SEJA PRATICADO DETERMINADO ATO ADMINISTRATIVO EM CASO CONCRETO, MAS SIM VISA A QUE SEJA EXPEDIDO ATO NORMATIVO QUE SE TORNE NECESSÁRIO PARA O CUMPRIMENTO DE PRECEITO CONSTITUCIONAL QUE, SEM ELE, NÃO PODERIA SER APLICADO. (Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão. ADI nº 19. Relator: Ministro Aldir Passarinho. Brasília, DF, 23 de fevereiro de 1989)

Dessa forma, a ação em apreço não se destina a qualquer omissão que viole o Texto Maior, mas sim omissões de atos imprescindíveis para a efetividade da norma constitucional. De tal sorte, que a omissão de medida administrativa de índole não normativa dificilmente impedirá a efetividade de uma norma constitucional, pois na maioria das vezes referem-se a casos concretos, e não situações em abstrato.

As omissões legislativas consistem no ponto fundamental dessa ação, uma vez que a Administração Pública está vinculada ao princípio da legalidade. Gilmar Ferreira Mendes (2010, p. 1353) leciona que “a concretização da ordem fundamental estabelecida na Constituição de 1988 carece, nas linhas essenciais, de lei.”

Há que considerar ainda as omissões de outros órgãos quando competentes para iniciar o processo legislativo, conforme estabelece, a título de exemplo, o artigo 61, § 1º da Constituição Federal.

---

<sup>3</sup> Disponível em:

<[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(adi+19.NUME.+OU+adi+19.A CMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(adi+19.NUME.+OU+adi+19.A CMS.)&base=baseAcordaos)>

Por fim, pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão a omissão total e parcial, modalidades já explicadas anteriormente.

### 5.1.2 Legitimidade e competência

Possuem legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade por omissão os mesmos legitimados para propositura da ação direta de inconstitucionalidade. Assim dispõe o artigo 12-A introduzido na Lei n. 9.868/99, pela lei n. 12.063/2009: “podem propor a ação direta de inconstitucionalidade por omissão os legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade.”

Sendo assim, têm legitimidade ativa para a ação constitucional em análise, aqueles descritos taxativamente no rol do artigo 103 da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:  
I - o Presidente da República;  
II - a Mesa do Senado Federal;  
III - a Mesa da Câmara dos Deputados;  
IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;  
V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;  
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.

No entanto, a propositura dessa ação pelos órgãos legislativos ali descritos é rara, na medida em que o dever constitucional de agir para complementar norma de eficácia limitada, ordinariamente é atribuído ao Poder Legislativo.

Os legitimados da ação de inconstitucionalidade por omissão podem ser considerados fiscais da Constituição, pois possuem a faculdade de provocar o Poder Judiciário para cessar o descumprimento da Norma Suprema, quer a ofensa seja pela ação, quer pela omissão.

Quanto a competência, através de uma interpretação sistemática da Constituição, conclui-se que o Supremo Tribunal Federal é o órgão competente, originariamente, para conhecer a ação de inconstitucionalidade por omissão. Essa conclusão depreende-se do disposto no artigo 103, § 2º c/c o artigo 102, inciso I, “a” do Texto Magno.

Referido artigo 102, inciso I, “a”, confere à Corte Suprema a competência originária para processar e julgar “a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual”. Dessa forma, a ação judicial de controle abstrato da omissão inconstitucional abrange também a omissão advinda dos órgãos estatais face o dever previsto na Constituição Federal.

Em suma, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão trata-se de um controle abstrato de inconstitucionalidade, tendo como pressuposto a omissão inconstitucional, quer seja legislativa ou administrativa, quer seja total ou parcial, e por fim, quer seja federal ou estadual. Seu objetivo consiste em concretizar as normas constitucionais ausentes de eficácia plena, garantindo o cumprimento da Norma Suprema e velando pela sua hierarquia e força normativa.

### **5.1.3 Decisão e seus efeitos**

Diversos questionamentos envolvem os efeitos da procedência da ação de inconstitucionalidade por omissão. Essa ação constitucional visa obter uma ordem dirigida a outro órgão, qual seja, o responsável pela completude da norma constitucional de eficácia limitada.

Envolve, então, questões como o princípio da separação dos poderes e o princípio da discricionariedade. Por outro lado, não se pode perder a finalidade deste instrumento, que é combater a síndrome da inefetividade das normas constitucionais, afastando as inconstitucionalidades e protegendo o ordenamento constitucional.

Por uma interpretação literal do artigo 103, § 2º, conclui-se que, reconhecida a inconstitucionalidade por omissão e, tratando-se de omissão de órgão administrativo, será dada ciência a este para que adote as providências necessárias no prazo de 30 (trinta) dias. O artigo 12-H, § 1º da Lei n. 9.868/99, introduzido pela

lei n. 12.063/2009, permite que o Tribunal, excepcionalmente, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido, estipule um prazo razoável para o órgão administrativo tomar as providências necessárias.

Quanto ao Poder Legislativo, sendo ele o responsável pela edição da medida faltante, dispõe o texto constitucional que apenas será dada ciência a referido Poder para que este adote as providências necessárias, sem fixar um prazo para tanto.

Inicialmente, verifica-se que a sentença que reconhece a omissão inconstitucional tem caráter mandamental, uma vez que impõe uma ordem aos outros Poderes. José Afonso da Silva (2010, p. 56) explica a natureza da sentença, relatando que:

Daí provém que a sentença que reconhece a inconstitucionalidade por omissão é declaratória quanto a este reconhecimento, mas não é meramente declaratória, porque dela decorre um efeito ulterior de natureza mandamental no sentido de exigir do Poder competente a adoção das providências necessárias ao suprimento da omissão.

A sentença de procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão é uma sentença de caráter declaratório e mandamental, sendo que a ordem por ela emitida é dirigida ao Poder competente, para este conferir eficácia plena à norma constitucional. Ressalta-se que, sendo controle abstrato, a sentença possui efeito *erga omnes*. No entanto, cumpre indagar se o poder que recebeu a ordem judicial está obrigado a cumpri-la.

A solução para a omissão inconstitucional de medida administrativa não envolve as dificuldades encontradas nas omissões legislativas, uma vez que, “as medidas não legislativas, ainda que normativas (como os regulamentos), são geralmente de responsabilidade de um só agente público (Chefes do Poder Executivo, por exemplo), ou de órgãos meramente administrativos” (CUNHA, 2004, p. 549). Fato é que a Constituição inclusive as regulamentou de forma diversa da legislativa, fixando prazo para o órgão administrativo cumprir a determinação judicial.

Nesse sentido, André Ramos Tavares (2003, p. 281) explica que:

Ao contrário, outra será a solução no caso de omissão inconstitucional do Poder Executivo. Em tal situação, tendo sido taxativo o Texto Constitucional, pode o S.T.F. assinalar prazo para que a omissão seja cumprida, sob pena de responsabilidade daquele que desatender ao *decisum*.

Também nessa perspectiva, Michel Temer (2008, p. 53) afirma que, tratando-se de omissão administrativa, o agente público encarregado pode ser responsabilizado se não praticar o ato no prazo previsto de trinta dias, mas que, no tocante a omissão legislativa, a Constituição Federal, ao não estabelecer prazo, não estabeleceu uma sanção para o não cumprimento da ordem judicial. Assim, constata-se que o caráter mandamental da sentença que reconhece a omissão inconstitucional é mais destacado no tocante a ausência de medida administrativa.

As omissões legislativas encontram maiores dificuldades em razão dos princípios da separação dos poderes e da autonomia do legislador, de forma que o Poder Legislativo não está obrigado a legislar em virtude de uma ordem judicial.

Também ressalta-se que dificilmente encontrar-se-ão medidas administrativas imprescindíveis, primariamente, para conferir efetividade à norma constitucional. Pela própria análise do texto constitucional, essa tarefa foi conferida primordialmente ao Poder Legislativo.

Dessa forma, o presente trabalho reserva-se ao estudo das omissões inconstitucionais oriundas do Poder Legislativo, buscando uma solução que harmonize os princípios da separação dos poderes e da discricionariedade do legislador frente a efetividade da Constituição Federal, e o princípio do Estado de Direito que ela assegura.

Atualmente existem no Brasil trinta decisões em que o Supremo Tribunal Federal declarou a mora do Poder Legislativo, e este, no entanto permaneceu inerte, estando as matérias ainda pendentes de disciplina. Há, inclusive, três mandados de injunção (MI 95, MI 124, MI 369) julgados em 1992, portanto, quase 20 anos atrás, sem, contudo, o Poder Legislativo tomar as providências necessárias.<sup>4</sup>

Esses dados revelam o desleixo do Poder Legislativo em cumprir a ordem judicial e a Norma Suprema do país. É inadmissível que diante desse número exorbitante, o Poder Judiciário permaneça inerte, concordando com essa afronta ao Texto Magno.

Ao explicar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, Michel Temer (2008, p. 51-52) relata que:

---

<sup>4</sup> Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional>>

A primeira afirmação que se deve fazer é aquela referente à finalidade desse controle: é a de realizar, na sua plenitude, a vontade constituinte. Seja: nenhuma norma constitucional deixará de alcançar eficácia plena. Os preceitos que demandarem regulamentação legislativa ou aqueles simplesmente programáticos não deixarão de ser invocáveis e exequíveis em razão da inércia do legislador. O que se quer é que a inação (omissão) do legislador não venha impedir o auferimento de direitos por aqueles a quem a norma constitucional se destina.

No cenário brasileiro atual, apenas declarar a mora legislativa e comunicar o Poder competente não condiz com a finalidade do controle judicial instituído pela própria Constituição. Deve então ser feita uma interpretação extensiva e sistemática do artigo 103, § 2º, considerando a unidade do ordenamento jurídico, e principalmente a Constituição, como a norma suprema que é, e fundamento de validade de todo o ordenamento.

Alguns autores, como Alexandre de Moraes (2011, p. 798), propõem uma solução baseada em meios alternativos, como a responsabilidade do Estado. Reconhecida a omissão, e o Poder continuando inerte, pode o Poder Público ser responsabilizado por perdas e danos se da omissão advir prejuízos.

No entanto, a finalidade da ação direta de inconstitucionalidade é cessar a omissão, garantindo a efetividade da Constituição. A responsabilidade do Poder por perdas e danos não tem o condão de garantir a aplicabilidade dos direitos assegurados pelas normas constitucionais de eficácia limitada, não afastando a inconstitucionalidade reconhecida.

Diante da complexidade do assunto, qual seria então a melhor solução a ser adotada? É preciso que o Poder Judiciário, adotando um verdadeiro ativismo judicial, analise as peculiaridades de cada caso e declare o que pode ser utilizado para cessar a omissão e conferir efetividade à norma constitucional.

José Afonso da Silva (2010, p. 56) defende uma “decisão judicial normativa, para valer como lei se após certo prazo o legislador não suprisse a omissão”.

É essa a solução que mais coaduna com a realidade brasileira. Agindo assim, o Supremo Tribunal Federal não estaria violando o princípio da autonomia do legislador. Estaria, sim, velando pelo cumprimento da Norma Suprema, garantindo sua efetividade.

O controle de constitucionalidade destina-se a evitar que situações de afronta à Constituição permaneçam no ordenamento jurídico. Na ação direta de inconstitucionalidade, é permitido ao Supremo Tribunal Federal cessar a inconstitucionalidade, “retirando do ordenamento jurídico o ato normativo ou lei incompatível com a Constituição” (LENZA, 2009, p. 234). Por analogia, cabe à Suprema Corte, na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, retirar a omissão inconstitucional subsistente no ordenamento.

Na ação direta de inconstitucionalidade, a Constituição não instituiu nenhuma forma de sanção ao Poder que agiu contrário aos seus ditames. O Texto Magno apenas estabeleceu que reconhecida a inconstitucionalidade por ação, esta seria cessada através da retirada do ato ou lei inconstitucional do ordenamento jurídico. Interpretando sistematicamente a Constituição, na ação de inconstitucionalidade por omissão não cabe impor uma sanção ao Poder inerte, mas cessar a inconstitucionalidade. Permanecendo inerte o órgão constitucionalmente legitimado, não se olvide outra solução que o próprio Poder Judiciário conferir efetividade a norma constitucional.

Assim, a melhor solução a ser adotada quanto aos efeitos da decisão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão é aquela que o Judiciário efetivamente cumpre a vontade do constituinte, atingindo a real finalidade da ação em testilha. É necessário, portanto, que o Supremo Tribunal Federal reconheça a omissão, fixando um prazo para o Poder Legislativo cumprir o dever constitucional. Caso esse permaneça inerte, deve o Supremo, de acordo com disposições existentes no ordenamento, suprimir a omissão, de forma provisória e temporária, até que a medida faltante seja elaborada pelo Legislativo.

Nesse sentido, posiciona-se Flávia C. Piovesan (1995, p. 108-109):

A título de proposição, sustenta-se que mais conveniente e eficaz seria se o Supremo Tribunal Federal declarasse inconstitucional a omissão e fixasse prazo para que o legislador omissor suprisse a omissão inconstitucional, no sentido de conferir efetividade à norma constitucional. O prazo poderia corresponder ao prazo da apreciação em “regime de urgência” que, nos termos do artigo 64, parágrafo 2º do texto, é de quarenta e cinco dias. Pois bem, finalizado o prazo, sem qualquer providência adotada, poderia o próprio Supremo, a depender do caso, dispor normativamente da matéria, a título provisório, até que o legislador viesse a elaborar a norma faltante.

Essa é a melhor forma de compatibilizar o princípio da autonomia do legislador e o princípio de efetividade das normas constitucionais, de tal sorte que a ação de inconstitucionalidade por omissão não se perca na seara jurídica brasileira, constituindo um instrumento inútil e frustrado.

Frisa-se que não há ofensa ao princípio da separação dos poderes. No entanto, essa questão será oportunamente debatida no tópico destinado apenas para esse questionamento. Fica apenas registrado, inicialmente, que esta configura a melhor solução para a garantia da supremacia da Constituição, evitando que inconstitucionalidades permaneçam no ordenamento.

Ressalta-se que o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no tocante a fixação de prazo para o Poder Legislativo regulamentar a matéria. Segue transcrita parte da ementa da ação direta de inconstitucionalidade por omissão nº 3682<sup>5</sup>:

[...] Ação julgada procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão. Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI nºs 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios. (Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão. ADI nº 3682. Requerente: Assembléia Legislativa do Estado de Mato Grosso. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 09 de maio de 2007)

No entanto, a Suprema Corte deixou de ir além, conforme defendido no presente trabalho, para apenas fixar um parâmetro de tempo razoável, sem contudo, solucionar a omissão inconstitucional se, decorrido o prazo, o Poder permanecer inerte.

O ativismo judicial na omissão parcial também é plenamente cabível. Inicialmente, há que se considerar que a lei já existe, de modo que, com o

---

<sup>5</sup> Disponível em:

<[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(3682.NUME.+OU+3682.ACM S.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(3682.NUME.+OU+3682.ACM S.)&base=baseAcordaos)>

reconhecimento da omissão parcial, a lei é inconstitucional. Porém, a retirada dessa lei inconstitucional do ordenamento jurídico resultaria, em algumas situações, no agravamento da situação de inconstitucionalidade ocasionada pela omissão.

Hely Lopes Meirelles (2006, p. 420) soluciona, relatando que “nesse caso, a Corte poderá declarar a inconstitucionalidade da situação normativa, sem pronúncia da nulidade, autorizando ou não a aplicação da lei considerada inconstitucional”.

Essa discussão acerca da declaração da nulidade da lei existente perde importância com o posicionamento aqui defendido. Deve o Supremo Tribunal Federal reconhecer a omissão e comunicar o Poder Legislativo; decorrido o prazo para esse complementar a medida em questão, o Poder Judiciário, sem declarar a nulidade da lei dita como inconstitucional em razão da omissão, complementa-a.

Nesse sentido, Dirley da Cunha Júnior (2004, p. 549) afirma que:

Em caso de omissão parcial, a solução parece ser mais simples. Aqui cumprirá ao Poder Judiciário não uma atuação de suplementação integral, mas de complementação da medida já adotada, porém não satisfatória, a fim de torná-la suficientemente capaz de concretizar integralmente a norma constitucional.

Inclusive é mais fácil de visualização uma vez que a lei existe, mas sendo insuficiente ou insatisfatória, cabe ao Supremo Tribunal completá-la, de acordo com parâmetros existentes no ordenamento jurídico para, assim, conferir efetividade à norma constitucional.

Quando a omissão parcial for decorrente de afronta ao princípio da isonomia, e permanecendo o Poder Legislativo inerte, cabe à Corte Suprema, verificada a real situação de igualdade, estender os efeitos da medida ao grupo prejudicado.

Em suma, a sistemática do controle de constitucionalidade, regulado pela própria constituição, consiste na proteção da Lei Maior, afastando de forma satisfatória qualquer violação ao texto constitucional.

Assim, é inconcebível que o Poder Judiciário, ciente de que a simples ciência ao outro Poder não resolve a questão, permaneça inerte, sem encontrar uma solução. Configura-se uma desmedida gravidade, uma vez que a Constituição, oriunda da vontade popular, responsável pela democracia, pela instituição do Estado de Direito e pela declaração dos direitos fundamentais, perde sua força normativa,

de modo que importantes direitos permanecem apenas no papel, sem efetividade e aplicabilidade imediata para os cidadãos.

O ativismo judicial se mostra como uma medida necessária a ser adotada pela Suprema Corte para a proteção de todo o ordenamento jurídico.

## 5.2 Mandado de Injunção

Visando combater a omissão do Legislativo, o constituinte prescreveu um instrumento para o controle difuso de constitucionalidade. O Mandado de Injunção consiste em um remédio constitucional, assegurado no artigo 5.º, inciso LXXI do Texto Magno. Referido artigo dispõe que:

Art. 5.º, 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;

Trata-se de uma ação constitucional com o fito de conceder eficácia plena àquelas normas constitucionais de eficácia limitada, garantindo sua aplicação, e suprimindo a omissão do Poder Público nos casos concretos.

José Afonso da Silva (2010, p. 450) explica que:

O mandado de injunção tem, portanto, por finalidade realizar concretamente em favor do impetrante o direito, liberdade ou prerrogativa, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o seu exercício. Não visa obter a regulamentação prevista na norma constitucional. Não é função do mandado de injunção pedir a expedição de norma regulamentadora, pois ele não é sucedâneo da ação de inconstitucionalidade por omissão.

A Constituição brasileira instituiu dois instrumentos diversos para controle da omissão inconstitucional, quais sejam: o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Ao regulamentar dois institutos, a Norma Suprema quis trazer para ambos finalidade diversa. Por esta razão, o objetivo da impetração do *mandamus* é a aplicabilidade imediata da norma constitucional, sendo concretizado o direito que a norma assegura ao cidadão.

Embora sejam ações constitucionais diversas, guardam certa similitude, pois visam proteger o ordenamento jurídico contra as omissões inconstitucionais. O silêncio legislativo ulterior em relação às normas constitucionais que exigem integração normativa restringiu alguns avanços básicos do Estado Social Brasileiro. Nesse contexto, a Constituição Brasileira de 1988 instituiu esses inovadores instrumentos.

O mandado de injunção decorre do princípio da aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, o que reforça sua finalidade de obter a concretização do direito inviável pela omissão. De nada adiantaria a Norma Suprema instituir a aplicabilidade imediata dessas normas em seu artigo 5º, § 1º, se não previsse um instrumento para assegurar essa disposição.

Nesse cenário, o Supremo Tribunal Federal, desde o início da utilização desse *mandamus*, entendeu pela sua auto-aplicabilidade, sendo aplicado a ele, o que couber, o procedimento do mandado de segurança.

### 5.2.1 Origem

O mandado de injunção é uma criação brasileira, no entanto, com inspiração do direito norte-americano e português.

Quando da instituição do remédio constitucional em questão, o direito norte-americano já dispunha de um remédio denominado *writ of injuction*, “que consiste em remédio de uso freqüente, com base na chamada jurisdição de equidade, aplicando-se sempre quando a norma legal se mostra insuficiente ou incompleta para solucionar, com Justiça, determinado caso concreto” (MORAES, 2011, p. 180). Sendo assim, se assemelha ao mandado de injunção, mas este vai além, uma vez que se destina a concretizar o direito estabelecido em uma norma constitucional de eficácia limitada, mas inviável ante a ausência da norma regulamentadora.

O direito lusitano também já apresentava soluções para as omissões, com “medidas próprias para admoestar o poder competente que se mantivesse omissos em suas responsabilidades” (TAVARES, 2003, p. 749). Regulamentava, assim, um instrumento com finalidade de impor advertência ao Poder omissos.

A Assembléia Nacional Constituinte de 1987/1988 sofreu influência desses instrumentos de solução da omissão, no entanto, como se verá, o mandado de injunção, possui características próprias, que o distinguem de sobremaneira.

### 5.2.2 Hipóteses de cabimento

O mandado de injunção não é cabível para todas as normas constitucionais. Primeiramente, tem-se que só é cabível para as normas de eficácia limitada, uma vez que estas exigem integração normativa. Também, o campo do mandado de injunção é mais restrito, na medida em que o texto constitucional assegura o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Ao descrever direitos constitucionais, o constituinte engloba direitos individuais, coletivos, políticos ou sociais, desde que previstos na Constituição e exigindo integração normativa, encontram-se ainda não regulamentados. Em relação às liberdades constitucionais, dificilmente encontrar-se-á hipóteses de cabimento do mandado de injunção, uma vez que comumente encontram-se instituídas em normas de aplicabilidade imediata. As prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania, também em sua maioria, já se encontram satisfeitas no texto constitucional, sendo que nas hipóteses de exigir complementação, apresentam-se regulamentadas, o que afasta a incidência do *mandamus*. Ressalta-se que a soberania alhures descrita é atinente a soberania popular, conforme dispõe o artigo 14 da Constituição Federal.

Para o cabimento do mandado de injunção é imprescindível a configuração de uma relação de causalidade entre a omissão do Poder Público e a inviabilidade do gozo do direito, liberdade ou prerrogativa. Essa relação de causa e efeito é explicada por Flávia C. Piovesan (1995, p. 118-119):

Vale dizer, à uma causa – a falta da 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 impetração de referido *writ* é necessário a ausência de norma reguladora e que esta, ocasione a inviabilidade do exercício do direito assegurado constitucionalmente. Denota-se que se o direito constitucional já é plenamente eficaz, ou se a norma regulamentadora já lhe atribui o alcance de todos seus objetivos, não configura hipótese de cabimento do mandado de injunção. Imprescindível também, que a norma contenha uma imposição legiferante, isto é, um dever de legislar, e não uma mera faculdade do Poder Público.

A norma regulamentadora a qual o texto constitucional faz alusão refere-se não só a lei, como também a outros atos normativos, desde que imprescindíveis para a plenitude do direito. Através de uma interpretação sistemática da Constituição Federal, partindo da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, conclui-se que norma regulamentadora consiste na “medida para tornar efetiva norma constitucional”, como dispõe o artigo 103, § 2º da Norma Suprema.

Michel Temer (2008, p. 214) restringe o alcance do mandado de injunção, relatando que:

Não é a falta de atuação administrativa que o permite. Por isso, no caso de normas constitucionais do tipo “a saúde é direito de todos e dever do Estado...” (CF, art. 196) não se legitima a utilização desse instrumento constitucional. É que, no caso, o que se demanda é a construção de hospitais, escolas, contratação de médicos, professores, aquisição de aparelhagem necessária etc. Trata-se de atividade administrativa que dispensa legislação regulamentadora.

O mandado de injunção abrange as normas constitucionais que exigem integração normativa, e não situações em que o direito já se encontra regulamentado, mas não está satisfeito.

A omissão inconstitucional que gera o direito de impetrar referido *writ* pode ser total ou parcial. A existência de norma incompleta, de modo que esse caráter insatisfatório do dever de legislar inviabilize o exercício de um direito assegurado constitucionalmente, equipara-se a ausência de norma regulamentadora para efeitos do mandado de injunção.

O Supremo Tribunal Federal se posicionou no Mandado de Injunção nº 542/SP<sup>6</sup>:

---

<sup>6</sup> Disponível em:

<[http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(mi+542.NUME.+OU+mi+542.ACM S.\)&base=baseAcordaos](http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(mi+542.NUME.+OU+mi+542.ACM S.)&base=baseAcordaos)>

[...] DESCUMPRIMENTO DE IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL LEGIFERANTE E DESVALORIZAÇÃO FUNCIONAL DA CONSTITUIÇÃO ESCRITA. - O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de legislar, imposto em cláusula constitucional, de caráter mandatório - infringe, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional (ADI 1.484-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO). - A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. [...] (Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção. MI nº 542. Impetrante: Companhia Paulista de Plásticos. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Celso Mello. Brasília, DF, 29 de agosto de 2001)

Portanto, o mandado de injunção trata-se de uma garantia constitucional, oponível quando a ausência de uma norma regulamentadora torne inviável o exercício do direito que a Constituição Federal assegura.

### 5.2.3 Legitimidade e competência

O mandado de injunção pode ser impetrado por qualquer particular, desde que titular de direito constitucional não auto-aplicável, e preenchidos os demais pressupostos explicados anteriormente. O Supremo Tribunal Federal admite também os entes coletivos como sujeitos ativos de mandado de injunção.

A legitimidade passiva é mais restrita, na medida em que só é cabível o remédio constitucional contra entidade estatal. Embora haja na doutrina quem defenda a possibilidade do particular ser sujeito passivo da *mandamus*, como Dirley da Cunha Júnior (2004, p. 521-522) e Flávia C. Piovesan (1995, p. 126), entre outros, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido de que o mandado de injunção só é cabível contra ente estatal, uma vez que “somente do Estado é que se pode exigir o dever amplo de editar normas jurídicas” (TAVARES, 2003, p. 751).

Nesse sentido, segue transcrita parte da ementa do Agravo Regimental nº 335 interposto perante o Supremo Tribunal Federal em razão da negativa de

trânsito ao mandado de injunção interposto com litisconsórcio passivo entre entidade privada e estatal<sup>7</sup>:

[...] SOMENTE PESSOAS ESTATAIS PODEM FIGURAR NO PÓLO PASSIVO DA RELAÇÃO PROCESSUAL INSTAURADA COM A IMPETRAÇÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO, EIS QUE APENAS A ELAS É IMPUTÁVEL O DEVER JURÍDICO DE EMANAÇÃO DE PROVIMENTOS NORMATIVOS. - A NATUREZA JURÍDICO-PROCESSUAL DO INSTITUTO DO MANDADO DE INJUNÇÃO - AÇÃO JUDICIAL DE ÍNDOLE MANDAMENTAL - INVIABILIZA, EM FUNÇÃO DE SEU PRÓPRIO OBJETO, A FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO, NECESSÁRIO OU FACULTATIVO, ENTRE PARTICULARES E ENTES ESTATAIS (Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental oposto em razão da negativa de trânsito ao Mandado de Injunção interposto com litisconsórcio passivo entre entidade privada e estatal. MI nº 335 AgR. Agravante: Carvalho Café e Alimentos Ltda.. Agravado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 09 de agosto de 1991).

O objeto do mandado de injunção é a obtenção do direito inviabilizado pela ausência de regulamentação. O responsável pela não concretização do direito é a entidade estatal, uma vez que cabe ao Estado o dever de editar normas. Assim, apenas ele pode figurar no pólo passivo do *writ* em questão.

A competência do mandado de injunção está regulada pela Constituição Federal em seu artigo 102, inciso I, “q”, inciso II, “a”, artigo 105, inciso I, “h” e Art. 121. § 4º. Abaixo segue transcrito referidos artigos:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;

II - julgar, em recurso ordinário:

a) o "habeas-corpus", o mandado de segurança, o "habeas-data" e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal;

<sup>7</sup> Disponível em:

<[http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(mi+335.NUME.+OU+mi+335.ACM S.\)&base=baseAcordaos](http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(mi+335.NUME.+OU+mi+335.ACM S.)&base=baseAcordaos)>

Art. 121. § 4º - Das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais somente caberá recurso quando:  
V - denegarem "habeas-corpus", mandado de segurança, "habeas-data" ou mandado de injunção.

Ademais, pelo artigo 125, § 1º, da Constituição Federal, cabe a cada um dos Estados organizar o mandado de injunção em sua respectiva Justiça.

O objetivo da Constituição Federal em concentrar a competência do mandado de injunção nos Tribunais Superiores foi evitar decisões heterogêneas, de modo que a concretização dos direitos pelo Poder Judiciário não seja conflitante.

#### **5.2.4 Decisão e seus efeitos**

Visto que o mandado de injunção é um instrumento de solução para as omissões inconstitucionais e descrita algumas de suas peculiaridades, chega-se ao tema que mais importa para o presente trabalho: sendo o mandado de injunção procedente, qual a atitude a ser tomada pelo Poder Judiciário?

A doutrina e a própria Suprema Corte divergem quanto a esta questão, podendo ser citadas duas posições: concretista e não concretista.

Essas duas posições estão intimamente ligadas à finalidade que é atribuída ao mandado de injunção. A teoria não concretista defende que cabe ao Poder Judiciário apenas declarar a omissão inconstitucional, dando ciência ao órgão competente para que esse elabore a norma regulamentadora.

No entanto, se esse fosse o real objetivo da *mandamus* estaria dando a institutos que a Constituição Federal regulamentou de forma diversa, a mesma finalidade, o que é inaceitável.

Já a teoria concretista é explicada por Alexandre de Moraes (2011, p. 188) como:

Pela posição concretista, presentes os requisitos constitucionais exigidos para o mandado de injunção, o Poder Judiciário através de uma decisão constitutiva, declara a existência da omissão administrativa ou legislativa, e implementa o exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucional até que sobrevenha regulamentação do poder competente.

A posição concretista está relacionada à finalidade do mandado de injunção defendida no presente trabalho, qual seja, referido *writ* objetiva a concretização do direito e não a expedição da norma faltante. Como explica Carlos Augusto Alcântara Machado (1999, p. 122), “não se trata de pretensa usurpação da função legislativa pelo Poder Judiciário mas, sim, de exercício de uma atribuição conferida constitucionalmente.”

Ademais, o Poder Legislativo tem permanecido inerte mesmo após a declaração da mora pelo Poder Judiciário. São trinta decisões que embora o Supremo Tribunal Federal tenha reconhecido a omissão inconstitucional e comunicado o Poder Legislativo, este permaneceu silente, estando a matéria ainda pendente de regulamentação.<sup>8</sup>

Portanto, a posição não concretista se apresenta totalmente inviável para obtenção do resultado que a Constituição Federal heroicamente conferiu ao mandado de injunção.

A finalidade do mandado de injunção consiste na concretização do direito no caso concreto. Ademais, a comprovada inércia do Poder Legislativo, de forma desrespeitosa à ordem judicial emanada nos mandados de injunção e nas ações direta de inconstitucionalidade por omissão, fundamenta uma posição concretista por parte do Poder Judiciário.

Em uma posição recente, o Supremo Tribunal vem adotando referida teoria. No entanto, a jurisprudência atual e histórica da Suprema Corte será oportunamente analisada no próximo capítulo.

Inicialmente, se objetiva apenas relatar os diferentes posicionamentos a respeito do assunto.

Segundo Alexandre de Moraes (2011, p. 186) a posição concretista se divide ainda em geral e individual. E esta última, por sua vez, se divide em direta e intermediária.

A posição concretista geral defende que à decisão do mandado de injunção deve ser concedido efeito *erga omnes*, garantindo a todos os cidadãos o exercício do direito efetivado pela sentença constitutiva.

---

<sup>8</sup> Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional>>

Há que se considerar que em algumas situações o efeito *erga omnes* se torna necessário para evitar um aglutinamento de mandados de injunção com a mesma matéria daquele já deferido.

Ademais, embora o mandado de injunção seja destinado a proteção de direitos subjetivos, comporta uma dimensão objetiva, na medida em que está sendo concretizado um direito constitucional, o que importa para todos os titulares desse direito até então não auto-aplicável.

Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes relata que (2010, p. 1394-1395):

Assim, em regra, a decisão em mandado de injunção, ainda que dotada de caráter subjetivo, comporta uma dimensão objetiva, com eficácia *erga omnes*, que serve para tantos quantos forem os casos que demandem a concretização de uma omissão geral do Poder Público, seja em relação a uma determinada conduta, seja em relação a uma determinada lei.

Portanto, conferir efeito *erga omnes* às decisões de mandado de injunção, adotando uma teoria concretista geral, é uma forma de proteger a ordem constitucional e garantir eficácia plena ao direito garantido constitucionalmente ao cidadão através de um instrumento célere e eficaz.

Pela teoria concretista individual o efeito da decisão do mandado de injunção é apenas *inter partes*, ou seja, apenas ao autor do *mandamus* é conferido o exercício do direito concretizado.

Essa posição pode ainda ser dividida em direta, na qual imediatamente o Poder Judiciário traz uma solução para a efetividade plena do direito; ou intermediária, na qual primeiramente, o Poder Judiciário, reconhecendo a omissão, comunica ao órgão competente e estipula um prazo para a elaboração da norma regulamentadora. Decorrido o prazo, aí sim o Judiciário atua, concretizando o direito.

A ideia de fixação de prazo, no entanto, se mostra inócua quando vários mandados de injunção sobre a mesma matéria foram julgados procedentes, de modo que já foi declarada a mora do Poder Legislativo.

Nesses casos, não há a necessidade de estabelecer um prazo, uma vez que o Poder competente já foi cientificado da decisão judicial que reconhece a omissão inconstitucional e mesmo assim permaneceu silente. Assim, a regulamentação pelo Poder Judiciário já pode ser efetivada.

Pedro Lenza (2009, p. 741) afirma que:

Dependendo da situação, contudo, já alertávamos em edições anteriores que, se passado período de tempo desarrazoado para que o Legislativo suprisse o *silêncio legislativo*, o STF já poderia, mesmo sem conceder prazo, de imediato regulamentar o direito violado.

Em suma, a teoria concretista impõe uma atuação do Poder Judiciário para assegurar a viabilidade do direito pleiteado; e a teoria não concretista confere ao Poder Judiciário apenas a declaração da omissão e ciência ao Poder competente com o fito de elaboração da norma regulamentadora.

A teoria concretista impõe uma interpretação criativa ao Judiciário. O Supremo Tribunal Federal, ao conceder o mandado de injunção, terá que buscar normas implícitas no ordenamento para suprimir a lacuna, bem como se valer dos princípios gerais do direito, analogia, equidade, costumes, isto é, as demais fontes do ordenamento jurídico.

A completez do ordenamento jurídico diante da presença de lacunas é explicada por Norberto Bobbio, em seu livro “A Teoria do Ordenamento Jurídico”. Na busca de solução para o espaço jurídico vazio, referido autor defende a posição ativista do Poder Judiciário. Para tanto, Bobbio explica que (1999, p. 146-147):

Para se complementar um ordenamento jurídico pode-se recorrer a dois métodos diferentes que podemos chamar, segundo a terminologia de Carnelutti, de heterointegração e de auto-integração.

O primeiro método consiste na integração operada através de: a) recurso a ordenamentos diversos; b) recursos a fontes diversas daquela que é dominante (identificada, nos ordenamentos que temos sob os olhos, como a Lei).

O segundo método consiste na integração cumprida através do mesmo ordenamento, no âmbito da mesma fonte dominante, sem recorrência a outros ordenamentos e com o mínimo recurso a fontes diversas da dominante.

Posteriormente, Bobbio (1999, p. 149) conclui que “o método mais importante de heterointegração, entendida como recurso a outra fonte diferente da legislativa, é o recurso, em caso de lacuna da Lei, ao poder criativo do juiz, quer dizer, ao assim chamado *Direito judiciário*.”

No ordenamento jurídico brasileiro encontramos no artigo 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro a possibilidade do juiz decidir o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito no caso de

omissão na lei. E ainda, no artigo 5º de referida lei, encontramos a exigência do juiz de aplicar a lei de acordo com os “fins sociais a que ela se dirige e as exigências do bem comum.”

Portanto, o ordenamento jurídico brasileiro abrange e legitima a posição ativista do juiz. Mas, no caso da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e no mandado de injunção, essa interpretação criativa é questionada em razão do princípio da separação dos poderes, uma vez que há um órgão constitucionalmente legitimado a completar a lacuna constitucional.

Contudo, o objetivo deste tópico foi apenas de elaborar uma abordagem acerca do ativismo judicial nas ações destinadas a suprimir a omissão inconstitucional, de modo a concluir que após mais de 20 anos da promulgação da Constituição Federal, imperioso a Suprema Corte adotar a posição concretista.

Na seara jurídica brasileira, o ativismo judicial se mostra como a única solução para conferir efetividade aos direitos fundamentais ainda carentes de regulamentação. Adotar a posição não concretista seria desconsiderar totalmente o heróico remédio constitucional colocado a disposição dos cidadãos para viabilizar seus direitos.

É inaceitável que o texto constitucional, emanado da vontade popular soberana através do Poder Constituinte Originário, seja descumprido pelos Poderes Públicos.

### **5.3 Distinções entre Ambos os Institutos**

A ação de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção são instrumentos regulados constitucionalmente com o propósito de controle da omissão inconstitucional. Apesar de destinados para o mesmo fim, possuem peculiaridades que o distinguem de sobremaneira. Cada mecanismo impugna a omissão inconstitucional de uma forma, o que passa a ser demonstrado.

Inicialmente, destaca-se que a ação direta de inconstitucionalidade trata-se de um controle abstrato de constitucionalidade, ou seja, é feito pelo Supremo Tribunal Federal diante de uma situação de omissão em tese.

Já o mandado de injunção pode ser considerado como controle difuso de constitucionalidade, pois diante de um fato concreto de inviabilidade de direitos, liberdades ou prerrogativas, cabe ao Poder Judiciário apreciar a questão.

Nesse sentido, explica Flávia C. Piovesan (1995, p. 161):

O mandado de injunção é instrumento de tutela de direito subjetivo, que não se confunde com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que é instrumento de tutela de direito objetivo.

Em uma só palavra: no mandado de injunção há a fiscalização concreta da inconstitucionalidade por omissão, enquanto que na ação direta há a fiscalização abstrata da inconstitucionalidade.

Sendo formas diferentes de controle de constitucionalidade, diferem também quanto a competência, legitimidade e efeitos da decisão.

A ação de inconstitucionalidade por omissão, consistindo em um controle abstrato e objetivo, produz efeitos *erga omnes*. O mandado de injunção, por sua vez, tutela direito subjetivo através de um controle concreto, tendo assim sua decisão efeitos apenas *inter partes*.

Possuem legitimidade ativa para propositura da ação de inconstitucionalidade por omissão apenas aqueles descritos no rol taxativo no artigo 103 da Constituição Federal. Já o mandado de injunção pode ser interposto por qualquer cidadão, desde que titular do direito inviabilizado pela omissão inconstitucional.

Por fim, diferem quanto à competência, de modo que o Supremo Tribunal Federal possui competência exclusiva para conhecer da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, tendo os Tribunais de Justiça do Estado competência relativa apenas às omissões dos textos constitucionais estaduais.

De referência ao mandado de injunção, este pode ser conhecido por outros órgãos jurisdicionais, nos termos do artigo 102, inciso I, “q” e inciso II, “a”, artigo 105, inciso I, “h”, e artigo 121, § 4º inciso V, da Constituição de 1988..

Esses institutos diferem ainda quanto à finalidade. Embora estejam voltados para o controle da omissão inconstitucional, cada um possui uma finalidade específica, de modo que controlam a omissão inconstitucional de modo diverso.

Por óbvio, aceitar finalidades semelhantes, estaria a Constituição sendo inócua e contraditória. Se o constituinte optou por instituir dois mecanismos de defesa da omissão inconstitucional, dando a eles nomes diversos, e regulando-os

em momentos diferentes do texto constitucional, não sobejam dúvidas de que possuem objetivos diferentes.

Pela própria análise do texto constitucional, conclui-se que o mandado de injunção tem a finalidade de, diante de uma omissão inconstitucional, tornar viável um direito, liberdade ou prerrogativa. Por sua vez, a ação de inconstitucionalidade por omissão, possui o objetivo de, diante também de uma omissão inconstitucional, tornar efetiva a norma constitucional.

Dessa forma, o mandado de injunção volta-se apenas para as partes, de modo que o titular de um direito exige do Poder Judiciário a viabilidade desse direito.

Já a ação de inconstitucionalidade por omissão está voltada para a proteção do ordenamento jurídico, uma vez que a Constituição, de acordo com a teoria de Kelsen, é o fundamento de validade de toda a ordem jurídica, devendo, portanto, ser efetiva.

Possuindo finalidades diferentes, a atuação do Poder Judiciário ao apreciar esses mecanismos e solucionar a omissão inconstitucional também será diferente. Segundo Dirley da Cunha Junior (1004, p. 553):

Quanto a esta distinção, percebe-se que a atividade supletiva do Poder Judiciário, no mandado de injunção, é um meio para a garantia da viabilidade e exercício do direito, enquanto na ação direta de inconstitucionalidade por omissão é o próprio fim para a concretização da norma constitucional.

Portanto, no mandado de injunção, o ativismo judicial decorre da própria finalidade desse instituto. Esse remédio constitucional, como já explicado, visa a viabilidade do direito. Assim, ao ingressar com o mandado de injunção, o cidadão não espera do Poder Judiciário a regulamentação da norma constitucional, mas tão somente a declaração do direito cujo exercício encontrava inviabilizado pela omissão inconstitucional.

Nesse sentido, Michel Temer (2008, p. 214) afirma que: “no mandado de injunção o Judiciário deve declarar o direito para que dele possa desfrutar o postulante ainda que omissa o regulamentador da norma constitucional”.

Por sua vez, na ação de inconstitucionalidade por omissão, a atividade supletiva do Poder Judiciário, justifica-se diante da demasiada morosidade do Poder

Legislativo. Pelos dados já apresentados, mesmo diante de um reconhecimento judicial da omissão inconstitucional, o Poder Legislativo permanece inerte.

Diante desse cenário atual, em que a comunicação ao Poder competente não atinge a finalidade do remédio constitucional, o ativismo judicial é uma medida que se impõe.

A Constituição regulou a ação direta de inconstitucionalidade por omissão com o objetivo de tornar efetiva norma constitucional. Assim, se o meio (comunicação ao órgão competente) manejado por essa ação para alcançar seu objetivo não está sendo satisfatório, deve ser almejada outra forma de solução, de modo que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão não permaneça um instituto inócuo na seara jurídica brasileira.

Dentro das distinções de ambos os institutos, destaque ainda para o objeto de cada ação constitucional. No mandado de injunção o campo é mais restrito, na medida em que exige inviabilidade de direito, liberdade ou prerrogativa. Já a ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem objeto mais abrangente, uma vez que é utilizada para dar efetividade a norma constitucional, seja de que matéria for.

Conclui-se, então, que a ação de inconstitucionalidade por omissão, na expressão de Dirley da Cunha (1004, p. 553), “é ação constitucional de garantia da Constituição”. Enquanto o mandado de injunção é uma garantia individual. Essas diferenças repercutem na justificativa para o ativismo judicial. No mandado de injunção, o Poder Judiciário deve atuar porque assim essa ação constitucional exige. Enquanto na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o Supremo Tribunal Federal atua, em razão de uma estrita necessidade para que esse remédio alcance seu fim.

## 6 ATIVISMO JUDICIAL E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O ativismo judicial consiste no fato do magistrado assumir uma posição ativista no processo judicial, ampliando sua função jurisdicional. No presente estudo, o ativismo judicial consiste no Poder Judiciário agir para concretizar a Constituição Federal sem, contudo, tomar o papel do Poder Legislativo, o grande responsável em conferir eficácia plena às normas constitucionais.

O jurista alemão Hesse ressalta aquilo que chama de vontade da constituição, sem desprezar o significado dos fatores históricos, políticos e sociais para a eficácia da força normativa da Constituição. Na obra “Die normative Kraft der Verfassung” (A Força Normativa da Constituição), o autor alemão (1999, p. 34) afirma que:

Uma Lei fundamental de um Estado somente poderá ser vista como uma força ativa, uma causa capaz de produzir uma influência enérgica, eficaz e participante, quando na mesma for verificada uma vontade, uma tendência de se orientar o próprio comportamento humano de acordo com a ordem nela estabelecida.

O Supremo Tribunal Federal, com o reconhecimento da omissão inconstitucional, assume uma participação ativa, com o objetivo de conferir efetividade aos direitos e garantias fundamentais, garantindo o cumprimento da Norma Suprema.

A comprovada inércia do Poder Legislativo em regulamentar as normas constitucionais de eficácia limitada, mesmo após o reconhecimento judicial de sua mora, torna imprescindível o Poder Judiciário adotar essa posição. No entanto, é necessário ainda analisar se essa solução coaduna com as diretrizes da Constituição Federal de 1988, isto é, se o ativismo judicial é um meio legítimo para controle das omissões inconstitucionais.

## 6.1 Alteração de Sujeitos Constitucionalmente Legitimados

O ativismo judicial, na solução das omissões inconstitucionais, se revela como uma forma temporária de alteração de sujeitos constitucionalmente legitimados. A Constituição Federal, nas normas de eficácia limitada, impõe um dever ao Poder Legislativo: elaboração da lei que confere à norma constitucional eficácia plena.

No entanto, esse Poder legitimado constitucionalmente, tem permanecido inerte. O Texto Magno, nesse particular, não pode manter um sistema fechado, imune às mudanças da realidade social. O sistema deve ser aberto, de modo a acompanhar as mudanças no cenário jurídico brasileiro.

Se o poder competente permanece silente, deve ser encontrado na própria Constituição outro órgão a atuar e concretizar a norma constitucional, até que o Poder competente desincumba de seu dever constitucional.

Como explanado, o órgão competente para tanto é o Poder Judiciário. Assim, é necessário explicar a legitimidade que a Norma Suprema confere ao Poder Judiciário, de modo a entender essa alteração temporária de competência.

Walter Claudius Rothenburg (2005, p. 64), em obra destinada à análise da troca de sujeitos, explica que:

O mandado de injunção deferiria competência ao Judiciário para disciplinar uma questão em concreto, diante da ausência de regulamentação geral pelo legislador ou administrador. Esse seria um câmbio de legitimidade constitucionalmente consagrado, revelando às escâncaras a superação de uma concepção rígida de “separação de Poderes” e evidenciando a inafastável participação criativa do órgão judicial na aplicação do Direito.

Quanto à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, referido autor (ROTHENBURG, 2005, p. 91) explica a troca de sujeito nos seguintes termos:

O órgão encarregado do controle de constitucionalidade (principalmente o Judiciário) tem-se apresentado como o mais adequado para conduzir (e às vezes mesmo assumir) esse câmbio. Portanto, para dar cumprimento satisfatório aos fins estabelecidos para o Estado (e a sociedade), instaura-se uma polêmica concorrência de legitimidade entre, fundamentalmente, o legislador (tradicional encarregado de emprestar integração aos ditames constitucionais carentes de auto-executoriedade) e o órgão judiciário incumbido de realizar a fiscalização de constitucionalidade.

Portanto, nas ações de inconstitucionalidade por omissão, o ativismo judicial se justifica pela inércia do Poder Legislativo, e no mandado de injunção, a própria norma constitucional impõe uma troca de sujeitos.

O Poder Constituinte atribuiu ao Poder Judiciário a competência para realizar o controle de constitucionalidade, inclusive retirando ato normativo do ordenamento jurídico, podendo também, por analogia, inovar na ordem jurídica para suprimir a omissão inconstitucional.

O Poder Judiciário consiste em um poder autônomo e independente, instituído pela atual Constituição Federal em seu artigo 3º, ao lado do Poder Legislativo e Executivo. Possui função jurisdicional, isto é, “de fazer justiça” (FERREIRA FILHO, 2010, p. 272).

É composto por juízes estaduais e federais, pelo Tribunal de Justiça e Tribunal Regional Federal, pelo Superior Tribunal de Justiça, e por fim, pelo órgão de cúpula que é o Supremo Tribunal Federal, e pelo Conselho Nacional de Justiça, responsável por um controle externo do Poder Judiciário. Tem-se ainda as justiças especializadas, como a Justiça Militar, Trabalhista e Eleitoral, com órgãos próprios.

Os juízes encontram legitimidade nos concursos públicos, conforme artigo 93, inciso I, do Texto Magno, *in verbis*:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação;

São competentes para apreciar referido *writ* o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. A composição desses órgãos é regulamentada pela própria Carta Magna, nos seguintes dispositivos abaixo transcritos:

Art. 104. O Superior Tribunal de Justiça compõe-se de, no mínimo, trinta e três Ministros.

Parágrafo único. Os Ministros do Superior Tribunal de Justiça serão nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo:

I - um terço dentre juízes dos Tribunais Regionais Federais e um terço dentre desembargadores dos Tribunais de Justiça, indicados em lista tríplice elaborada pelo próprio Tribunal;

II - um terço, em partes iguais, dentre advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e Territórios, alternadamente, indicados na forma do art. 94.

Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

A Constituição Federal, ao mesmo tempo que atribui apenas ao chefe do Poder Executivo a prerrogativa de escolher os integrantes desses órgãos, traz a imprescindível aprovação pelo Senado Federal, permitindo que o Poder Legislativo interfira na escolha desses ministros.

Isso é de suma importância, uma vez que no ordenamento jurídico brasileiro o Superior Tribunal de Justiça detém a “última palavra” em matéria federal, e o Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional.

Pela estrutura de competência do mandado de injunção, regulada pelo artigo 102, inciso I, “q”, da Constituição Federal, a grande maioria dos mandados de injunção são impetrados perante o Supremo Tribunal Federal. Além disso, é esse o órgão de cúpula do Poder Judiciário competente para apreciação da ação de inconstitucionalidade por omissão. Portanto, é o Supremo Tribunal Federal o órgão do Poder Judiciário exercente do ativismo judicial defendido no presente trabalho.

O próprio artigo 102 da Constituição Federal atribui ao Supremo Tribunal Federal a “guarda da Constituição”, não havendo dúvidas que cabe a ele concretizar norma constitucional de eficácia limitada.

O critério de escolha dos ministros que compõem a Corte Suprema é de livre atribuição do Presidente da República, depois de aprovação pelo Senado Federal. Trata-se do mesmo modo de escolha norte-americano. Verifica-se, porém, uma diferença: no sistema americano, são inúmeras as rejeições feitas pelo Senado Federal, de modo que a aprovação por esse órgão é efetiva. Já no Brasil, a sabatina pelo Senado é mera formalidade, não havendo reprova e nem debates acerca dos nomes indicados pelo chefe do Poder Executivo, consistindo apenas em uma questão burocrática.

Na história brasileira, apenas quatro nomes indicados pelo Presidente da República foram rejeitados pelo Senado, todos do Governo de Floriano Peixoto.<sup>9</sup>

Há um debate na seara jurídica brasileira acerca do critério de escolha dos ministros, sendo certo que até uma emenda constitucional, PEC nº 68/2005, já tramitou com o objetivo de alterar essa questão.<sup>10</sup>

Referida emenda retirava a interferência do Poder Legislativo e Executivo na escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal. Pela sua redação, representantes da magistratura, do Ministério Público e dos advogados escolheriam, cada um, dois candidatos, sendo essas listas submetidas ao Supremo Tribunal Federal, cabendo a este órgão a decisão final.

São inúmeras as questões acerca da escolha dos componentes da Suprema Corte brasileira. Discussões que ensejam, inclusive, um novo trabalho. Sendo assim, a abordagem nesta pesquisa restringe-se apenas a análise da legitimidade do Supremo para desenvolvimento do ativismo judicial aqui defendido.

O sistema adotado pela Carta Magna confere total legitimidade ao Supremo Tribunal, amoldando-se a democracia. Há a necessidade da interferência do outros Poderes nessa escolha, uma vez que o Poder Judiciário é o único poder que não é eleito de acordo com o voto popular, cabendo ao seu órgão de cúpula decidir importantes questões que envolvem direitos dos cidadãos.

No entanto, é imprescindível que, quando o Presidente indicar um nome para preencher o arcação do Supremo Tribunal Federal, o Senado inicie um debate, analisando a postura do candidato, de modo a verificar os requisitos constitucionais exigidos, como notável saber jurídico e a reputação ilibada.

O sistema constitucional permite ao Poder Judiciário a prática do ativismo judicial. Nesse particular, o Poder Judiciário está realizando nada mais do que sua função jurisdicional, pois está declarando o direito que a Norma Suprema já instituiu, mas exigiu regulamentação.

O Supremo Tribunal Federal está assim, fazendo justiça. Não está criando um direito, mas diante da inércia do Poder Legislativo, está temporariamente regulamentando esse direito já garantido constitucionalmente, de modo a permitir seu exercício pelos cidadãos, cumprindo com sua função de guarda da Constituição.

---

<sup>9</sup> Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2005-dez-10/sociedade\\_debate\\_forma\\_escolha\\_ministros\\_stf](http://www.conjur.com.br/2005-dez-10/sociedade_debate_forma_escolha_ministros_stf)>

<sup>10</sup> Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=76007](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=76007)>

## 6.2 Princípio da Separação dos Poderes

Sem dúvida, o maior obstáculo na adoção do ativismo judicial para concretizar a Constituição Federal reside no princípio da separação dos poderes. Referido princípio surgiu como forma de limitar o poder, garantindo liberdade aos cidadãos contra o arbítrio do governo, e respeitando os direitos fundamentais.

Um conceito das funções ou das atividades desenvolvidas estava claro em Aristóteles (Política, p. IV). No entanto, segundo Groppali (1962, p.187):

Referências sobre a necessidade de uma separação dos poderes, encontram-se em São Tomás de Aquino, Marsílio de Pádua, Nicolau Maquiavel, Buchana e Hoocher, mas o mérito de ter atribuído valor jurídico à teoria da divisão dos poderes cabe a Jonh Locke e sobretudo a Montesquieu.

A Constituição Federal o consagra em seu artigo 2º, descrevendo que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” Embora a terminologia se refira a poderes, o Poder é uno e indivisível, sendo na verdade separação das funções do Estado, através de órgãos distintos.

O argentino Artemio Luis Melo (1983, II, p.193) ressalta que a separação de poderes é uma maneira de controlar o poder absoluto, que veio sendo construída ao longo dos anos, o que é narrado por Dalmo de Abreu Dallari (2009, p.103) no mesmo sentido.

Alexandre de Moraes (2011, p. 424) relata que a ideia de separação de Poderes:

[...] foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na obra “Política”, detalhada, posteriormente, por John Locke, no *Segundo tratado do governo civil*, que também reconheceu três funções distintas, entre elas a executiva, consistente em aplicar a força pública no interno, para assegurar a ordem e o direito, e a federativa, consistente em manter relações com outros Estados, especialmente por meio de alianças. E, finalmente, consagrada na obra de Montesquieu *O espírito das leis*, a quem devemos a divisão e distribuição clássicas, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal e transformando-se em dogma pelo art. 16 da Declaração

Francesca dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e é prevista no art. 2º da nossa Constituição Federal.

O presente trabalho não se aprofundará nesse dogma fundamental, sendo feita apenas uma breve exposição para posterior conclusão se o ativismo judicial diante das omissões inconstitucionais afronta o princípio em comento. Inicialmente, destaca-se que o princípio da separação dos poderes, constitui cláusula pétrea no ordenamento jurídico brasileiro, for força do artigo 60, § 4º, inciso III do Texto Magno.

O princípio da separação dos poderes atribui funções preponderantes e não exclusivas para cada órgão. O poder Legislativo tem a função legislativa como preponderante, o Executivo a função executiva e o Judiciário a função jurisdicional. Para garantir a independência e harmonia desses poderes, conforme estabelece o texto constitucional, é necessária a atribuição de funções típicas e atípicas. Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2011, p. 352) explicam que:

Com efeito, caso não fosse possível certa flexibilização nessa divisão de funções, o Poder Legislativo, para, por exemplo, contratar servidores, deveria reportar-se ao Poder Executivo, dado que sua função seria exclusivamente a edição de atos normativos de caráter geral e abstrato.

Para manutenção da independência entre os Poderes, é necessário o estabelecimento de funções típicas e atípicas. Ademais, essa independência é garantida pelo fato de que a competência de cada Poder está regulada na Constituição, de modo que um poder não precisa da autorização do outro para exercício de sua função. A indelegabilidade de atribuições também garante essa independência.

A Constituição Federal exige a harmonia entre os poderes, consolidando ao lado do princípio da separação, um sistema de “freios e contrapesos”. A separação dos poderes foi instituída com o objetivo de evitar o monopólio do poder em uma só pessoa, ou um só órgão. A independência e a separação assim não são absolutas, havendo controle de um poder sobre o outro, de modo a serem harmônicos com os interesses da sociedade.

Como exemplo do sistema de “freios e contrapesos,” tem-se a possibilidade do Executivo interferir no Legislativo através de iniciativa de leis e possibilidade de veto aos projetos de lei (art. 66, § 1º da Constituição Federal).

O Legislativo, por sua vez, pode, nos termos do artigo 49, inciso V da Constituição Federal, “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”; cabendo ainda ao Senado, julgar o Presidente da República e os Ministros do Supremo Tribunal Federal por crime de responsabilidade, de acordo com o artigo 52, incisos I e II da Norma Suprema.

Por fim, tem-se ainda como exemplo a autorização ao Poder Judiciário para declarar a inconstitucionalidade de leis, e conseqüentemente não as aplicando no caso concreto, quer pelo controle difuso ou concentrado de constitucionalidade.

Diante da breve exposição acerca do princípio da separação dos poderes, com suas funções típicas e atípicas, e o sistema de freios e contrapesos, passa-se a entender sua validade diante do ativismo judicial.

A Constituição Federal de 1988, caracterizada como uma Constituição Dirigente, estabelece fins a serem observados pelo Estado, de modo a consolidar o Estado Democrático de Direito. Algumas dessas normas constitucionais, para alcançarem seus objetivos no ordenamento jurídico, exigem uma integração normativa.

Nesse cenário, entra em cena o mandado de injunção, como forma de garantir o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais, consagrado no artigo 5º, § 1º, do Texto Magno.

Acerca do ativismo judicial exercido no mandado de injunção, Michel Temer (2008, p. 214) afirma que:

Assim, em mandado de injunção o Judiciário estaria declarando o direito, tendo a sentença força mandamental. Tal forma de proceder não caracteriza legislação, mas exercício da jurisdição na forma ampliada, tal como fixado pela nova Constituição. Deferiu-se ao Judiciário nova e importante missão: a de impedir que a omissão de autoridade regulamentadora vulnere direitos indefinidamente.

O próprio texto constitucional, ao instituir o mandado de injunção, atribui ao Poder Judiciário a competência de tornar viável o direito assegurado constitucionalmente. Assim, não se olvide que o ativismo judicial não afronta o princípio da separação dos poderes.

Na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o ativismo judicial se justifica pela demasiada inércia do Poder Legislativo em cumprir dever

constitucional. O direito já existe, aliás, a própria Norma Suprema o institui, cabendo ao Poder Judiciário apenas tornar efetivo esse direito constitucional.

Portanto, nessas duas ações de controle da omissão inconstitucional, o Poder Judiciário está exercendo sua função jurisdicional, embora de forma ampliada, pois está fazendo justiça, garantindo ao cidadão um direito constitucional.

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXXV, consagra o princípio da inafastabilidade da jurisdição, estabelecendo que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. A inviabilidade de um direito consagrado constitucionalmente entra também nessa regra, não podendo ser afastada da apreciação do Poder Judiciário.

Para isso, diante da lacuna, o juiz pode se valer dos mecanismos instituídos no artigo 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, quais sejam, “analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” Portanto, o ativismo judicial está dentro da função típica do Poder Judiciário, não violando o princípio da separação dos poderes.

No entanto, a grande questão reside nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, em que as decisões são abstratas e com efeitos *erga omnes*, e no caso do mandado de injunção defendido sobre a teoria concretista geral.

Flávia C. Piovesan (1995, p. 110) traz como solução a analogia a uma exceção do princípio da separação dos poderes conferida constitucionalmente ao Poder Executivo. A Constituição Federal, em seu artigo 62, traz uma exceção à separação dos poderes, permitindo que o Presidente da República, em caso de relevância e urgência, elabore medidas provisórias com força de lei.

Assim, por analogia, cabe ao Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário, regulamentar uma norma constitucional, de forma abstrata, com efeito *erga omnes*, no caso de inação do Poder Legislativo, o que seria a relevância e urgência exigida para elaboração das medidas provisórias.

Essa é uma das justificativas para a adoção do ativismo judicial sem ofensa a separação dos poderes. Mas, para compreender essa questão, é imprescindível entender qual situação que efetivamente extrapola a garantia desse princípio constitucional. Luis Roberto Barroso (2010, p. 175) explica que:

Apenas haverá violação à cláusula pétrea da separação dos Poderes se o seu conteúdo nuclear de sentido tiver sido afetado. Isto é: em primeiro lugar, se a modificação provocar uma concentração de funções em um poder ou consagrar, na expressão do STF, uma “instancia hegemônica de poder”; e, secundariamente, se a inovação introduzida no sistema esvaziar a independência orgânica dos Poderes ou suas competências típicas.

O ativismo judicial nas ações de controle de omissão inconstitucional não provoca nenhuma afronta à separação dos poderes, uma vez que o Supremo Tribunal Federal, ao concretizar as normas constitucionais, não está concentrando várias funções no Poder Judiciário, e nem retirando do Poder Legislativo sua função típica.

A Corte Suprema está regulando um direito constitucional carente de eficácia plena de forma provisória e temporária. O Poder Legislativo, quando assim quiser, pode regulamentar esse direito com a elaboração da competente lei, sem nenhuma restrição, inclusive de forma diversa do decidido pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, o Poder Legislativo continua com sua função típica e sua independência.

O ativismo judicial é apenas uma medida extremamente necessária no cenário jurídico brasileiro para concretização dos direitos fundamentais e consequente consolidação do Estado Social, garantindo a supremacia do texto constitucional.

Além disso, o princípio da separação dos poderes vem sendo analisado sobre um novo enfoque, de acordo com o atual Estado Democrático de Direito. José Afonso da Silva (2010, p. 109) explica:

Hoje, o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação dos poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário.

O ativismo judicial diante das omissões legislativas se revela como uma nova forma de relacionamento entre os órgãos dos poderes, sendo consequência da instituição do Estado Social e inércia do poder legislativo.

O próprio Supremo Tribunal Federal já se posicionou acerca desse novo sentido a ser conferido ao princípio da separação dos poderes, inclusive em

ação de natureza diversa da discutida no presente trabalho. Segue transcrita parte da ementa referente ao tema<sup>11</sup>:

A essência do postulado da divisão funcional do poder, além de derivar da necessidade de conter os excessos dos órgãos que compõem o aparelho de Estado, representa o princípio conservador das liberdades do cidadão e constitui o meio mais adequado para tornar efetivos e reais os direitos e garantias proclamados pela Constituição. Esse princípio, que tem assento no art. 2º da Carta Política, não pode constituir e nem qualificar-se como um inaceitável manto protetor de comportamentos abusivos e arbitrários, por parte de qualquer agente do Poder Público ou de qualquer instituição estatal. - O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República. O regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgredir o princípio da separação de poderes. (Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. MS nº 23452. Impetrante: Luiz Carlos Barretti Junior. Impetrado: Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 16 de setembro de 1999)

Portanto, os efeitos das decisões do mandado de injunção e da ação de inconstitucionalidade, nos moldes aqui defendidos, não afrontam a cláusula pétrea de separação e independência dos poderes.

A Constituição Federal de 1988 consagra diversos princípios que apontam para estados ideais a serem alcançados. Embora institua o princípio da separação dos poderes, há o princípio fundamental de efetivação da Constituição que também deve ser almejado.

Nesse embate, deve prevalecer a efetividade da Norma Suprema, uma vez que o próprio princípio da separação dos poderes está nela inserida.

O dogma da separação dos poderes visa evitar o arbítrio do Poder, garantindo os direitos fundamentais aos cidadãos, objetivo este último que só é alcançado quando todas as normas constitucionais estiverem concretizadas.

Aliás, pode-se ainda concluir que o arbítrio de poder está presente quando o Poder Judiciário, ciente da inação do Poder Legislativo em cumprir dever constitucional, coaduna com essa inércia, sem tomar providências para velar pelo cumprimento da Constituição Federal.

---

<sup>11</sup> Disponível em:

<[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(MS\\$.SCLA.+E+23452.NUMER.\)+OU+\(MS.ACMS.+ADJ2+23452.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(MS$.SCLA.+E+23452.NUMER.)+OU+(MS.ACMS.+ADJ2+23452.ACMS.)&base=baseAcordaos)>.

### 6.3 Ativismo e o Direito Comparado

Ao defender uma mudança na ordem jurídica, é imprescindível analisar os ordenamentos jurídicos de outros países, uma vez que podem existir sistemas mais avançados, que trazem posicionamentos, e até mesmo soluções para questões não pacíficas na seara jurídica brasileira.

O presente trabalho busca a consolidação da supremacia da Constituição Federal, com a concretização de todas as suas normas através de um ativismo judicial exercido no mandado de injunção e na ação de inconstitucionalidade por omissão.

O primeiro caso significativo na ordem internacional acerca de um controle dos juízes sobre outro Poder com o escopo de proteção da ordem suprema é o caso do médico Thomas Bonham, na Inglaterra, narrado por Marcos Francisco del Rosario Rodríguez (2010, p. 278-279).

Nessa época, para exercer a profissão de medicina, não bastava o diploma na faculdade, sendo exigida uma autorização do Royal College. Essa exigência originou-se de uma Carta emitida por Enrique VIII que, posteriormente, dirigida ao Parlamento, virou lei. Embora a atribuição estava dentro dos poderes conferidos para o monarca, era ilegítima, pois violava a Common Law, princípios e valores fundamentais.

O médico Thomas Bonham resolveu exercer sua profissão sem referida autorização, o que acabou levando-o ao cumprimento de pena privativa de liberdade imposta pelo College. Da prisão, Thomas elaborou um recurso para o Tribunal com o fito de obter novamente sua liberdade, mas, sobretudo, para que fosse reconhecido o título conferido por sua faculdade como habilitação no exercício da medicina, sem necessidade de autorização.

Rodríguez (2010, p, 279) relata que “fue el célebre juez Edward Coke, quien una vez que conoció el asunto, actuó com um ativismo judicial poco común em su época.”

O juiz entendeu que a atribuição conferida pela lei ao College ofendia a essência do Common Law, que na época consistia no parâmetro de validade dos atos e leis emitidos pelos poderes, sendo, portanto, a norma suprema do

ordenamento. A decisão foi transcendental para o controle material e formal do sistema constitucional.

Referido autor (RODUÍGUEZ, p. 279) explica ainda que:

Esta resolución, no limito en si misma a las facultades del rey y el Parlamento, sino que vino a evidenciar la existencia de un control innato de la función jurisdiccional sobre los actos emanados de los otros órganos de poder, consistente en revisar si estos se apegan al Common Law.

Este foi o caso precedente de ativismo judicial sobre os outros órgãos do Poder com o objetivo de garantia da ordem suprema. A atuação do juiz Edward Coke, embora não comum na época, foi de suma importância para evitar situação de ofensa a Common Law, mesmo quando os autores da ofensa são os próprios Poderes do Estado, garantindo a proteção dos princípios e valores fundamentais.

O juiz atuou baseando-se justamente na proteção da Common Law como norma suprema. Foi uma situação de um caso particular para um geral, uma vez que todos os profissionais da medicina se beneficiaram com a decisão britânica.

Na história internacional, tem-se ainda outro caso específico que serve de parâmetro para visualização do ativismo judicial, uma vez que o juiz atuou sem regulamentação para tanto, em razão da estrita necessidade de tutela de direitos da pessoa humana.

Em 1914, durante a Revolução Mexicana, o general Canuto Ortega visita a cidade de Sonora, aonde se apaixona por uma mulher muito bela. No entanto, a senhora o tratava com indiferença em razão de ser casada com um fazendeiro. Como vingança, o general expede um decreto de desapropriação de terras em prol da revolução, porém, a única fazenda que continha todos os requisitos era a do marido da senhora.

O proprietário recorre ao Poder Judiciário, pedindo providências. Inicialmente, o juiz se posiciona que não pode se opor a uma autoridade da Revolução, concedendo, então, um amparo.

O juiz não desfaz a desapropriação, pois não tem competência para tanto, mas reconhece o direito do fazendeiro determinando que, com o juízo de amparo, procure o comandante da Revolução, Pancho Vila ou Emiliano Zapata, pois só eles podem desfazer o decreto.

O fazendeiro encontra-se então com Emiliano Zapata e este, observando a arbitrariedade e o juízo de amparo, concede o direito, desfazendo o decreto. Enfim, o objetivo do proprietário ao recorrer ao Judiciário foi alcançado, tendo a tutela de seu direito.

O “juicio” de amparo mexicano foi regulamentado pela lei 10.01.1936, com a finalidade de reprimir as leis e os atos de autoridade que violassem direitos e garantias individuais. Alcançava também a vida e a liberdade pessoal, caso em que poderia ser promovido por terceiro, na impossibilidade de o prejudicado agir (GRAMSTRUP, 2002, p.20). Nesse sentido Picanço revela que o instrumento asteca se assemelha ao *mandamus* dos ingleses e ao *writ* dos americanos. (Picanço, 1937, p. 19-20).

A partir desse caso, verifica-se que o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão consistem num juízo de amparo sobre outro órgão em razão da sua inação. O Judiciário não pode permanecer inerte diante da ofensa a Constituição Federal, precisando agir.

Como não tem competência para elaborar a legislação integradora, concede um juízo de amparo: o próprio Judiciário regulamenta temporariamente a questão, de acordo com os poderes que o próprio ordenamento lhe atribui (artigo 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro), alcançando o autor da demanda seu objetivo final, isto é, a viabilidade do direito e, a consequente concretização da Constituição Federal.

Na história internacional, há ainda outros casos de ativismo judicial. Podemos citar a Suprema Corte americana, que exerceu um verdadeiro ativismo judicial para implementar no país o processo de integração racial. Gilmar Ferreira Mendes (2010, p. 1362) afirma que:

No direito comparado, tem-se o clássico exemplo do caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, da Suprema Corte americana, de 1955, quando se reiterou a inconstitucionalidade da discriminação racial nas escolas públicas, proferida na decisão de 17-5-1954, determinando-se que as leis federais, estaduais e municipais fossem ajustadas a essa orientação. Confiou-se a execução do julgado aos tribunais de distrito que deveriam guiar-se por princípios de equidade, tradicionalmente caracterizados “pela flexibilidade prática na determinação de remédios e pela facilidade de ajustar e conciliar as necessidades públicas e privadas”. Todavia, esses tribunais deveriam exigir das autoridades escolares “um pronto e razoável” início de execução, competindo-lhes verificar a necessidade de que se outorgasse um prazo adicional para a conclusão das reformas exigidas.

Verifica-se, assim, mais um caso da história internacional em que o ativismo judicial se revelou como uma medida necessária e eficiente de tutela dos direitos humanos. O processo de integração racial americano foi acelerado com a prática do ativismo judicial, revelando como uma solução favorável para a ordem jurídica daquele país.

Assim, os casos apresentados da história internacional demonstram que o ativismo judicial vem sendo utilizado há muito tempo, trazendo resultados positivos e importantes para tutela dos direitos.

Por fim, além desses casos específicos de ativismo judicial espalhados na história internacional, atualmente há países que embora não possuam ações específicas para controle da omissão inconstitucional, seus Tribunais vêm adotando uma visão avançada. Jorge Miranda (1996, p. 511) relata que:

Na Alemanha, na Áustria e na Itália, apesar de não haver norma constitucional expressa que institua a fiscalização, os respectivos Tribunais Constitucionais têm conseguido chegar a resultados muito semelhantes, através de técnicas muito apuradas de interpretação e integração (donde, as chamadas sentenças *aditivas, criativas ou apelativas*): a partir da apreciação da inconstitucionalidade por acção, fazem verdadeira apreciação da inconstitucionalidade não já por aquilo que prescreve, mas sim por aquilo que não prescreve. Algo de semelhante começa a verificar-se, mais recentemente, em Espanha.

Referido autor continua, trazendo ainda como exemplo os Estados Unidos. Anteriormente, já se relatou um caso específico de ativismo judicial adotado pela Corte americana como forma de tutela de direitos.

Porém, a Suprema Corte tem agido assim também no tocante as omissões inconstitucionais. Nesse particular, importante descrever nas próprias palavras de Jorge Miranda (1996, p. 512):

Também nos Estados Unidos, os tribunais têm exercido, e com freqüência, o poder de solicitar aos órgãos legislativos que aprovem as leis que consideram necessárias; declarando direitos constitucionais ou fundamentais dos cidadãos, esperam que o Congresso ou as assembléias legislativas dos Estados adotem, de seguida, as medidas legislativas destinadas a assegurar o seu exercício. Ou é o próprio Supremo Tribunal que descobre um novo direito, ao abrigo do IX Aditamento.

Assim as Supremas Cortes de outros países já vêm concretizando as Constituições através de sentenças aditivas no controle da omissão inconstitucional.

Na Alemanha o primeiro caso nesse sentido foi julgado em 1969, tendo como objeto o artigo 6º, V, da Lei Fundamental. Gilmar Ferreira Mendes (1996, p. 235-236) narra que:

Ao apreciar “recurso constitucional” (*Verfassungsbeschwerde*) interposto contra decisão do Tribunal Estadual de Kiel, considerou a Corte Constitucional que ainda não havia decorrido o “prazo razoável” assegurado ao Parlamento para o cumprimento do *dever constitucional de legislar*. Este expirar-se-ia com o término daquela legislatura. Não obstante, como se tratava de norma constitucional bastante precisa, enfatizou o *Bundesverfassungsgericht* que, em caso de eventual mora do legislador, poderiam os Juízes e Tribunais aplicá-la diretamente.

Além disso, a Corte alemã identificou muito cedo a possibilidade de omissão parcial relacionada ao princípio da isonomia, trazendo como solução a “declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade” (MENDES, 1996, p. 209). Na verdade, busca-se na doutrina estrangeira uma maneira de coibir o descumprimento da vontade expressa na Lei Maior.

O ativismo está ligado a ideia da força normativa da Constituição, defendida pelo doutrinador e juiz da corte germânica, Konrad Hesse que afirma (1999, p.6):

Mas, a força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas convenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa. Se fizerem presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional–, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*).

A prática de um ativismo judicial no controle das omissões inconstitucionais, com o próprio Poder Judiciário tornando viável o exercício do direito constitucional, não é uma prática isolada, sendo constatada na história internacional, e obtendo bons resultados nesses países. Com isso, o sistema jurídico brasileiro não pode ficar aquém, devendo adotar essa efetiva prática de controle da omissão inconstitucional.

## 6.4 O Ativismo Judicial na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Expostas as razões para adotar um ativismo judicial de modo que a Constituição Federal seja concretizada, explicada a legitimidade do Poder Judiciário e demonstradas situações do ordenamento jurídico internacional é imprescindível examinar o entendimento consubstanciado na Suprema Corte do país.

O Supremo Tribunal Federal não manteve um posicionamento único, consolidado e firme a respeito da solução para as omissões inconstitucionais.

Pode-se afirmar que até mesmo na atualidade, ainda não há um posicionamento unânime, tamanho os embaraços que envolvem a solução das lacunas inconstitucionais. Examinar-se-á, assim, a mudança de paradigma verificada na história jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.

### 6.4.1 Historicamente

Inicialmente, o Supremo Tribunal Federal compreendeu o mandado de injunção de forma similar à ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

No início da aplicação do *mandamus*, o Supremo Tribunal Federal adotou uma posição não concretista. Reconhecida a omissão inconstitucional, apenas era dada ciência ao Poder Legislativo. No mandado de injunção nº 107, o relator Moreira Alves submeteu uma questão de ordem, que assinalou o posicionamento do Supremo Tribunal Federal a respeito da finalidade do *mandamus*.<sup>12</sup>

Em seu voto, o ministro relator explicou duas correntes quanto a natureza do mandado de injunção: a que defende ser uma ação constitutiva e

---

<sup>12</sup> Supremo Tribunal Federal. Questão de ordem sobre a auto-aplicabilidade ou não do mandado de injunção, e efeitos da decisão. MI nº 107 QO. Requerente: José Emídio Teixeira Lima. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 23 de novembro de 1989. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(mi+107.NUME.+OU+mi+107.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(mi+107.NUME.+OU+mi+107.ACMS.)&base=baseAcordaos)>

aquela que defende que o mandado de injunção culmina em uma sentença de natureza mandamental.

Diversos óbices constitucionais foram relatados quanto ao mandado de injunção considerado como ação constitutiva. Assim, o ministro Moreira Alves argumentou que a viabilidade do direito pelo Poder Judiciário não seria possível quando a falta de regulamentação envolvesse organização de serviços, o que culminaria na maioria das omissões não serem compreendidas no âmbito do mandado de injunção.

Sem contar nas hipóteses que a falta de condições técnicas levariam a impossibilidade de regulamentação e na possibilidade de decisões diversas em razão da competência constitucional do mandado de injunção permitir julgamento por Juízos ou Tribunais diferentes.

A corrente que defende efeito apenas entre as partes encontraria óbice quanto a prerrogativa inerente à soberania popular, uma vez que é insuscetível de regulamentação individual. Também a sentença faria coisa julgada entre as partes, não podendo ser modificada por lei posterior que regulamentasse o direito.

Já quanto ao efeito *erga omnes*, fez uma comparação com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Se aos legitimados dessa ação, que é abstrata, tendo efeito *erga omnes* por sua própria natureza, não foi conferido a possibilidade de suprimento pelo Judiciário, seria inexplicável que qualquer pessoa, mediante o mandado de injunção, alcançasse tal decisão.

Em respeito ao princípio da separação dos poderes, não foi concedido ao Poder Judiciário legislar.

Por fim, analisou os projetos da Constituição de 1988. Estes continham a possibilidade de suprimento pelo Supremo Tribunal Federal, no entanto, foram retirados da redação final do texto constitucional, razão porque deve ser apenas reconhecida a mora e comunicado o Poder competente.

Todos os outros ministros acompanharam o voto do ministro relator, decidindo pela natureza mandamental do mandado de injunção, isto é, reconhecida a mora, o Poder competente é comunicado para elaboração da norma regulamentadora.

Entretanto, os ministros Sepúlveda Pertence e Célio Borja fizeram importantes observações em seus votos.

O ministro Sepúlveda Pertence (1989, p. 78) afirmou:

Por isso não afasto, até, que a solene declaração de mora constitucional do Poder competente, pelo Supremo Tribunal Federal, quando não leve o Poder competente a purgar essa mora constitucional em prazo razoável, passa vir, amanhã, a servir de acicate à ampliação dos limites do poder jurisdicional de integração da norma constitucional paralisada pela omissão do órgão público.

O ministro Célso Borja (1989, p. 81) asseverou que “é evidente que o tempo fará, Sr. Presidente, com que as necessidades da vida venham buscar no Tribunal as soluções adequadas, e o Tribunal certamente não as recusará.”

Uma sinalização de nova compreensão do instituto é verificada nos mandados de injunção nº 232 e 562. No mandado de injunção nº 232<sup>13</sup>, não é só reconhecida a mora, como também é fixado um prazo para o Poder Legislativo elaborar a norma faltante, podendo o direito já ser gozado pelo requerente no caso de inércia. Segue transcrita a ementa de referido *madamus*:

Mandado de injunção. - Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no par. 7. do artigo 195 da Constituição Federal. - Ocorrência, no caso, em face do disposto no artigo 59 do ADCT, de mora, por parte do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional. Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impoem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, par. 7., da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida. (Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção. MI nº 232. Requerente: Centro de Cultura Prof. Luiz Freire. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 02 de agosto de 1991)

O ministro Marco Aurélio, acompanhado dos ministros Carlos Velloso e Célso Borja, deferiram o pedido fixando os parâmetros necessários para o exercício do direito (empréstimo do que se contém no Código Tributário Nacional), sustentando que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão difere do mandado de injunção, devendo ser observada a *mens legis* deste instituto, que nada mais é do que tornar eficaz o direito constitucional.

---

<sup>13</sup> Disponível em:

<[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(mi+232.NUME.+OU+mi+232.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(mi+232.NUME.+OU+mi+232.ACMS.)&base=baseAcordaos)>

Por sua vez, outra mudança é verificada no mandado de injunção nº 562<sup>14</sup>, cuja ementa segue transcrita:

MANDADO DE INJUNÇÃO. ARTIGO 8º, § 3º DO ADCT. DIREITO À REPARAÇÃO ECONÔMICA AOS CIDADÃOS ALCANÇADOS PELAS PORTARIAS RESERVADAS DO MINISTÉRIO DA AERONÁUTICA. MORA LEGISLATIVA DO CONGRESSO NACIONAL. 1 - Na marcha do delineamento pretoriano do instituto do Mandado de Injunção, assentou este Supremo Tribunal que "a mera superação dos prazos constitucionalmente assinalados é bastante para qualificar, como omissão juridicamente relevante, a inércia estatal, apta a ensejar, como ordinário efeito consequencial, o reconhecimento, "hic et nunc", de uma situação de inatividade inconstitucional." (MI 543, voto do Ministro Celso de Mello, in DJ 24.05.2002). Logo, desnecessária a renovação de notificação ao órgão legislativo que, no caso, não apenas incidiu objetivamente na omissão do dever de legislar, passados quase quatorze anos da promulgação da regra que lhe criava tal obrigação, mas que, também, já foi anteriormente cientificado por esta Corte, como resultado da decisão de outros mandados de injunção. 2 - Neste mesmo precedente, acolheu esta Corte proposição do eminente Ministro Nelson Jobim, e assegurou "aos impetrantes o imediato exercício do direito a esta indenização, nos termos do direito comum e assegurado pelo § 3º do art. 8º do ADCT, mediante ação de liquidação, independentemente de sentença de condenação, para a fixação do valor da indenização. 3 - Reconhecimento da mora legislativa do Congresso Nacional em editar a norma prevista no parágrafo 3º do art. 8º do ADCT, assegurando-se, aos impetrantes, o exercício da ação de reparação patrimonial, nos termos do direito comum ou ordinário, sem prejuízo de que se venham, no futuro, a beneficiar de tudo quanto, na lei a ser editada, lhes possa ser mais favorável que o disposto na decisão judicial. O pleito deverá ser veiculado diretamente mediante ação de liquidação, dando-se como certos os fatos constitutivos do direito, limitada, portanto, a atividade judicial à fixação do "quantum" devido. 4 - Mandado de injunção deferido em parte. (Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção. MI nº 562. Impetrantes: Avelino Iost e outros. Impetrado: Presidente do Congresso Nacional. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF, 20 de fevereiro de 2003)

Novamente foram vencidos os votos dos ministros Carlos Velloso e Marco Aurélio. O mandado de injunção visa o exercício do direito, sendo assim, o ministro Carlos Velloso, acompanhado pelo ministro Marco Aurélio, defendeu a fixação da norma, estabelecendo o *quantum* indenizatório, devendo os impetrantes socorrer a ação autônoma em que haverá o aperfeiçoamento da relação fato-norma.

Apesar de inicialmente o Supremo Tribunal Federal reconhecer ao mandado de injunção os mesmos efeitos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, pelos julgamentos supracitados, percebe-se que a realidade brasileira

---

<sup>14</sup> Disponível em:

<[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(mi+562.NUME.+OU+mi+562.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(mi+562.NUME.+OU+mi+562.ACMS.)&base=baseAcordaos)>

exigiu uma mudança de paradigma. No mandado de injunção nº 562, apesar de não ser elaborada a norma faltante, o direito foi viabilizado, sem sequer ser comunicado o Poder Legislativo, uma vez que este já havia sido cientificado anteriormente em razão do deferimento de outros mandados de injunção.

#### 6.4.2 A recente alteração na jurisprudência da Suprema Corte

O Supremo Tribunal Federal, alterando o entendimento consolidado no mandado de injunção nº 107, e adotando uma posição concretista individual, por unanimidade julgou o mandado de injunção nº 721<sup>15</sup>, cujo teor da ementa segue transcrito:

MANDADO DE INJUNÇÃO - NATUREZA. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada. MANDADO DE INJUNÇÃO - DECISÃO - BALIZAS. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. APOSENTADORIA - TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS - PREJUÍZO À SAÚDE DO SERVIDOR - INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR - ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção. MI nº 721. (Impetrante: Maria Aparecida Moreira. Impetrado: Presidente da República. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 30 de agosto de 2007)

O mandado de injunção foi, assim, apreciado de acordo com sua natureza constitucional. O Poder Judiciário, através do *mandamus*, e diante das particularidades do caso concreto, viabilizou um direito assegurado constitucionalmente.

Uma brilhante virada jurisprudencial ocorreu no julgamento dos mandados de injunção nº 670, 708 e 712. Ambos referem-se ao direito de greve dos

---

<sup>15</sup> Disponível em:

<[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(mi+721.NUME.+OU+mi+721.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(mi+721.NUME.+OU+mi+721.ACMS.)&base=baseAcordaos)>

servidores públicos garantido constitucionalmente no artigo 37, inciso VII do Texto Magno, mas dependente de norma regulamentadora.

Após minuciosa abordagem pelos ministros, a maioria concluiu pela procedência do mandado de injunção para que seja aplicado, no que couber, a lei de greve dos trabalhadores em geral, tornando efetivo o direito constitucional. A ementa do mandado de injunção nº 670<sup>16</sup> prescreve:

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL (CF, ART. 5º, INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, INCISO VII). EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. EM OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DA SEGURANÇA JURÍDICA E À EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NA INTERPRETAÇÃO DA OMISSÃO LEGISLATIVA SOBRE O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS, FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nos 7.701/1988 E 7.783/1989. 1. SINAIS DE EVOLUÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). (Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção. MI nº 670. Impetrante: Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Estado do Espírito Santo - SINDPOL. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Relator para acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 25 de outubro de 2007)

Reconheceu-se uma dimensão objetiva na matéria objeto desses mandados de injunção, razão pela qual foi estabelecido efeito *erga omnes*.

Em ambos mandados de injunção, os ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio foram parcialmente vencidos, pois limitavam a decisão à categoria representada pelo sindicato requerente e estabeleciam condições específicas para o gozo do direito de greve.<sup>17</sup>

A questão mais recente quanto ao ativismo judicial no mandado de injunção diz respeito ao aviso prévio proporcional, consagrado no artigo 7º, inciso XXI, da Constituição Federal.

---

<sup>16</sup> Disponível em:

[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(mi+670.NUME.+OU+mi+670.A.CMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(mi+670.NUME.+OU+mi+670.A.CMS.)&base=baseAcordaos)

<sup>17</sup> Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=165753>>

O Supremo Tribunal Federal em 22.06.2011, suspendeu o julgamento dos mandados de injunção 943, 1010, 1074 e 1090 para uma análise pormenorizada da questão, após o relator, ministro Gilmar Mendes, se pronunciar pela procedência.<sup>18</sup>

Durante os debates, os ministros se posicionaram no sentido que a Suprema Corte deve manter o avanço alcançado em decisões anteriores sobre omissão legislativa, adotando a posição concretista. Os ministros Luiz Fux, Marco Aurélio e Cezar Peluso, inclusive apresentaram propostas para adoção de uma regra concreta.

No entanto, em 11 de outubro de 2011 a presidente Dilma Rousseff sancionou a lei que cria o aviso prévio proporcional e referidos mandados de injunção perderam, então, o objeto.

O Supremo Tribunal Federal estava prestes a decidir adotando um ativismo judicial, quando o Congresso Nacional editou a norma faltante. Verifica-se assim, mais um fator benéfico do ativismo judicial, qual seja, pressão sobre o Poder competente. O Poder Legislativo editou a lei para evitar que o Supremo Tribunal Federal se manifestasse sobre o assunto.

Três mandados de injunção, envolvendo a ausência de norma regulamentadora do aviso prévio proporcional foram julgados procedentes em 1992, sendo reconhecida a mora e comunicado o Poder Legislativo.<sup>19</sup>

Esses mandados de injunção não tiveram o condão de estimular o Poder Legislativo a atuar, como teve as decisões relatadas acima que adotaram uma posição ativista.

Relativamente a ação direta de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal ainda não enfrentou a questão adotando a teoria concretista. Um importante avanço foi a fixação de um prazo razoável para elaboração da norma faltante na Adin nº 3682, cuja ementa já foi transcrita no tópico atinente aos efeitos dessa ação constitucional.

Em suma, diante das omissões inconstitucionais, a Suprema Corte não está mais se mantendo inerte. Em razão da inação do Poder Legislativo, mesmo

---

<sup>18</sup> Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=182667>>

<sup>19</sup> Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional>>

após o reconhecimento judicial de sua mora, a Corte Máxima vem adotando um louvável posicionamento de regulamentar a questão.

Posição esta plenamente cabível em face da atribuição conferida constitucionalmente ao mandado de injunção e em razão da imperiosa necessidade de inibir a síndrome da inefetividade das normas constitucionais, fazendo com que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão atinja a finalidade conferida pelo constituinte.

## 7 CONCLUSÃO

O termo Constituição surgiu como um documento solene destinado a limitar as ações do Estado, garantindo aos cidadãos os direitos típicos do Liberalismo, isto é, direito a liberdade, segurança e propriedade. A preocupação inicial era quanto a estruturação do Estado, consolidando uma rígida concepção de Separação dos Poderes, e consagrando direitos de defesa contra o governo, até então autoritário.

No decorrer da história, tornou-se imprescindível a consagração de direitos que exijam uma prestação positiva do Estado, para assim ser garantida a dignidade da pessoa humana.

Voltando ao bem-estar social, surgem os direitos de segunda geração, denominados assim por Norberto Bobbio em seu livro “A Era dos Direitos”.

Nesse contexto, a história constitucional observou a transformação dos modelos de Estado, do Estado Liberal, no qual o Estado não podia intervir na vida dos cidadãos, cabendo apenas respeitar os direitos e limites impostos no texto constitucional, ao Estado Social, participante ativo da sociedade para fornecer as prestações positivas exigidas pelo indivíduo, sendo que as Constituições acompanharam esses modelos de Estado.

No Brasil, o Poder Constituinte Originário era invocado sempre que havia uma mudança na ordem política ou social do país. O constitucionalismo, que nasceu no Século XVIII, chegou ao Brasil só anos mais tarde, ainda assim não por meio de uma ruptura, mas por meio de uma constituição importante outorgada pelo monarca.

No tocante ao cumprimento desses textos constitucionais, pode-se dizer que eram cumpridos com maior ou menor efetividade, de acordo com os detentores do poder.

Todavia, outro problema deve ser registrado que é a ausência de mecanismos que asseguravam a efetivação dos direitos e garantias constitucionais. Os instrumentos de tutela não aparelhavam o Judiciário para tanto, pois os textos possuíam primitivos mecanismos de defesa contra o descumprimento.

Entretanto, excepcionam as Constituições de 1937, 1967 e a de 1969, que, em razão de seu governo autoritário, os governantes não se preocupavam com o cumprimento do texto constitucional, mas sim com suas vontades. Portanto, a presença de instrumento foi irrelevante.

Com o objetivo de redemocratização e consagração dos direitos dos cidadãos, se torna novamente imprescindível a manifestação do Poder Constituinte Originário, sendo promulgada a atual Constituição Federal.

A Lei Fundamental de um Estado, segundo a teoria de hierarquia de Hans Kelsen, constitui a norma suprema do ordenamento jurídico, o fundamento de validade de toda a ordem jurídica.

A rigidez da Constituição Federal de 1988 e a fonte soberana que a produziu, reforçam esse caráter de superioridade sobre as demais espécies normativas. Os Poderes Públicos estão, assim, vinculados aos seus ditames, devendo obedecer a seus comandos.

No entanto, a Constituição Federal de 1988 é caracterizada por ser uma Constituição Dirigente, consagradora do Estado Social de Direito. Trata-se de uma Constituição aberta, que impõe atitudes positivas por parte dos Poderes Públicos para complementar seu alcance e atingir seus objetivos.

Surgem assim, preocupações quanto ao descumprimento do texto constitucional pela inação desses órgãos legitimados constitucionalmente a atuar.

Nesse contexto, as normas constitucionais passaram a ser classificadas quanto a eficácia. Ao ingressarem no ordenamento jurídico, não sobejam dúvidas que são impositivas e capazes de produzir efeitos jurídicos.

No entanto, dado a abertura do texto constitucional, algumas normas possuem efeitos jurídicos em maior ou menor grau, não sendo todas capazes de aplicabilidade imediata e integral.

O objetivo do presente trabalho foi conferir eficácia plena a essas normas não auto-executáveis em razão da inércia do Poder Legislativo, concretizando o Texto Magno.

As normas constitucionais de eficácia limitada instituem um dever aos Poderes Públicos, de modo que as complementem, garantindo a elas efetividade e aplicabilidade.

Assim, é possível conceber uma forma de incompatibilidade com a Constituição pela abstenção dos poderes constituídos em situações que a Lei

Fundamental exige justamente uma prestação positiva, instituindo um dever constitucional.

A Constituição Federal de 1988 regulamentou de forma inédita dois instrumentos para saneamento da inconstitucionalidade por omissão: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção.

Registra-se que, em razão da abertura do tema e ao fato da maioria das normas constitucionais desprovidas de eficácia plena carecem, em linhas gerais, de lei, o presente trabalho aprofundou-se na omissão inconstitucional originária da inação do Poder Legislativo.

O tema é relevante e merece destaque. Após mais de 20 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, 126 dispositivos constitucionais encontram-se ainda desprovidos de regulamentação.

A questão central é quanto a efetividade desses mecanismos constitucionais para concretização da Lei Maior.

Na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, uma vez reconhecida a mora, o Poder Legislativo é comunicado para elaboração da norma faltante.

Ocorre que, atualmente, há diversas ações em que, reconhecida a mora pelo Supremo Tribunal Federal, o Poder Legislativo continuou inerte.

O princípio da discricionariedade legislativa impede que a sentença judicial imponha um dever ao Poder Legislativo. Com esse cenário de inação, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem se tornado inócua.

O mandado de injunção, por sua vez, diferencia-se da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Este consiste em um instrumento individual de garantia contra as omissões inconstitucionais.

Havendo uma relação de causalidade entre a falta de norma regulamentadora e a inviabilidade do direito, liberdades e prerrogativas asseguradas constitucionalmente, é cabível esse instituto.

A finalidade do mandado de injunção consiste na concretização do direito no caso concreto, realizando o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais.

Assim, tanto na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, quanto no mandado de injunção, o Supremo Tribunal Federal, ampliando sua função

jurisdicional, deve concretizar a Constituição Federal, em razão do Poder Legislativo não se desvencilhar de seu dever constitucional.

A solução conferida pelo Poder Judiciário é temporária e transitória, surtindo efeitos até que o Congresso Nacional elabore a norma faltante.

Conjuntamente com o princípio da separação dos Poderes, a Norma Suprema consagra o sistema de “freios e contrapesos”, prescrevendo que um Poder será fiscalizado e controlado por outro, evitando abusos e consolidando a harmonia entre eles.

Interpretando sistematicamente a Constituição Federal, na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o Supremo Tribunal Federal deve realizar um controle judicial efetivo sobre o Poder Legislativo, ofensor do Texto Magno.

Nas normas de eficácia limitada o direito já está reconhecido, necessitando apenas de regulamentação. Há, portanto, uma solução constitucionalmente obrigatória.

O Poder Judiciário deve se valer das normas implícitas no ordenamento jurídico, da analogia e dos princípios gerais do direito.

Inicialmente, o Poder Legislativo deve ser comunicado, pois ele que possui a competência constitucional de complementar a Constituição Federal. Decorrido um prazo razoável, em que era perfeitamente possível o Congresso Nacional ter elaborada a norma faltante, o Poder Judiciário assume sua posição ativista para concretizar a Norma Suprema.

Se a mora do Poder Legislativo já tinha sido anteriormente reconhecida, e a inércia perdurou, não há razões para uma nova comunicação, podendo o Supremo Tribunal Federal desde já traçar as condições para o gozo do direito.

O mandado de injunção, sendo garantia individual, objetiva a concretização do direito constitucional no caso concreto, o que, implicitamente, acarreta o cumprimento da Norma Suprema. Assim, a concretização do direito pelo Poder Judiciário decorre da finalidade atribuída constitucionalmente a este instituto.

Nesse sentido, a comunicação ao Poder Legislativo não é obrigatória, uma vez que o instrumento visa apenas uma garantia individual.

Reconhecida a omissão inconstitucional, o Supremo Tribunal Federal pode, de imediato, efetivar o exercício do direito constitucional para aquela situação específica levada à apreciação.

O fato da Constituição Federal estar em vigência há mais de 20 anos, reforça a desnecessidade de comunicação e de concessão de prazo, e a estrita necessidade de imediata regulamentação.

No entanto, a comunicação ao Poder Legislativo pode ser interessante para fins estatísticos. O Supremo Tribunal Federal viabiliza o direito no caso concreto, mas o Legislativo permanece inerte, descumprindo seu dever constitucional.

Embora o mandado de injunção possua efeito apenas entre as partes, as normas constitucionais de eficácia limitada podem reconhecer direitos gerais, isto é, independem de condições específicas de seu titular. Assim, a integração desse direito pelo Poder Judiciário comporta uma dimensão objetiva, o que autoriza o reconhecimento de efeito *erga omnes*.

A relevância dos direitos discutidos justifica a concessão dos efeitos *erga omnes*, evitando o congestionamento de ações no Supremo Tribunal Federal.

Nessas situações, a comunicação ao Poder Legislativo se torna necessária, pois inicialmente cabe a ele concretizar a Constituição Federal de forma objetiva.

Permanecendo inerte, ou já tendo sido comunicado anteriormente, o Poder Judiciário se torna legítimo para conferir uma efetividade temporária às normas constitucionais não auto-executáveis.

Ressalta-se que a posição aqui defendida não é isolada, sendo demonstrado, no presente trabalho, diversos julgados internacionais de controle efetivo do Poder Judiciário sobre o Poder Legislativo.

Uma eventual tolerância do Supremo Tribunal Federal com esse descumprimento do Texto Magno, pelo comportamento negativo do Poder Legislativo, afrontaria sua função primordial de guardião da Norma Suprema.

A Constituição Federal, oriunda da vontade popular, responsável pela democracia, pela instituição do Estado de Direito e pela declaração dos direitos fundamentais, não pode perder sua força normativa, de modo que importantes direitos permaneçam apenas no papel, sem efetividade e aplicabilidade imediata para os cidadãos.

Sendo a Constituição cumprida em sua íntegra, suas regras ganham mais força, evitando o que se verificou em toda a história constitucional brasileira:

mudanças na ordem social e política que dão ensejo a uma nova manifestação do Poder Constituinte Originário.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Teoria Geral do Estado**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ALVES, Moreira. **Voto do Ministro Moreira Alves na Questão de Ordem do Mandado de Injunção nº 107 QO**. Brasília, DF, 23 de novembro de 1989.

Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81908>>.

Acesso em: 01 de out. 2011.

ARAGÓN, Manuel. La Constitución como paradigma. In: CARBONELL, Miguel. **Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos**. México: Porrúa, 2005.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

AURÉLIO, Marco. **Voto do Ministro Marco Aurélio no Mandado de Injunção nº 232**. Brasília, DF, 02 de agosto de 1991. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81759>>.

Acesso em: 01 de out. 2011.

\_\_\_\_\_, Marco. **Voto do Ministro Marcos Aurélio no Mandado de Injunção nº 562**. Brasília, DF, 20 de fevereiro de 2003. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81866>>.

Acesso em: 01 de out. 2011.

\_\_\_\_\_, Marco. **Voto do Ministro Marco Aurélio no Mandado de Injunção nº 670**. Brasília, DF, 25 de outubro de 2007. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>>.

Acesso em: 02 out. 2011.

BARBOSA, Joaquim. **Voto do Ministro Joaquim Barbosa no Mandado de Injunção nº 670**. Brasília, DF, 25 de outubro de 2007. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>>.

Acesso em: 02 out. 2011.

BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal Brasileira, 1º vol.(1932), 2º vol.( 1933), 3º vol.(1933), 4º vol.(1933), 5º vol.(1934)**. São Paulo: Saraiva.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10ª ed. Brasília: UnB, 1999.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de Andrade. **História Constitucional do Brasil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BORJA, Célio. **Voto do Ministro Célio Borja na Questão de Ordem do Mandado de Injunção nº 107 QO** – Brasília, DF, 23 de novembro de 1989. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81908>>. Acesso em: 01 de out. 2011.

\_\_\_\_\_, Célio. **Voto do Ministro Célio Borja Mandado de Injunção nº 232**. Brasília, DF, 02 de agosto de 1991. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81759>>. Acesso em: 01 de out. 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Vade Mecum. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Vade Mecum. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Dispositivos constitucionais sujeitos a regulamentação**. Disponível em: <[http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/regulamentacao/dispositivos](http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/regulamentacao/dispositivos)>. Acesso em: 07 ago. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Notícias STF: Suprema Corte brasileira e o exercício de suas atribuições constitucionais.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=165752>>. Acesso em: 10 ago. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Omissão Inconstitucional.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional>>. Acesso em: 15 ago. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Notícias STF: Mandado de Injunção – um instrumento republicano para sanar eventuais omissões legislativas.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=165753>>. Acesso em: 11 out. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Notícias STF: STF admite fixar aviso prévio proporcional ao tempo de serviço.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=182667>>. Acesso em: 14 out. 2011.

BRASIL. Senado Federal. **Projetos e Matérias Legislativas.** Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=7600](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=7600)> Acesso em: 30 set. 2011.

BUZAID, Alfredo. **Da Ação Direta de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 1958.

CAMPANHOLE, Hilton Lobo; CAMPANHOLE, Adriano. **Constituições do Brasil.** 14 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador:** Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra, 1994.

CAMPOS, Germán Bidart. **El derecho de la Constitución y su fuerza normativa.** México: IJ- UNAM, 2003.

COSTA, Andréa Elias da. Estado de Direito e Ativismo Judicial. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. (cord.) **Estado de Direito e Ativismo Judicial.** São Paulo :Quartier Latin, 2010.

CUEVA, Mario de La. **Teoría de la Constitución**. México: Porrúa, 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 28ª. São Paulo: Saraiva, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERREIRA, Luiz Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 36ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRAMSTRUP, Erik Frederico. Do Mandado de Segurança. In BUENO, Cássio Scarpinella (cord). **Aspectos polêmicos e atuais do Mandado de Segurança 51 anos depois**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GROPPALI, Alexandre. **Doutrina do Estado**. Tradução: Paulo Edmur de Souza Queiroz. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1962.

HAGE, Jorge. **Omissão inconstitucional e direito subjetivo: uma apreciação da jurisprudência do STF sobre o mandado de injunção, à luz da doutrina contemporânea**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1999.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução: Luís Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LEWANDOWSKI, Ricardo. **Voto do Ministro Ricardo Lewandowski no Mandado de Injunção nº 670**. Brasília, DF, 25 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>>. Acesso em: 02 out. 2011.

LOCKE, John. **Carta acerca da tolerância**: Segundo tratado sobre o governo; Ensaio acerca do entendimento humano. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

MACHADO, Carlos Alcântara. **Mandado de injunção**: um instrumento de efetividade da constituição. São Paulo: Atlas, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**: ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental, o controle incidental de normas no direito brasileiro, a representação interventiva, a reclamação constitucional no STF. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Artemio Luis Melo. **Compendio de Ciência Política – Institucionalización y dinámica políticas, II**. Buenos Aires: Depalma, 1983.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direitos Constitucional, 1999.

\_\_\_\_\_, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet.. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3ª ed. Tomo II. Coimbra: Coimbra, 1996.

MORAES. Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da; SANTOS, William Douglas Resinente dos. **Controle de constitucionalidade: uma abordagem teórica e jurisprudencial**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

PERTENCE, Sepúlveda. **Voto do Ministro Sepúlveda Pertence na Questão de Ordem do Mandado de Injunção nº 107 QO** – Brasília, DF, 23 de novembro de 1989. Disponível em:  
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81908>>.  
Acesso em: 01 de out. 2011.

PICANÇO, Melchiades. **Mandado de segurança**. Rio de Janeiro: Jacintho, 1937.

PINHEIRO, Aline. **Sociedade debate forma de escolha de ministros do STF**. Disponível em <[http://www.conjur.com.br/2005-dez-10/sociedade\\_debate\\_forma\\_escolha\\_ministros\\_stf](http://www.conjur.com.br/2005-dez-10/sociedade_debate_forma_escolha_ministros_stf)>. Acesso em: 26 de setembro de 2011.

PIOVESAN, Flavia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários à Constituição de 1967, Com a Emenda Nº 1, de 1969, Tomo 1**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.

\_\_\_\_\_. **Comentários a Constituição de 1967**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Vol. 1, 1967.

RODRÍGUEZ, Marcos Francisco del Rosario. **Orígenes y Antecedentes de la Jurisdicción Constitucional y la Ciencia del Derecho Procesal Constitucional**.

In Primer Congreso Colombiano de Derecho Procesal Constitucional: Homenagem al Maestro Héctor Fix-Zamudio. Bogotá, 2010.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Inconstitucionalidade por Omissão e Troca de Sujeito**: a perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SÃO PAULO. Diário de S. Paulo. **Dilma sanciona aviso prévio proporcional**. Disponível em: <<http://www.diariosp.com.br/noticia/detalhe/646/Dilma+sanciona+aviso+previo+proporcional>>. Acesso em: 14 out. 2011.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direito Constitucional**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

\_\_\_\_\_. José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

VELLOSO, Carlos. **Voto do Ministro Carlos Velloso no Mandado de Injunção nº 232**. Brasília, DF, 02 de agosto de 1991. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81759>>. Acesso em: 01 de out. 2011.

\_\_\_\_\_. Carlos. **Voto do Ministro Carlos Velloso no Mandado de Injunção nº 562**. Brasília, DF, 20 de fevereiro de 2003. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(mi+562.NUM E.+OU+mi+562.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(mi+562.NUM E.+OU+mi+562.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 01 de out. 2011.