

**CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**O CONTROLE DAS OMISSÕES LEGISLATIVAS INCONSTITUCIONAIS
COMO FORMA DE GARANTIR DIREITOS FUNDAMENTAIS E A TROCA DE
SUJEITOS**

Victorio Azzalin Neto

Presidente Prudente/SP

2015

**CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**O CONTROLE DAS OMISSÕES LEGISLATIVAS INCONSTITUCIONAIS
COMO FORMA DE GARANTIR DIREITOS FUNDAMENTAIS E A TROCA DE
SUJEITOS**

Victorio Azzalin Neto

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

Presidente Prudente/SP

2015

AZZALIN NETO, Victorio.

O controle das omissões legislativas inconstitucionais como forma de garantir direitos fundamentais e a troca de sujeitos. AZZALIN NETO, Victorio - Presidente Prudente – SP: Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo, 2015. 70p.

Monografia de conclusão do Curso de Direito – Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo – Toledo: Presidente Prudente – SP, 2015

1. Omissões inconstitucionais. I. Título.

**O CONTROLE DAS OMISSÕES LEGISLATIVAS INCONSTITUCIONAIS
COMO FORMA DE GARANTIR DIREITOS FUNDAMENTAIS E A TROCA DE
SUJEITOS**

Monografia aprovada como requisito
parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

SÉRGIO TIBIRIÇÁ AMARAL
(Orientador)

GLAUCO ROBERTO MARQUES MOREIRA
(Examinador)

JURANDIR JOSÉ DOS SANTOS
(Examinador)

Presidente Prudente, 24 de novembro de 2015.

“O temor do Senhor é o princípio da sabedoria”.

(Provérbios 9:10 a).

Dedico este trabalho ao único digno de honra, glória e louvor, Jesus Cristo.

AGRADECIMENTOS

A Jesus Cristo, Senhor da minha vida, pelo amor, cuidado e companhia em todos os momentos.

À minha mãe, Vilmar Adelce Alves, pelo sustento, incentivo e apoio em todos esses anos de vida.

Ao meu irmão, Murilo Alves Azzalin, pelo carinho e amizade demonstrados à sua maneira.

Ao meu tio, Osterlino Donizete Alves, pelo exemplo de fé e caráter a ser perseguido.

À minha tia, Carmem Sueli Martins Alves, pela confiança e motivação depositadas.

Ao meu orientador, professor Dr. Sérgio Tibiriçá Amaral, pelos ensinamentos transmitidos de maneira serena e por sempre se mostrar acessível.

Aos amigos Glauco Roberto Marques Moreira e Jurandir José dos Santos, professores no Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente, pela pronta disposição em examinar este trabalho.

RESUMO

A Constituição Brasileira de 1988 adotou o modelo de constituição dirigente idealizado por José Joaquim Gomes Canotilho, que possui normas programáticas, também chamadas de não bastantes em si, as quais necessitam de complementação legislativa para atingirem aplicabilidade plena. Quando o legislador infraconstitucional não atua no sentido de promover essa complementação ou, se o faz de forma incompleta, dá-se o fenômeno da omissão inconstitucional, total ou parcial, o que deve ser combatido. Por esse motivo, o constituinte previu maneiras de suprir esses tipos de inconstitucionalidade, através do controle da omissão inconstitucional, por meio do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o primeiro sendo parte do controle difuso e a segunda do controle concentrado. Entretanto, suas decisões não possuem força vinculante, por apenas declararem a omissão e cientificarem-na ao poder competente para legislar bem como determinam prazo para fazê-lo, no caso da omissão ser praticada por órgão administrativo, prazo este que não é vinculante, carecendo tais ações de efetividade. Conclui-se que as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, em mandados de injunção e nas ações diretas de inconstitucionalidade, vislumbrando essa carência em suas decisões, alteraram seu posicionamento até então prevalecente, e, adotando uma postura positiva, o Tribunal permitiu o exercício do direito reclamado mesmo sem a existência de norma regulamentadora.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; Constituição Dirigente; Omissão Inconstitucional; Efetivação da Constituição; Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão; Mandado de injunção.

ABSTRACT

The Brazilian Constitution of 1988 adopted the model of governing constitution designed by José Joaquim Gomes Canotilho, which has programmatic norms, also called not self executing, which require legislative complement to achieve full effect. When the infra legislature does not act to promote this supplement or, if he does so incompletely, gives the omission phenomenon unconstitutional in whole or in part, which must be fought. Therefore, the constituent predicted ways to meet these kinds of unconstitutionality, by controlling the unconstitutional omission, through the writ of injunction and the direct action of unconstitutionality by omission, the former being part of fuzzy control and the second of concentrated control . However, their decisions have no binding force for only declare default and inform on the appropriate power to legislate and determine deadline for doing so, in the case of omission practiced by administrative body, which period is not binding, lacking actions of such actions. We conclude that the recent decisions of the Supreme Court in an injunction and the direct actions of unconstitutionality, seeing this need in their decisions, altered its position hitherto prevailing, and adopting a positive stance, the Court allowed the exercise of right claimed even without the existence of a regulatory provision.

Keywords: Fundamental Rights; Directive Constituicion; Unconstitutional Omission; Realization of Constituicion; Direct Action of Unconstitutionality by mission; Writ of injunction.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. ALGUMAS DEFINIÇÕES SOBRE CONSTITUIÇÃO	11
3. OS ANTECEDENTES	14
4. ORIGENS DO CONSTITUICIONALISMO NA EUROPA.....	18
5. AS ORIGENS DO CONSTITUCIONALISMO NORTE AMERICANO	20
6. CONSTITUIÇÃO NOS EUA: MODELO LIBERAL	22
7. AS OUTRAS DUAS DIMENSÕES.....	24
8. DECLARAÇÃO DA ONU.....	26
9. CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE – O MODELO BRASILEIRO	28
10. AS NORMAS CONSTITUCIONAIS DE EFICÁCIA LIMITADA	31
11. INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO	34
11.1 Tipos de Inconstitucionalidade	35
12. O MANDADO DE INJUNÇÃO	38
12.1 Objeto e Finalidade	39
12.2 Legitimidade Ativa	41
12.3 Legitimidade Passiva	41
12.4 Competência e Procedimento	42
12.5 Efeitos do Julgamento	44
12.6 Recursos	47
13. A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO	48
13.1 Objeto e Finalidade	49
13.2 Legitimidade Ativa	50
13.3 Legitimidade Passiva e Competência	51
13.4 Procedimento	52
13.5 Efeitos do Julgamento	53
14. IMPORTANTES DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	58
14.1 Jurisprudências em Mandado de Injunção	59
14.2 Jurisprudências em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão ..	63
15. CONCLUSÕES	66
BIBLIOGRAFIA	69

1. INTRODUÇÃO

No capítulo inicial deste trabalho se buscou algumas definições que são importantes para esta abordagem bibliográfica. Usando os métodos histórico e dedutivo discorreu-se sobre o conceito de “constitucionalismo” ou “movimento constitucional” e sua relevância jurídica e política no momento de seu nascimento como documento formalmente escrito, no final do século XVIII.

No segundo capítulo, utilizando também o método indutivo, discorreu-se sobre os antecedentes da constituição que colaboraram para o movimento que começou no século XVIII. Foram diferentes contribuições visitadas na pesquisa, uma vez que, já em 1215, com a edição da “Magna Carta Libertatum” na Inglaterra, já havia a busca da burguesia pela limitação do poder soberano e a proteção aos direitos de liberdade destinados aos indivíduos de seu país, de forma a constarem em um documento escrito, o que são os pilares do constitucionalismo atual.

O capítulo seguinte trouxe as ideias iniciais do movimento constitucional desenvolvidas no continente europeu, basicamente na Inglaterra e na França, caracterizando-se pelo rompimento do poder absoluto monárquico pelo modelo liberal, entretanto, por parte dos ingleses, esse rompimento se deu de forma gradual e pacífica, ao passo que o francês se efetivou através da Revolução Francesa de 1789.

O quarto capítulo nos mostrou as origens que o movimento constitucional teve em terras norte-americanas, através da edição de documentos escritos que rompiam com o antigo constitucionalismo inglês, sendo o principal deles a Carta do Bom Povo da Virgínia, de 1787.

Em seguida, o quinto capítulo elucidou que a Carta do Bom Povo da Virgínia, considerada a primeira constituição escrita da história, elencou em seu texto o modelo liberal de Estado, ou seja, o aspecto não intervencionista do poder estatal nas relações particulares, principalmente nas classes econômicas da burguesia e proletariado, sendo sua principal contribuição ao constitucionalismo, a ideia de que o poder emana do povo.

O sexto capítulo nos mostrou que em virtude da edição da constituição de Weimar, de 1919, na Alemanha, houve a consagração dos

direitos sociais como direitos fundamentais de segunda dimensão, os quais necessitam de uma ação do Estado para sua proteção.

Já o sétimo capítulo abordou o surgimento dos direitos de fraternidade, ou seja, os direitos fundamentais de terceira dimensão, que decorrem da Declaração Universal dos Direitos do Homem, como direitos destinados ao ser humano como indivíduo, independente do país em que viva, sendo necessária a consagração desses direitos nas constituições dos países para uma melhor proteção e exercício.

O capítulo seguinte trouxe esclarecimentos sobre o modelo de constituição dirigente, inspirado na teoria desenvolvida por Joaquim José Gomes Canotilho, o qual foi adotado pela Constituição Federal de 1988, caracterizado por possuir normas programáticas que apontam comportamentos a serem praticados pelos poderes públicos a fim de efetivamente aplicarem a Constituição no país.

No nono capítulo foram trazidas as normas de eficácia limitada, também chamadas de normas não bastante em si, por não serem aptas a produzirem seus efeitos de imediato, necessitando da atuação positiva do legislador infraconstitucional para poderem alcançar eficácia plena.

Pelo décimo capítulo, inspirado no princípio da supremacia da constituição, buscou-se trazer os conceitos de inconstitucionalidade, principalmente o da inconstitucionalidade por omissão e os mecanismos que a própria carta federal trouxe para sanar essas situações.

Já o décimo primeiro capítulo abordou o instituto do mandado de injunção, como meio de controle difuso da inconstitucionalidade por omissão, elencando seu objeto, finalidade e legitimação, bem como os efeitos gerados pela sua decisão e os recursos cabíveis.

Em seguida, o décimo segundo capítulo tratou de esclarecer a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, por ser a forma de controle concentrado da omissão inconstitucional, além de indicar seu objeto, finalidade, legitimação, procedimento e efeitos diante de sua decisão, bem como salientou as principais diferenças entre esta ação e o mandado de injunção.

Com o décimo terceiro capítulo foram trazidas algumas recentes decisões em mandados de injunção e ações diretas de inconstitucionalidade por omissão proferidas pelo STF, onde, mesmo reconhecendo a omissão

inconstitucional, adotou posicionamento concretista, ao viabilizar o exercício do direito fundamental reclamado.

Finalizando, o último capítulo tratou das conclusões extraídas dessa abordagem histórica, conceitual e sistemática, suas contribuições para o estudo do constitucionalismo atual, no tocante às omissões inconstitucionais, bem como entender que em se tratando de modelo de constituição dirigente adotado pela Constituição Federal de 1988 deve-se buscar sua efetiva aplicação, principalmente em matéria de direitos fundamentais, independentemente do órgão ou Poder a promover seu exercício.

2. ALGUMAS DEFINIÇÕES SOBRE CONSTITUIÇÃO

Inicialmente, é importante frisar que, por se tratar de um fenômeno jurídico, político e também social, para que possamos compreender a Constituição e a dimensão que esse termo possui e representa atualmente, qualquer conceito, por mais amplo e abrangente que seja não será, por si só, capaz de abordar, de maneira suficiente, o significado jurídico, histórico e também político que o termo “constituição” transmite. Há muitos significados em cada uma das ordens jurídicas estabelecidas, como no atual cenário jurídico global e também no brasileiro.

A propósito, interessante citar que, no presente trabalho, tanto o termo “constitucionalismo” como “movimento constitucional” serão abordados como sinônimos, por não se vislumbrar diferença em sua utilização.

Sendo entendido como movimento, o constitucionalismo surgiu como um conjunto de ideias pretendente a influenciar toda uma ordem política, jurídica e social estabelecida em determinado Estado.

Referindo-se à constituição, Alexandre de Moraes (2013, p. 1) diz que esta se destaca “por ser fundamental à organização e funcionamento do Estado, à articulação dos elementos primários do mesmo e ao estabelecimento das bases da estrutura política”, o que é alcançado através da previsão de diversos direitos e garantias fundamentais, estabelecendo assim, a estrutura do Estado, suas instituições e órgãos, bem como o modo de aquisição e limitação do poder.

Conceituando a Constituição, José Afonso da Silva (2014, p. 39-40) diz que:

A constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua atuação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias.

Nos dizeres de José Joaquim Gomes Canotilho (2002, p. 51), historicamente, não se pode definir um momento único do surgimento do constitucionalismo, ou movimento constitucional, pois, esse tipo de movimento,

apesar de ser inspirado em um mesmo ideal, qual seja, a necessidade de limitação e controle do abuso do poder do Estado e suas autoridades, surgiu em diversos países de forma e características singulares e em momentos históricos diferentes.

Também nos aliamos a este entendimento uma vez que, aproximados por um mesmo propósito, o constitucionalismo, buscando a limitação do poder do Estado, através da garantia de direitos fundamentais aos seus cidadãos, só poderá ocorrer com a edição de uma norma superior a todas as outras, sendo obedecidas pelos próprios detentores do poder estatal, onde o seu desenvolvimento será aperfeiçoado ao longo dos anos e também em diversos países. Como fica claro nesta abordagem histórica, o constitucionalismo foi alcançado dentro de uma caminhada histórica que buscava a limitação do poder, usando ideias diferentes e mecanismos que foram aperfeiçoados, especialmente na Europa, a partir da Magna Carta inglesa, em 1215.

Este também é o entendimento de Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2013, p. 26) que, sobre o constitucionalismo, o definem como:

movimento político, jurídico e social, pautado pelo objetivo de criar um pensamento hegemônico segundo o qual todo Estado deve estar organizado com base em um documento fundante, chamado Constituição, cujo propósito essencial seria o de organizar o poder político, buscando garantir os direitos fundamentais e o caráter democrático de suas deliberações.

O nascimento ocorreu na busca de limitar os poderes reais, mas muitos doutrinadores colaboraram para o modelo de um documento escrito, com declaração de direitos e separação de poderes.

Ainda segundo estes autores (2012, p. 26), historicamente é difícil identificar o momento exato do nascimento desse tipo de movimento, sendo possível, apenas, “a identificação do período, ou da quadra histórica, em que o movimento, ou as ideias que o influenciaram, granjeou hegemonia”. No entanto, o constitucionalismo nasce no século XVIII, com o intuito de limitar o poder, usando um controle interno dentro da ideia de Montesquieu, a tripartição

dos poderes e também de um tipo de controle externo, uma carta de direitos, ou seja, um “Bill of Rights” de John Locke.

Por sua vez, Dirley da Cunha Júnior (2004, p 4 e 7) também afirma que o movimento constitucional gerador da constituição tem origens que variam de tempo e espaço, associando a origem desse movimento, principalmente, às constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América do Norte, de 1787, da França, de 1791, e a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, que serviram de modelo para os documentos europeus e até mesmo a constituição brasileira do Império no século XIX, embora essa tivesse o poder moderador, que matinha o rei como senhor absoluto.

Nesse sentido, David Araujo e Nunes Júnior concluem também que o constitucionalismo, basicamente, está vinculado ao surgimento das duas primeiras constituições escritas, a norte-americana e a francesa, originadas no século XVIII, sendo que a primeira foi a Carta do Bom Povo da Virgínia, que teve duração de alguns meses.

Assim, torna-se imprescindível uma abordagem histórica, ainda que de maneira sucinta, do constitucionalismo mundial, compreendendo suas origens e os principais acontecimentos que ajudaram a dinamizar o movimento, bem como seus princípios e ideais inspiradores, principalmente quando ganham evidência, no século XVIII, uma vez que influenciam até hoje nosso ordenamento jurídico, o que nos proporcionará uma melhor visão e, conseqüentemente, um melhor entendimento da importância do tema.

3. OS ANTECEDENTES

De início, o que nos cumpre analisar são os principais acontecimentos do movimento pré-constitucional pelo mundo, suas características e contribuições para o fenômeno constitucional, de forma organizada, independente de país ou local do acontecimento. Entende-se por antecedentes documentos escritos como outorgas que serviram de base para o constitucionalismo, bem como doutrinas de pensadores, além de contribuições dos povos da Antiguidade, como gregos e romanos.

Partindo-se da ideia de que o movimento constitucional é dinâmico e histórico, onde se desenvolve individualmente em cada país e de acordo com o ambiente histórico à época, pelo que já foi abordado, resta evidente que os principais acontecimentos históricos que marcaram o movimento constitucional datam do século XVIII, basicamente sendo a revolução francesa e a independência americana como propulsoras dos ideais defendidos pelos constitucionalistas da época.

Não menos importante, são as lições da antiga democracia grega, que já nos ensinava por meio das normas *topois* e *nomois* que, para que a sociedade consiga se desenvolver de forma ordenada, necessário se faz a estruturação e hierarquização das normas jurídicas, pois são elas que normatizam o convívio em sociedade.

Para os gregos, havia dois tipos de norma, sendo umas superiores, as *topois*, que não poderiam ser modificadas, mesmo pelos detentores do poder da época, em virtude da natureza das próprias leis, porque decorrentes do Direito Natural, e, as *nomois*, que, por regularem o convívio em sociedade, poderiam sim ser modificadas, a qualquer tempo pelo bel prazer do detentor do poder, na época, o imperador (ACQUAVIVA, 2010 p.40).

Insta salientar que, o mais famoso documento antecedente do próprio movimento constitucional, qual seja, a “Magna Carta Libertatum”, elaborada na Inglaterra em 1215, estabeleceu formalmente a proteção a alguns direitos individuais frente à monarquia absolutista.

A importância deste documento é tamanha, posto que, além da observância do então rei da Inglaterra, João “Sem Terra”, como era conhecido, foi um documento que diversos monarcas reafirmaram os compromissos ali

descritos, para proteção a certos direitos individuais constantes em seu texto, que alguns institutos por ela estabelecidos, como o devido processo legal, a instituição do tribunal do júri, a anterioridade tributária, a inviolabilidade de domicílio, o *habeas corpus*, dentre outros, estão previstos ainda hoje, inclusive, na Constituição Brasileira de 1988. Foi a primeira vez que o poder absoluto, pela força dos barões, teve que reconhecer direitos chamados de tempos imemoriais, que estabeleceram limites. Por isso, as várias versões da Magna Carta trazem “outorgas” que posteriormente vão se transformar em direitos no constitucionalismo atual. Posteriormente, outros “bills” da Inglaterra ajudaram a criar a ideia de que um documento escrito poderia estabelecer limites para o exercício do poder.

Já em 1679, segundo Fábio Konder Comparato (2010, p. 100), ocorreu, na própria Inglaterra, a edição do “Petition of Rights” e do “Habeas Corpus Act”, que concederam o direito às pessoas presas ou acusadas de reclamarem ou requererem, perante o lorde-chanceler, a concessão da liberdade ou o arbitramento da fiança.

O habeas corpus já existia na Inglaterra antes mesmo da “Magna Carta”, mas, durante os agitados anos do reinado da dinastia Stuart, os últimos soberanos católicos, o Parlamento, de maioria protestante, procurou de todas as formas limitar o poder real, em especial, o poder de prender opositores políticos sem submetê-los ao devido processo legal que surgiu em 1215, junto com o júri e o habeas corpus (AMARAL, 2006, p. 214).

Sua importância consiste no fato de que essa garantia judicial, criada para proteger a liberdade de locomoção, tornou-se a matriz de todas as demais, posteriormente criadas, objetivando a promoção de outras liberdades individuais.

Em seguida, em 1689, ocorreu a edição do “Bill of Rights”, sendo também, um dos principais marcos do movimento constitucional, uma vez que, enquanto lei fundamental, ainda hoje permanece como um dos principais textos constitucionais, já que traz consigo a ideia do governo representativo, ainda que não absoluto, mas pelo menos das camadas superiores da sociedade, além da separação de poderes e o início de uma garantia institucional indispensável das liberdades civis, funcionando também como um instituto externo de controle do poder (COMPARATO, 2010, p 106 e 107).

John Locke (1663-1704) na obra “Segundo Tratado do Governo Civil” defendia o direito de revolução se os governados não estivessem de acordo com o monarca, o que vai ocorrer durante a Revolução Gloriosa, que vai derrubar o rei James Stuart. Além disso, o contratualista defendia que o modelo liberal deveria ter a supremacia do Parlamento (LOCKE, 2002, p. 98).

Em 1710, é editado o “Act of Settlement” que estabeleceu a liberdade de culto apenas para os protestantes (Quakers, Anabatistas, Presbiterianos e Anglicanos) e limitou ainda mais as prerrogativas da realeza. O documento assegurou o princípio da inamovibilidade dos juízes, o *impeachment* dos magistrados, estabeleceu leis iguais para todos e ainda regulou a sucessão ao trono (MORAES, 2007, p. 8).

Esse documento também reconheceu vários pactos, os chamados “covenants”, que haviam sido celebrados anteriormente na Grã-Bretanha e nas colônias da América do Norte, que asseguravam direitos individuais, principalmente religiosos, apesar de direcionados apenas a determinados homens e não sob uma perspectiva universal e abrangente, sendo também, documentos inspiradores da limitação do poder dos soberanos sobre os súditos.

Com a Constituição Americana, em 1787, a Constituição Francesa, de 1791, esta fortemente inspirada na Declaração Universal Dos Direitos Do Homem e do Cidadão (1789), como contraposição ao absolutismo monarca, colocaram o povo como o titular legítimo do poder, baseados também nas ideias do iluminismo crescente à época.

Ficou esclarecido que, ao longo da história do constitucionalismo, e por que não dizer da humanidade, que a luta por direitos dos cidadãos comuns, frente ao Estado - seja governado por monarcas absolutistas ou por presidentes diretamente eleitos -, sempre foi pela garantia do exercício efetivo dos direitos fundamentais sem qualquer restrição ou limitação, evitando abusos do Estado sem qualquer justificativa. Pode-se afirmar que o movimento constitucional se fortaleceu em virtude da promoção da ideia de estruturar o Estado, sua atuação e limitação em relação aos direitos que propriamente elencou aos seus cidadãos, formando uma espécie de controle interno dos direitos fundamentais, e, com a edição das primeiras constituições escritas na história, a Constituição dos Estados Unidos da América, em 1787, e, da

Constituição da França, em 1791, o movimento ganha maior relevância, uma vez que, a edição destes documentos escritos tem a intenção de se manter nos próximos anos, afirmando e garantindo os direitos que já se conquistou.

4. ORIGENS DO CONSTITUICIONALISMO NA EUROPA

Ao longo dos séculos XIV e XV, na Europa, começaram os primeiros movimentos contra o antigo regime monárquico absolutista e o Estado europeu, onde o antes soberano e controlador, dá lugar a Estados nacionais, independentes e soberanos, motivados por um sentimento de nação.

Por volta do final do século XVIII, influenciados pelos ideais norte-americanos contra o absolutismo monárquico da época, os Europeus, mais precisamente os franceses e ingleses, iniciam o movimento de oposição contra o antigo regime, conhecido como Revolução Industrial.

Pelo lado dos ingleses, o que é importante ressaltar de seu movimento constitucional, é que, naquele país, apesar da edição de vários documentos de natureza constitucional, sabe-se que a Inglaterra não optou pelo modelo de constituição escrita, o que não significa que lhe falte constituição material, significando, apenas, que seu modelo adotado é diferente dos modelos norte americano e francês (FACHIN, 2008, p. 37).

O mesmo autor ressalta que por lá, o tratamento das matérias constitucionais iniciou bem antes dos Estados Unidos da América do Norte e França, não precisando, inclusive, romper com o absolutismo para fazer triunfar as ideias revolucionárias.

Outro documento relevante da história constitucional europeia foi a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, editada na França em 1789, que trouxe dentro do seu texto direitos fundamentais, principalmente os ligados aos princípios da *liberdade*, *igualdade*, e *propriedade*, destinados aos cidadãos daquele país.

Nesse mesmo ano, em virtude da Revolução Francesa, que contribuiu para o rompimento com o antigo regime de governo, tendo ênfase no reconhecimento da existência de direitos fundamentais estendidos aos indivíduos, ocorreu a legitimação ou fundação de um novo poder político, ou seja, um governo limitado e moderado por seus próprios indivíduos, onde estes, através de acordos, são os legitimados a alterar normas impostas ao Estado.

Essa ideia, inspirada nos contratualistas da época (Hobbes, Locke, Rousseau, dentre outros), traz a necessidade da criação de um documento escrito da organização política, recaindo a dúvida sobre quem o faria. Vinculado às teorias contratualistas de Nicolau Maquiavel, John Locke, Jean Jacques Rousseau, dentre outros, à teoria orgânica do poder de Montesquieu e às declarações de direitos humanos (da França e da Carta do Bom Povo da Virgínia/EUA), o movimento constitucional, aliado com as ideias de superação do despotismo monárquico da época, aponta para a concretização de um Estado de Direitos, caracterizado por objetivos bem claros: a separação dos poderes e a promoção de direitos humanos.

Surge então a ideia do poder constituinte, no sentido de pertencente à Nação, que teria autonomia, apenas, para a criação dessa lei superior, a Constituição, para que a própria Nação respeitasse. Importante destacar que, inicialmente se defendia que o poder emanaria do povo. No entanto, a burguesia que buscava o poder, mudou sua titularidade, dando à nação, que deveria ser composta das pessoas com capacidade e não todas as pessoas, a massa, pois o povo ignorante e analfabeto poderia ser manipulado.

5. AS ORIGENS DO CONSTITUCIONALISMO NORTE AMERICANO

Importante frisar o papel que o movimento constitucional desempenhou também nos Estados Unidos da América do Norte, pois, além de ter influenciado a ordem constitucional do país, também teve seus ideais irradiados por toda a Europa.

O constitucionalismo naquele país nasceu com a Carta do Bom Povo da Virgínia, que durou meses, mas ganhou espaço com a Constituição dos Estados Unidos da América do Norte, oriunda da Guerra de Independência.

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2012, p. 05), abordando o constitucionalismo americano e os primeiros habitantes daquele território, nos ensina que “chegados à América, os peregrinos imbuídos de igualitarismo, não encontrando na nova terra poder estabelecido, firmaram, por mútuo acordo, as regras por que haveriam de governar, a bordo do *May Flower*, o celebre ‘Compact’”, de 1620, e, em seguida, se estabelecem as “Fundamental Orders of Connecticut”, em 1639, que mais tarde foram confirmadas pelo Rei Carlos II, que as incorporou na Carta outorgada em 1662. Transparece aí a ideia de estabelecimento e organização do governo pelos próprios governados, outro pilar da constituição.

Além desses documentos, um tipo de antecedente denominado como “contratos de colonização” também é importante na formação da Constituição, pois os proprietários das colônias, como William Penn (fundador da Pennsylvania – Floresta de Penn), outorgavam direitos aos colonizadores, que posteriormente foram reconhecidos pelos reis. Entre os direitos estavam liberdade religiosa e de expressão, direito a terra e a auto-gestão comunitária. Também esses contratos garantiam o direito de propriedade na terra trabalhada e, ainda, isenções tributárias para os que fossem residir por lá, bem como asseguravam outros “direitos” que havia nas outras cidades: educação, liberdade religiosa e organização social participativa (CARVALHO, 2006, p. 261).

A Carta do Bom Povo do Estado da Virgínia, de 1776, seguidas das constituições das ex-colônias britânicas da América do Norte, constituição da confederação dos Estados Americanos de 1781, são também documentos e

momentos históricos relevantes do constitucionalismo americano, chegando-se ao instante de se destacar as constituições escritas como instrumentos para equilibrar o poder estatal.

6. CONSTITUIÇÃO NOS EUA: MODELO LIBERAL

Conforme abordado, pode-se dizer que a primeira constituição escrita elaborada foi a “Carta do Bom Povo da Virgínia”, datada de 1776, que estabeleceu a própria lei daquele estado, um mês antes da publicação da própria constituição da Federação Norte Americana, o que gerou uma polêmica para identificar qual seria a primeira constituição oficial. Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2012, p. 33), a polêmica diz respeito ao fato de a constituição ser escrita, sendo que existem até hoje em outros países, como Inglaterra e Israel, normas não escritas com força constitucional. As constituições costumeiras têm uma parte escrita, mas há outros provimentos de caráter fundamental que são baseados nos costumes e tradições, além da religião no caso do Estado de Israel.

Segundo Dirley da Cunha Júnior (2011, p. 563) analisando a constituição americana, diz que:

preocupou-se, essencialmente, com a fundação de um governo democrático e a organização de um sistema de limitações de poderes, inspirada na crença da existência de direitos naturais e imprescritíveis do homem, uma vez que reconhecia os ‘direitos inatos’ de toda pessoa humana é o princípio de que todo poder emana do povo, elencando também os princípios da igualdade de todos perante a lei e da liberdade.

Notável é a marca americana, “Nós o povo”, que trás a proposta de, definitivamente, romper com o antigo constitucionalismo, uma vez que se liberta da onipotência do legislador parlamentar soberano. No entanto, por meio do voto censitário, o povo será substituído pela Nação, ou seja, apenas as pessoas cultas e com liberdade podem definir o futuro da coletividade, ficando a maior parte do elemento humano mais uma vez afastado das decisões sobre o futuro comum.

Para Norberto Bobbio (2004, p, 39-40), pode-se dizer que, aquilo que os americanos ansiavam era a garantia dos chamados direitos fundamentais de primeira dimensão, ou seja, são os direitos destinados ao ser humano de forma individual, que lhe garantam as liberdades religiosa, de opinião, de locomoção, etc.

Segundo José Joaquim Gomes Canotilho (2002, p. 59):

o modelo americano de Constituição assenta na ideia de limitação normativa do domínio político através de uma lei escrita. A Constituição não é um contrato entre governantes e governados, mas sim um acordo celebrado pelo povo e no seio do povo a fim de criar e constituir um 'governo' vinculado à lei fundamental.

A proposta liberal do constitucionalismo americano é clara, pois visa garantir ao cidadão a existência de uma lei superior ao legislador soberano, criada por ele próprio, o povo.

A ideia de que o poder emana do povo, onde é o povo quem decide, é a principal contribuição do constitucionalismo norte-americano ("Nos o povo"). A experiência nas antigas colônias foi importante, pois como a maioria das pessoas era alfabetizada, porque como protestantes precisavam levar a Bíblia, a participação do povo foi grande. Além disso, o modelo de escolha dos representantes foi aperfeiçoado no governo civil, uma vez que já existia nas denominações oriundas da Reforma Protestante. A escolha dos políticos serviu para aprimorar o modelo de escolha por intermédio da votação com voto igualitário e secreto, que já existia nas denominações reformadas. As Igrejas Batista, Presbiteriana e Congregacional elegiam, mesmo nos tempos coloniais, os seus pastores e líderes por meio de votações. Por isso, a escolha dos políticos foi apenas aperfeiçoada bem como a ideia de direitos inerentes ao ser humano, como a liberdade religiosa.

7. AS OUTRAS DUAS DIMENSÕES

Se de um lado o constitucionalismo francês terminou por legitimar os representantes legislativos para o exercício do poder, o modelo revolucionário norte-americano serviu para construir uma ordem política baseada no princípio do governo limitado. Surgiu o modelo de um Estado não intervencionista justamente num momento que a Europa passava pela Revolução Industrial, com a busca de poder pela burguesia.

O Estado liberal clássico caracterizado pela ação exclusivamente política, mantendo um distanciamento ou indiferença à vida econômica e social do ser humano, preocupa-se apenas com a proteção das liberdades individuais, tendo como traço característico, o dispensar, tanto quanto possível, a presença do Estado na vida do homem e do domínio privado. Portanto, o Estado não intervinha nas relações trabalhistas entre burguesia e proletariado, permitindo a exploração nas fábricas, que funcionavam em péssimas condições e com jornadas de trabalho de até 14 horas por dia.

Com a revolução industrial no final do século XVIII e o conseqüente aumento na velocidade de processamento e produção, além da formação dos grandes conglomerados urbanos, o que representam mudanças profundas na ordem social e política da época, há uma necessidade do Estado intervir nas relações sociais a fim de não haver um desequilíbrio nas relações entre as classes econômicas, evitando que as mais baixas sejam controladas pelas mais altas.

Entretanto, apenas no século XX é que o Estado liberal perde sua hegemonia. Com a criação da constituição de Weimar, de 1919 na Alemanha, a qual inspirou inúmeras outras constituições do primeiro pós-guerra, apesar de tecnicamente ser uma constituição legitimadora de uma democracia liberal, houve a crescente constitucionalização do Estado Social de Direito, com a consagração em seu texto dos direitos sociais e a previsão da aplicação e realização por parte das instituições encarregadas dessa missão.

A constitucionalização do Estado Social efetivou-se na importante intenção de converter as várias aspirações sociais em direito positivo elevando-as à categoria de princípios constitucionais protegidos pelas garantias do Estado de Direito (MORAES 2013, p. 4).

Com essa elevação de categoria, os direitos sociais, de conteúdo predominantemente programático, ou seja, que apontam uma atuação positiva do Estado para sua promoção e garantia do exercício dos direitos, complementam o constitucionalismo nascido com o Estado Liberal de Direito.

Esse também é o entendimento de Norberto Bobbio (2004, p. 226 e 227):

os direitos sociais promovem uma complementariedade aos direitos de liberdade, no sentido de que são a própria condição do seu exercício efetivo, uma vez que, os direitos de liberdade só podem ser assegurados garantindo-se a cada um o mínimo de bem-estar econômico que permite uma vida digna.

Assim, os direitos sociais, também conhecidos como “direitos fundamentais de segunda dimensão”, passam a exigir a elaboração de normas predominante programáticas político-sociais, uma vez que apontam para um ideal a ser perseguido pela sociedade, exigem a postura participativa do Estado para regular a ordem social, os fundamentos das relações entre pessoas e grupos e as formas de participação da comunidade, inclusive nos processos produtivos.

8. DECLARAÇÃO DA ONU

A terceira dimensão dos direitos fundamentais, chamada por Norberto Bobbio de direitos de fraternidade, surge com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, assinada em 1948, consequência imediata ao encerramento da Segunda Guerra Mundial, onde Estados dos mais variados posicionamentos ideológicos, condições econômicas e concepções de vida antagônicas conseguiram estabelecer um grande consenso sobre os temas mais importantes. As graves violações ocorridas, como o genocídio do povo judeu, levaram os Estados à criação da Organização das Nações Unidas, por meio do tratado denominado Carta da ONU, de 1945, que trouxe princípios de direitos humanos que pertenceriam ao gênero humano, independente de etnia, religião ou outro tipo de discriminação.

Segundo o mesmo autor (2004, p. 47), “a Declaração Universal dos Direitos do Homem pode ser acolhida como a maior prova histórica até hoje dada do *consensus omnium gentium* sobre um determinado sistema de valores”.

Percebe-se que este documento representa um marco na luta pelos direitos humanos, uma vez que expressa a ideia inovadora de que o homem como indivíduo é cidadão não de apenas um Estado, mas faz parte de uma comunidade internacional.

Para Flávia Piovesan (2013, p. 210) a “declaração Universal de 1948 objetiva delinear uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade humana, ao consagrar valores básicos universais”.

Ao combinar o discurso liberal da cidadania com o discurso social, a Declaração passa a elencar tanto direitos civis e políticos, como direitos sociais, econômicos e culturais, inovando ao equiparar, em igualdade de importância, esses direitos, afirmando sua inter-relação, indivisibilidade e interdependência.

A Declaração também compartilha o entendimento de que uma dimensão de direitos não substitui a outra, mas com ela interage. Fixa a ideia de que os direitos humanos são universais, ou seja, decorrem da dignidade humana e não são derivados das peculiaridades sociais e culturais de determinada sociedade.

Apesar de adotada como resolução, sem possuir uma obrigatoriedade formal, a Declaração, em seu próprio preâmbulo, tem o propósito de promover o reconhecimento do caráter universal dos direitos humanos e das liberdades fundamentais constantes na Carta da ONU e, assim, os Estados membros das Nações Unidas tem a obrigação de prover o respeito e a observância desses direitos.

Para Bobbio (2004, p. 223), reconhecer e proteger os direitos do homem “são a base das constituições democráticas, e, ao mesmo tempo, a paz é o pressuposto necessário para a proteção efetiva dos direitos do homem em cada Estado e no sistema internacional”.

Este mesmo autor afirma que (2004, p. 223):

o ideal da paz perpétua só pode ser perseguido, através de uma democratização progressiva do sistema internacional e que essa democratização não pode estar separada da gradual e cada vez mais efetiva proteção dos direitos do homem acima de cada Estado. Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e efetivamente protegidos não existe democracia, sem democracia não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos que surgem entre indivíduos, entre grupos e entre as grandes coletividades tradicionalmente indóceis e tendencialmente autocráticas que são os Estados, apesar de serem democráticas com os próprios cidadãos.

Os direitos elencados nesta declaração constituem um conjunto indissociável e interdependente de direitos individuais e coletivos, civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, sem os quais a dignidade da pessoa humana não pode ser realizada nem se desenvolver por completo, uma vez que com a criação das Nações Unidas em 1945, e a adoção de diversos tratados internacionais voltados à proteção da pessoa humana, os direitos humanos deixaram de ser uma questão interna dos Estados, passando a ser matéria de interesse de toda a comunidade internacional.

9. CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE – O MODELO BRASILEIRO

Atualmente, quando na doutrina se aborda o estudo das disciplinas de Direito Constitucional e Teoria da Constituição, a ideia central que se tem é a de estarmos diante de um documento escrito que, basicamente, contenha em seu texto as normas limitadoras ao poder do Estado, coibindo os possíveis abusos remanescentes do antigo regime totalitário, a definição dos direitos fundamentais, bem como a forma de garantia e exercício desses direitos. Além disso, o documento cuida da organização das principais funções do Estado.

Como norma limitadora da atuação estatal, definidora de direitos e garantias fundamentais bem como sua organização da vida em sociedade, a constituição ocupa o lugar de primazia, de supremacia na ordem jurídica do Estado. Por sua própria natureza e características, é necessário que possua tal status, para que tenha a força de poder fazer valer a vontade de seu povo e as necessidades exigidas de uma democracia, as quais estão elencadas em seu texto constitucional. Portanto, a constituição é marcada pelo princípio da supremacia sobre as demais leis.

Conforme lecionava Hans Kelsen (1998, p. 222-224), a constituição, conhecida como um documento escrito e constante de regras e normas jurídicas ocupa um lugar de superioridade na ordem jurídica de qualquer Estado, ou seja, está hierarquicamente posicionada no topo da pirâmide jurídica, que regulamenta todo um ordenamento jurídico infraconstitucional.

Por essa teoria, a norma posicionada no ápice da pirâmide deve ser a principal lei a ser seguida, ou seja, as demais leis do Estado devem guardar uma relação de compatibilidade com esta norma suprema. Assim, as normas infra-legais ou infraconstitucionais, devem ser, necessariamente, analisadas com base na norma suprema, ou seja, se a norma inferior possui uma relação de existência, validade e eficácia com esta superior, que, no caso, é a posição que a constituição ocupa.

Ao abordar o estudo da constituição, José Joaquim Gomes Canotilho (2002, p. 54) argumenta que “modernamente, a constituição

pretendeu radicar duas ideias básicas: ordenar, fundar e limitar o poder político e reconhecer e garantir os direitos e liberdades do indivíduo”.

O mesmo doutrinador, aprofundando seus estudos, o que se tornou sua principal contribuição para a teoria da constituição, cria o modelo de constituição dirigente, onde defende que, neste modelo, a constituição possui em seu texto normativo, além das normas fundamentais que estruturam o Estado, a separação dos poderes e um rol de direitos fundamentais, um “Bill of Rights”, elenca, também, normas de eficácia limitada de princípio programático e institutivo, ou seja, normas que funcionam como vetores, ou metas a serem perseguidas pelo legislador ordinário, fazendo com que esteja vinculado à promoção e aplicação dessas normas, por possuírem força normativa superior às demais leis.

Nas palavras de Marcello Caetano (1943, apud MIRANDA, 2011, p. 331) “constituições programáticas, diretivas ou doutrinárias são as que, além da organização política, estabelecem programas, diretrizes e metas para a atividade do Estado no domínio econômico, social e cultural”.

Portanto, essas normas de princípio programático, as quais estabelecem programas a serem perseguidos pelo legislador ordinário, nos leva a admitir que a atividade política e legislativa em países que possuem esse tipo de normas em suas constituições, como é o caso do Brasil e sua Constituição de 1988, o legislador ordinário e os exercentes da atividade política estão obrigados a promoverem tais atividades pelo próprio mandamento constitucional e a força dessas normas. Ou seja, os membros do poder legislativo e executivo são, por força do mandamento constitucional evidenciado nessas normas, obrigados a criarem leis e empreenderem programas políticos que promovam, estabeleçam e cumpram as metas estabelecidas em tais normas.

Para Jorge Miranda (2002, p. 350):

a política não é um domínio juridicamente livre e constitucionalmente desvinculado e a vinculação jurídico-constitucional dos atos de direção política não é apenas uma vinculação através de limites, mas também uma verdadeira vinculação material que exige um fundamento constitucional para esses mesmos atos. E a Constituição não é só uma ‘abertura para o futuro’ mas também um projeto material vinculativo, cuja concretização se ‘confia’ aos órgãos constitucionalmente mandatados para o efeito.

Como a nossa atual constituição de 1988 consagra uma extensa lista de direitos fundamentais e a maioria deles como normas programáticas, ou seja, carentes de regulamentação legislativa para torná-los efetivos, tais normas vinculam o legislador ordinário a adotar uma postura positiva, a fim de cumprir os mandamentos constitucionais e, mais ainda, a promoverem o exercício dos direitos fundamentais elencados.

Como nos ensina Norberto Bobbio na sua obra “A era dos direitos”, o importante não seria definir ou conceituar a existência e validade dos direitos fundamentais, e sim, garantir a aplicabilidade e exercício dos mesmos.

Assim, podemos enquadrar a constituição brasileira de 1988 como uma constituição dirigente, a qual possui um programa ou linha de direção para o futuro ao trazer em seu corpo normativo tais normas programáticas, as quais, como nos ensina Jose Afonso da Silva, são normas de aplicabilidade limitada que necessitam de complementação legislativa para produzir seus efeitos de maneira plena, cumprindo, assim, seus objetivos traçados no próprio texto magno.

Contudo, para uma melhor compreensão do tema, devemos abordar o estudo da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, abordando os ensinamentos de José Afonso da Silva, por ser quem melhor esclarece esse tema na doutrina pátria.

10. AS NORMAS CONSTITUCIONAIS DE EFICÁCIA LIMITADA

A Constituição Dirigente apresenta como característica a presença de normas que precisam de integração legislativa infraconstitucional, ou seja, normas que não sendo bastante em si buscam estabelecer vetores para o Legislativo e o Executivo.

A princípio, antes de abordarmos o estudo das normas de eficácia limitada, é preciso esclarecer que, conforme José Afonso da Silva (2014, p. 47), “toda constituição nasce para ser aplicada, mas só é aplicável na medida em que corresponde às aspirações sócio-culturais da comunidade a que se destinam”.

Superando a discussão da terminologia jurídica de “aplicabilidade” e “eficácia” das normas, que é matéria da Teoria do Direito, o mesmo autor (1999, p. 81 e 82) parte da premissa de que não há norma constitucional destituída de eficácia, admitindo que “a eficácia de certas normas constitucionais não se manifesta na plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte enquanto não se emitir uma normação jurídica ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida”.

Portanto, as normas constitucionais possuem certa aplicabilidade desde o momento que são criadas, independentemente se necessitarem ou não de complementação legislativa para alcançarem uma plena eficácia.

O autor propõe uma classificação tríplice das normas, qual seja: a) normas constitucionais de eficácia plena; b) normas constitucionais de eficácia contida; e c) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, das quais, deteremos nosso estudo sobre as normas de eficácia limitada.

As normas de eficácia limitada ou reduzida são aquelas que não produzem todos os seus efeitos de imediato, ou seja, desde o momento que são criadas, já nascem precisando de uma complementação.

Essas normas, conforme já abordado acima, quando estudamos a caracterização da constituição dirigente, são normas que trazem metas a serem perseguidas pelo legislador infraconstitucional, ou seja, são normas que apontam para um ideal jurídico a ser buscado pelo Estado.

Assim, tais normas geram uma vinculação do legislador ordinário em adotar um comportamento ativo para promoverem a eficácia/aplicabilidade plena dessas normas, porque decorrentes do mandamento constitucional.

Tais normas dividem-se ainda em dois grupos: as normas constitucionais de princípio institutivo e as normas constitucionais de princípio programático:

a) *Normas constitucionais de princípio institutivo*: são normas que possuem esquemas gerais, similares ao início da estruturação de instituições, órgãos ou entidades, podendo também serem chamadas de normas de princípio orgânico ou organizativo (DA SILVA, 1999, p. 122).

Sua característica fundamental está no fato de indicarem legislação futura que lhes complete a eficácia e lhes dê efetiva aplicação. Como exemplo, podemos citar o art. 224 da Constituição Federal, que prevê a criação de um Conselho de Comunicação Social.

b) *Normas constitucionais de princípio programático*: são normas em que o constituinte limitou-se a traçar princípios a serem cumpridos por seus órgãos, como os programas a serem aplicados em suas respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado (DA SILVA, 1999, p.138).

Pode-se afirmar que tais normas possuem um conteúdo social e objetivam a interferência do Estado na ordem econômico-social, mediante prestações positivas de seus entes, a fim de proporcionar a realização do bem comum, através da democracia social.

Tais normas, como nos ensina Jorge Miranda (2011, p. 218), são normas valores, vetores, as quais possuem mais uma natureza de expectativa de um direito, do que de um verdadeiro direito subjetivo. Por essa característica, antes de sua complementação infraconstitucional, produzem os seguintes efeitos já no momento de sua entrada em vigor:

1) Estabelecem um dever para o legislador ordinário;

- 2) Condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem;
- 3) Informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção de valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum;
- 4) Constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas;
- 5) Condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário;
- 6) Criam situações jurídicas subjetivas de vantagem ou desvantagem.

Assim, visando dar aplicabilidade plena às normas constitucionais, é necessário que haja um controle da atividade estatal, sobretudo do poder legislativo, responsável pela criação dessas normas infraconstitucionais, uma vez que, tal obrigação decorre de mandamento constitucional.

11. INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Tendo em vista o princípio da supremacia da constituição, ou seja, sendo a constituição a norma suprema de um ordenamento jurídico, como é o caso da atual Constituição do Brasil de 1988, todas as demais normas devem guardar compatibilidade com ela. Assim, qualquer norma que não estiver de acordo ou em concordância com a norma suprema, pode ser considerada inconstitucional.

Decorre também desse princípio que, não só a atuação positiva do legislador pode ser inconstitucional, pois, omitir a aplicação de normas constitucionais, que a própria Constituição determina, também é considerado uma conduta inconstitucional (FERRARI, 1999, p. 219).

Com isso, a própria carta magna reconhece essas duas formas de inconstitucionalidade, ou seja, a inconstitucionalidade por ação e por omissão, tanto é que trouxe em seu texto ações diferentes de controlar tais inconstitucionalidades: a ação direta de inconstitucionalidade por ação e por omissão.

Para uma melhor compreensão do tema, é importante destacar que a constituição necessariamente se sobrepõe às demais normas jurídicas definidas, afim de que, como garantia dessa supremacia, existam mecanismos de controle, para que as demais leis infraconstitucionais e também as posteriores criações legislativas sejam limitadas pela própria constituição. Ou seja, o controle de constitucionalidade garante a supremacia da constituição e dos direitos e garantias fundamentais nela previstos, delimitando e controlando a atividade legislativa.

Controlar a constitucionalidade significa verificar a concordância, compatibilidade, adequação de uma lei ou ato normativo com a constituição, analisando seus requisitos formais e materiais.

Cumpramos a priori explicar o conceito e significado da expressão inconstitucional, para melhor entendermos a matéria.

11.1 Tipos de Inconstitucionalidade

Indicamos acima que existem tipos de inconstitucionalidade, por ação e por omissão, que decorrem, basicamente, do comportamento adotado pelo legislador infraconstitucional ou administrador público.

a) *Inconstitucionalidade por ação*: ocorre com a produção de atos legislativos ou administrativos que contrariem normas ou princípios da constituição federal ou estadual (arts. 102, I, “a”; 103, §3º; 125, §2º da CF).

b) *Inconstitucionalidade por omissão*: ocorre pela ausência de medidas para tornar efetiva norma constitucional, segundo o disposto no art. 103, §2º da CF (BESTER, 2005, p. 365-366).

A omissão indicada pela Constituição Federal é a omissão *clássica*, também dita *total*, quando nenhuma providência foi adotada. Segundo o STF (Adin nº 1.458-7-DF, j. 23-05-1996), também se entende como omissão, quando houver cumprimento insatisfatório ou imperfeito das tarefas designadas pelo constituinte originário ao legislador, enquadrando-se aí a existência de *norma imperfeita*, isto é, a norma existe, foi criada, mas o foi de modo incompleto, insuficiente, deficiente, inadequado, podendo ser também chamada como *inconstitucionalidade parcial*.

Tendo em vista que a Constituição de 1988 criou uma nova forma de inconstitucionalidade, a por omissão, entendendo-se omissão a partir do dever previsível dos poderes e das autoridades de disciplinar determinada matéria, podendo não ser satisfeito de modo integral ou parcial. Assim, para “o cumprimento parcial e o não cumprimento do dever constitucional de legislar caracterizam, respectivamente, a inconstitucionalidade ou omissão parcial e total” (CLÈVE, 2000, p. 42).

Hely Lopes Meireles (2008, p. 393) ensina que a omissão inconstitucional não só é configurada pelo inadimplemento absoluto de um dever de legislar, mas também a execução falha, defeituosa ou incompleta desse mesmo dever.

Inconstitucionalidade formal ou material refere-se à *origem do vício*. Formal é quando a norma criada não atende os requisitos formais para o processo de sua elaboração, incluindo os próprios passos do processo

legislativo (nº de votações, *quórum*, caráter de seção de votação, revisão pela outra casa sempre que houver alguma emenda aditiva ou supressiva, etc.) e as competências para esses atos sucessivos do processo legislativo, desde a iniciativa legislativa até a promulgação e publicação, todos previstos na própria Constituição Federal. Para Oswaldo Palu (2001, p. 83), a possibilidade de inobservância de norma de competência para a edição da norma, configura uma espécie dentro da inconstitucionalidade formal, dita *inconstitucionalidade orgânica*. Logo, a inconstitucionalidade formal se subdivide em *formal propriamente dita* (vício no procedimento) e *formal orgânica* (vício competente).

O vício formal ocorre quando a lei ou ato normativo for elaborado por órgão incompetente ou quando seguir procedimento diverso do previsto para sua elaboração, desatendendo pressupostos formais. Para Gilmar Ferreira Mendes (1996, p. 263), quando se tratar de vício formal, este afeta o ato normativo em sua integralidade, como uma unidade, e, diante desse vício, a inconstitucionalidade da norma é *total*. Para Mendes, hipótese de “*declaração de nulidade total como expressão de unidade técnico-legislativa*”.

Importante destacar que, os aspectos formais de uma norma não podem ser controlados supervenientemente de forma difusa (caso concreto), pois fere o princípio “*tempus regit actum*”, além da ofensa à segurança jurídica. Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1997, p. 8) a “compatibilidade é de conteúdo, e não de forma”. Assim, a forma é regida pela então constituição vigente à época que a lei foi criada, de modo que desnecessária esta análise para a recepção. A ausência de inconstitucionalidade superveniente constitui um “dogma fundamental da teoria da inconstitucionalidade”, pela qual a legislação anterior, será válida a seu tempo, podendo ser incompatível com a constituição posterior no conteúdo, e não a forma de sua elaboração.

A inconstitucionalidade material é a incompatibilidade das normas criadas em relação ao conteúdo da lei ou ato normativo e preceitos constitucionais. Emendas devem respeitar as cláusulas pétreas e as leis infraconstitucionais

Importante esclarecer que no presente trabalho, o estudo enfatizou a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, pois são as atuais ferramentas constitucionais oportunas a sanar as

omissões inconstitucionais, para garantir a aplicação da constituição principalmente no que tange aos direitos fundamentais.

12. O MANDADO DE INJUNÇÃO

No combate do controle difuso da omissão, o legislador constituinte criou o remédio denominado Mandado de Injunção, que visa tornar as normas de eficácia limitada em normas de eficácia plena, como prevê a supremacia da Lei Maior.

Conforme dispôs a nossa constituição, que trouxe o mandado de injunção expressamente em seu texto, no inciso LXXI, do art. 5º, que determina:

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;

Nos dizeres de Sérgio Bacha (1998, p. 45) o mandado de injunção:

é o meio constitucional posto à disposição de quem se considerar prejudicado pela falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Por esse instituto, o legislador pretendeu proteger as garantias fundamentais constitucionalmente especificadas na Carta Magna, relativas ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Para Bacha (1998, p. 46) o mandado de injunção é instrumento jurídico-processual imediatamente aplicável, uma vez que possui o objetivo de dar eficácia e garantir o exercício de direitos assegurados pela Constituição, que, na prática, carecem do provimento estatal para serem efetivados. Ou seja, a omissão por parte do legislador ordinário torna inviável o exercício do direito constitucionalmente garantido, sendo necessário, portanto, um instituto para sanar esse problema, denominado mandado de injunção.

O instrumento é meio pelo qual, qualquer pessoa pode, num caso concreto, “despertar a atuação do Poder Judiciário para suprir a inércia do legislador infraconstitucional” (NUNES JÚNIOR e ARAUJO, 2012, p. 263).

Nos ensina Hely Lopes Meireles (2008, p. 260) que os pressupostos mínimos para cabimento do mandado de injunção são: a) a existência de um direito constitucional, relacionado às liberdades fundamentais, à nacionalidade, à soberania ou à cidadania; e b) a falta de norma regulamentadora que impeça ou prejudique a fruição deste direito.

Assim, o mandado de injunção não é remédio para qualquer tipo de omissão legislativa, mas apenas para as que ferirem o exercício de direitos constitucionais fundamentais. Também não será abordado por mandado de injunção a discussão de constitucionalidade, ilegalidade ou descumprimento de norma vigente, pois apenas a ausência de norma regulamentadora é que enseja sua impetração.

O instrumento também não é cabível para buscar o cumprimento de norma regulamentadora já existente que estaria sendo ignorada. É utilizado apenas para possibilitar o exercício de um direito constitucional frustrado pela omissão na edição da norma competente, às vezes a própria constituição.

12.1 Objeto e Finalidade

De início, entendeu-se que o objeto do mandado de injunção seria reclamar do Poder Judiciário a regulamentação concreta do dispositivo constitucional, tendo validade até o advento da legislação regulamentadora.

O Supremo Tribunal Federal sustentava que o objeto do mandado de injunção se assemelharia com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, uma vez que, havendo seu acolhimento, a decisão seria levada ao conhecimento do Poder competente para empreender as medidas necessárias para sanar a omissão, e, se órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Contudo, o voto do Ministro Moreira Alves no Mandado de Injunção nº 107-DF, o STF assentou ser o mandado de injunção “uma ação conferida ao cidadão titular de um direito, garantia ou prerrogativa cujo exercício esteja inviabilizado pela falta de norma regulamentadora” (STF, Pleno, MI nº 107-DF, j. 21-11-1990, Rel. Min. Moreira Alves, DJU 02-08-1991).

Luiz Alberto Davi Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2012, p. 262) apontam que a finalidade do mandado de injunção é de “suprir a omissão do legislador infraconstitucional na edição dessas normas pela via de exceção

(ou de defesa)”, sendo que o instrumento pode ser considerado um meio de controle difuso da inconstitucionalidade por omissão, onde, através dele, qualquer cidadão pode provocar o Judiciário para suprir a inércia do legislador infraconstitucional.

Já Dirley da Cunha Júnior (2004, p. 518-519) leciona que o objeto a ser abordado no mandado de injunção é “tornar viável o exercício de um direito fundamental, quer seja a obrigação de prestar o direito seja do poder público, quer seja do particular”.

Entendemos também nesse sentido, uma vez que o instituto do mandado de injunção visa proporcionar o exercício do direito fundamental já garantido, apenas carente da norma regulamentadora. Já a obtenção da criação da norma regulamentadora faltante é objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a seguir estudada.

Uma vez destinado a viabilizar o exercício de um direito fundamental, que sempre se pressupõe plenamente eficaz, conforme o §1º do art. 5º da Constituição Federal, mas seu gozo está impedido pela inércia do poder público em editar norma regulamentadora faltante, assim, cumpre ao Poder Judiciário, ao julgar o caso concreto, decidir sobre o direito postulado e suprir a omissão, criando, se necessário, a norma a ser aplicada para o caso concreto com efeitos limitados às partes do processo.

Portanto, o objeto do *mandamus*, não é uma ordem para legislar ou emitir norma faltante, mas, ao visualizar a omissão do poder público, o poder judiciário supre a omissão “criando ele próprio, para os fins estritos e específicos do litígio que lhe cabe julgar, a norma necessária” (BARROSO, 2000, p. 247).

Esse também é o entendimento de Flávia Piovesan (1995, p. 138), onde defende que a função do instituto é fazer com que o direito seja imediatamente exercido, independentemente de regulamentação, justamente porque não foi regulamentado.

Nesse sentido, esse também é o nosso posicionamento, entendendo que o objeto do mandado de injunção é proporcionar imediatamente o exercício do direito ainda não regulamentado, através de uma atuação positiva do Poder Judiciário, criando a norma faltante destinada apenas às partes litigantes.

12.2 Legitimidade Ativa

Legitimidade no caso significa as pessoas que podem ingressar com a referida ação do controle difuso de constitucionalidade da omissão. Nas palavras de Vidal Serrano Nunes Junior e Luiz Alberto Davi Araújo (2012, p. 263), pode-se afirmar que o mando de injunção “é um meio de controle difuso da inconstitucionalidade por omissão, pois, por meio dele, num caso concreto, qualquer um pode despertar a atuação do Poder Judiciário para suprir a inércia do legislador infraconstitucional”.

Assim, toda e qualquer pessoa, nacional ou estrangeira, física ou jurídica, capaz ou incapaz, que seja titular de um direito fundamental não exercível pela omissão do poder público em expedir a norma regulamentadora necessária para tanto, tem legitimidade para propor o mando de injunção.

Importante destacar também que, entes coletivos, como os partidos políticos com representação no congresso nacional, as organizações sindicais e as entidades de classe ou associações legalmente constituídas, atuando em defesa de seus membros ou associados, pela aplicação analógica do art. 5º, inciso LXX, da Constituição Federal, possuem legitimidade para impetrar o *writ* (MI nº 347-SC, Rel. Min. Néri da Silveira, DJU de 08.04.94; MI nº 361-RJ, Rel. p/ Acórdão Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 17.06.94, p. 15707). Cuida-se de verdadeiro mandado de injunção coletivo (CUNHA JÚNIOR, 2004, p. 520).

12.3 Legitimidade Passiva

A Constituição Federal traz as competências no art.102, inciso I, “q”, e, inciso II, “a”, perante o STF, art. 105, I, “h” perante o STJ e o art. 121, § 4º, inciso V perante o TSE. O Supremo Tribunal Federal entendeu que a legitimidade passiva no mandado de injunção é exclusivamente da autoridade ou do órgão responsável pela expedição da norma regulamentadora, não admitindo litisconsórcio passivo entre as autoridades ou órgãos e particulares que vierem a ser obrigados a cumprir a decisão (MI nº 323-8 DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJU 14-02-1992, p. 11640).

Contudo, este não é o entendimento de Dirley da Cunha Júnior (2004, p. 521), pois, uma vez destinado a viabilizar o exercício de um direito fundamental, o mando de injunção não se importa com qual autoridade ou órgão público é responsável pela elaboração da norma, uma vez que, coerentemente, deve recair sobre a pessoa física ou jurídica, seja pública ou privada, posto que será obrigada a atuar para tornar exercitável tal direito.

Assim, para esse autor, a legitimidade passiva no mandado de injunção, deve incidir sobre a pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que viria a suporta o ônus de eventual concessão do *mandamus* e não sobre a autoridade ou órgão competente para elaboração da norma, mesmo porque a expedição da norma não é objeto da injunção, mas sim o gozo imediato do direito.

Entretanto, os doutrinadores Vidal Serrano Nunes Júnior e Luiz Alberto Davi Araújo (2012, p. 267), perfilhando o entendimento da Suprema Corte, trazem que, no mandado de injunção não é possível constar litisconsórcio envolvendo pessoa privada, porque a tarefa de elaborar a norma regulamentadora só poderia ser exercida pelas pessoas com esta competência (STF, Pleno, Agravo Regimental em Mandado de Injunção nº 335, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 8-9-1991, DJ, 17 jun. 1994, p. 15270).

Para os mesmos autores, nos casos em que a iniciativa de legislar seja reservada ao Presidente da República, o sujeito passivo da injunção é o Chefe do Poder Executivo e não o Congresso Nacional, ou seja, é o responsável pela iniciativa da elaboração da norma quem deve responder pela injunção, na hipótese de processo legislativo ordinário ou complementar (Cf. STF, 2ª T., RE nº 161.342-SE, Rel. Min. Néri da Silveira, j. em 5-4-1994). O mesmo ocorre no processo legislativo estadual, em que o Governador do Estado receberá competência reservada.

12.4 Competência e Procedimento

Na atribuição de dar às normas de eficácia limitada a condição de serem fortalecidas pela legislação infraconstitucional, a Constituição estabeleceu que a competência para o julgamento do mandado de injunção é

estabelecida pela própria carta federal, em seu art. 102, inciso I, “q”, e, inciso II, “a”, *in verbis*:

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;

Por outro lado, nos casos da omissão ser por falta de norma regulamentadora de competência atribuída a órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, exceto os casos de competência do STF e dos órgãos da Justiça Militar, Eleitoral, do Trabalho e Federal, a Constituição também consagrou a competência para esse julgamento, no art. 105, I, “h”:

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.

E, mais uma vez, no art. 121, § 4º, inciso V da Carta Federal:

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.

Além desses, no art. 125, §1º da Constituição Federal, cabe a cada Estado da federação organizar o mandado de injunção em sua respectiva justiça.

Da leitura dos dispositivos trazidos pela Constituição Federal, podemos concluir que as regras de competência serão definidas em relação ao órgão ou autoridade a que cabia a edição do diploma legal regulamentador (STF, MI nº 176-6-PE, Rel. Min. Marco Aurélio, RT 688/215).

Não possui rito específico em lei, contudo, o parágrafo único do art. 24, da Lei nº 8.038/90, diz que:

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

Assim, dentre outras regras, não se admite a produção de provas no curso do processo, pois, o direito alegado deve ser comprovado com a inicial (TJRJ, MI nº 11/89, Rel. Des. Renato Maneschy, RT 674/175), além do que não vem sendo concedido honorários advocatícios (TJSP, MI nº 120.787-5/4, Rel. Des. Sidnei Beneti, AASP 2.166/292-e).

O doutrinador Hely Lopes Meireles (2008, p. 263) entende cabível, eventualmente, medida liminar como providência cautelar para evitar lesão a direito do impetrante, desde que haja possibilidade de dano irreparável ao se aguardar a decisão final. Se tal medida é cabível para a defesa de direito individual ou coletivo amparado por lei ordinária, com mais razão há de ser para proteger os direitos e prerrogativas constitucionais asseguráveis pelo mandado de injunção.

12.5 Efeitos do Julgamento

Em princípio, havia a interpretação de que o objeto do mandado de injunção seria reclamar do Poder Judiciário a regulamentação concreta do dispositivo constitucional, tendo validade até a edição da legislação regulamentadora.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal entendeu diversamente, sustentando que, como o objeto do mandado de injunção guarda certa semelhança com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, onde o seu acolhimento geraria os mesmos efeitos desta ação, quais sejam, a ciência do poder competente para a elaboração da norma faltante, sem qualquer

vinculação obrigacional, ou, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Assim, caberia ao órgão julgador apenas cientificar o Congresso Nacional da omissão existente e, se este permanecesse inerte, não poderia legislar em seu lugar, ao fundamento da previsão constitucional da independência e separação dos Poderes (NUNES JÚNIOR e ARAUJO, 2012, p. 264).

Entretanto, ao longo dos anos, percebeu-se que o reconhecimento e a constatação da existência da omissão inconstitucional, por si só, não foi suficiente, uma vez que a omissão permanecia, pela mora no descumprimento do dever de legislar do Congresso Nacional.

Diante desse panorama, atualmente, o STF vem ampliando seu entendimento no sentido de que, a depender da natureza da norma, o Judiciário pode determinar a aplicação imediata do direito reclamado, ou, fixar prazo para a edição da medida e, em caso de não efetivação, caberia ao impetrante a direito superveniente de indenização.

Importante ressaltar que tal decisão tem eficácia *inter partes*, ou seja, aproveita apenas ao interessado impetrante, sendo, apenas a norma regulamentadora expedida pela autoridade impetrada competente para conceder o efeito *erga omnes*.

Contudo, em 2007, ao se reunir as condições necessárias para mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, uma vez que a composição do Plenário foi alterada, apesar de mais de duas décadas da promulgação da constituição, continuava o Congresso Nacional em mora sobre diversas matérias, prejudicando, assim, o exercício de diversos direitos legitimamente reconhecidos pela própria Constituição.

Assim, em 30.08.2007, ao julgar o MI nº 721-DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, a Suprema Corte salientou sua natureza verdadeiramente mandamental na concessão da injunção, viabilizando o imediato exercício do direito da parte prejudicada, pela inércia do legislativo. A hipótese tratava de direito de servidora do Ministério da Saúde à aposentadoria especial mencionada no §4º do art. 40 da Constituição Federal, tendo o Acórdão sido publicado no DJU em 30.11.2007.

Pouco tempo depois, na sessão de 25.10.2007, a qual encerrou o julgamento dos MI n^{os} 670-ES, 708-DF e 712-PA, os dois primeiros de relatoria do Ministro Gilmar Mendes e o último pelo Ministro Eros Grau, após diversas interrupções pelos vários pedidos de vista, foram julgados e o STF, reiterando a declaração do estado de mora do Congresso Nacional, por se tratar de impetrações coletivas com relação ao direito de greve dos servidores públicos, determinou a aplicação da legislação genérica de greve (Lei n^o 7.783/89) no que couber, até que seja editada norma, suprimindo a omissão legislativa, como determina a Constituição.

Por esses julgamentos, passou a prevalecer o entendimento na Suprema Corte que a omissão do Poder Legislativo autoriza o Judiciário a garantir, de alguma forma, o exercício dos direitos assegurados na Constituição, sem que esse comportamento viole o princípio da separação dos Poderes.

Trata-se de postura que visa garantir a eficácia dos direitos constitucionais violados pela inércia do legislador, através de regulamentação provisória do direito, e, portanto, não configurando uma atividade legiferante do Judiciário, uma vez que, quando editada a norma específica pelo Congresso Nacional, estará afastada a regulação judicial provisória.

Destacamos que, como o mandado de injunção tem natureza de ação, a repetição da impetração a outra já parecida, sofre o óbice da coisa julgada, devendo ser extinto (STF, MI n^o 532-SP, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 165/76).

O mandado de injunção deve ser considerado prejudicado, pela perda do objeto, quando sua pretensão for atendida antes do julgamento, ou seja, se antes de julgar o mérito da ação, for editada a lei regulamentadora do dispositivo constitucional em questão.

Também configura prejudicialidade por perda do objeto quando, na pendência da ação, ocorrer a revogação da norma constitucional na qual se baseou a impetração (STF, MI n^o 593-1, Rel. Min. Moreira Alves, RT 808/169, e AgRgMI n^o 646-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 26.8.2005, p. 6, e RTJ 195/749).

12.6 Recursos

Os recursos cabíveis contra decisão em mandado de injunção são apenas os descritos na própria Carta Federal, não podendo ser estabelecidos outros pelo STF, e, nem mesmo por eventual futura Lei Orgânica da Magistratura. Portanto, só se admite o *recurso ordinário* para o STF contra decisão que denega o mandado de injunção (art. 102, II, “a” da CF), quando a autoridade coatora for o Presidente da República, o Congresso Nacional, a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, as Mesas de uma das Casas Legislativas, o TCU, um dos Tribunais Superiores ou do próprio STF (art. 102, I, “q” da CF).

Independentemente do recurso contra decisão denegatória, a parte irresignada poderá interpor *recursos extraordinário* para o STF quando a decisão proferida em única ou última instância contrariar dispositivos da própria Constituição ou julgar válida lei ou ato de governo local, contestado em face da mesma Constituição (art. 102, III, “a” e “c”).

13. A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão foi necessária, pois a Constituição Dirigente de 1988 trouxe inúmeras normas de eficácia limitada de princípio institutivo e de princípio programático.

Estabelece o art. 103, § 2º da Constituição Federal que:

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.

Os professores Luiz Alberto Davi Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2012, p. 97) entendem a omissão a partir do dever previsível dos Poderes e das autoridades de disciplinar determinada matéria.

Para Hely Lopes Meireles (2008, p. 395) a ação direta de inconstitucionalidade por omissão por fazer parte do processo de controle concentrado da omissão, o qual visa a proteção da ordem jurídica fundamental ameaçada pela ausência de norma ou por ser a existente insuficiente, não tem outro objetivo senão o da defesa objetiva da ordem constitucional contra condutas com ela incompatíveis (STF, AgRg na ADInMC nº 1.254, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 19-09-1997).

Não se destina a proteção de situações individuais ou de relações subjetivas, mas visa a defesa da ordem jurídica, não configurando um interesse de agir, uma vez que os órgãos ou entes incumbidos de instaurar esse processo de defesa da ordem jurídica agem não como autores, no sentido estritamente processual, mas como advogados do interesse público ou, nas palavras de Kelsen, advogados da Constituição (MEIRELES, 2008, p. 396).

Existe, assim, um interesse público no controle da omissão configurando-se típico processo objetivo.

13.1 Objeto e Finalidade

Não parece subsistir dúvida de que a Constituição deve ser concretamente efetivada, o que ocorre, fundamentalmente, através da promulgação de leis.

A administração pública está vinculada expressamente, dentre outros, ao princípio da legalidade constante no art. 37 da Constituição Federal.

As restrições aos direitos fundamentais somente podem ocorrer mediante lei, que não pode afetar o núcleo essencial, ou seja, as cláusulas pétreas consagradas no art. 60, §4º da Constituição Federal.

Essas considerações demonstram que a concretização da ordem fundamental estabelecida na Constituição de 1988 carece, nas linhas essenciais, de lei, competindo às instâncias políticas e, principalmente, ao legislador a tarefa de construção do Estado Constitucional. Como a Constituição não basta em si mesma, por conter diversas normas programáticas, tem os órgãos legislativos o poder-dever de emprestar conformação à realidade social. A omissão legislativa constitui, portanto, o objeto fundamental da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Nos termos do art. 103, § 2º da Constituição Federal, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão visa a defesa objetiva da Constituição, com o intuito de preservar a integralidade normativo-constitucional. Não se destina, portanto, à defesa de direitos subjetivos, mas à tutela da própria completude do ordenamento constitucional (CUNHA JÚNIOR, 2004, p. 540).

Ao buscar o restabelecimento da harmonia do sistema jurídico, com o respeito à lei fundamental, que está sendo violada pela não atuação do poder competente constituído, em última análise, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão busca permitir que toda norma constitucional alcance eficácia plena, obstando que a inação do legislador impeça o exercício de direitos constitucionais (PIOVESAN, p. 97, 1995).

O objeto desse controle abstrato é a mera inconstitucionalidade morosa dos órgãos competentes para a concretização da norma constitucional. A própria formulação adotada pelo constituinte não deixa dúvida que se teve

em vista, não só a atividade legislativa, mas a administrativa que, de alguma maneira, pudesse afetar a efetividade de norma constitucional.

Portanto, havendo a constatação da omissão legislativa inconstitucional, o órgão julgador deve dar ciência ao Poder competente para adoção das providências necessárias e, tratando-se de órgão administrativo, será determinado que empreenda as medidas reclamadas no prazo de trinta dias.

13.2 Legitimidade Ativa

Embora a Constituição não tenha estabelecido expressamente os legitimados a proporem a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o entendimento era que seriam os mesmos entes legitimados a proporem a ação direta de inconstitucionalidade perante o STF.

A Lei nº 12.063/09 alterou a Lei nº 9.868/99, que trata do processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, para incluir, dentre outros dispositivos, o Art. 12-A, que estabelece que:

Art. 12-A. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade por omissão os legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade.

Assim, conforme este dispositivo, os legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade por omissão são os mesmos que da ação direta de inconstitucionalidade, os quais estão elencados nos art. 103 da Constituição Federal:

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.

O STF entende que alguns legitimados precisam demonstrar interesse na decisão perseguida, ou seja, uma relação de pertinência entre o pedido de inconstitucionalidade omissiva e as finalidades da sua previsão.

Segundo Davi Araujo e Nunes Júnior (2012, p.76) os legitimados que devem demonstrar esse interesse especial, ou seja, pertinência temática são: IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; e IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Os demais legitimados: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; e VIII - partido político com representação no Congresso Nacional, são considerados legitimados neutros universais.

13.3 Legitimidade Passiva e Competência

Legitimidade passiva tem relação com o órgão competente para agir, que com sua inércia ou omissão, viola os comandos constitucionais. A inconstitucionalidade é própria dos órgãos do Poder Público, uma vez que particulares também podem agir em desconformidade com a constituição, porém, disciplinadas diversamente.

Estabelece o artigo 102, I, “a” da Constituição Federal que:

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

Apesar do dispositivo citado não trazer expressamente a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, como o legislador não estabeleceu grandes distinções no controle concentrado de constitucionalidade, uma vez que a diferença nas ações são, basicamente, os pedidos, nas três hipóteses

elencadas, o Supremo Tribunal Federal é o órgão competente para apreciar as ações.

A lei nº 12.063/09, que acrescentou o capítulo II-A à Lei nº 9.868/99, a qual disciplina o procedimento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, trouxe expressamente seu processo e julgamento.

13.4 Procedimento

Quanto ao procedimento adotado, com o advento da Lei nº 12.063/09, que acrescentou o Capítulo II-A à Lei nº 9.868/99, a qual dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o STF, o novo capítulo trata especificamente da disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, sendo que, de uma forma geral, se manteve praticamente o mesmo da ação direta de inconstitucionalidade (BARROSO, 2012, p. 289).

Apesar do entendimento do STF no sentido de ser incompatível a concessão de medida cautelar na ação de inconstitucionalidade por omissão pelo próprio objeto da demanda, uma vez que, no mérito, a decisão que declara a inconstitucionalidade por omissão autoriza o Tribunal apenas a cientificar o órgão competente para que adote as providências necessárias à superação da omissão inconstitucional (ADIN nº 361-5, Rel. Min. Marco Aurélio, RT 668/212), a Lei nº 12.063/09 regulamentou de maneira diversa.

Como se observa no art. 12-F e seu §1º da lei:

Art. 12-F. Em caso de excepcional urgência e relevância da matéria, o Tribunal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, observado o disposto no art. 22, poderá conceder medida cautelar, após a audiência dos órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão inconstitucional, que deverão pronunciar-se no prazo de 5 (cinco) dias.

§ 1º A medida cautelar poderá consistir na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial, bem como na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, ou ainda em outra providência a ser fixada pelo Tribunal.

Assim, pode-se indicar que é possível a adoção de medidas cautelares em tais ações, desde que autorizadas pela maioria absoluta do Tribunal, nos casos de “excepcional urgência da matéria”. O §1º do artigo citado, admite que a cautelar consista em providências específicas, “ou ainda em outras providências”, não especificadas, não sendo surpreendente que essas “providências” sejam uma hipótese de legislação provisória (FERREIRA FILHO, 2012, p. 71).

Outro detalhe, é que não há a atuação do Advogado-Geral da União, uma vez que, conforme art. 103 §3º da Constituição, somente será citado para defender o “ato ou texto impugnado”. Em não havendo ato ou texto, como é o caso da omissão, não haveria porque atuar. Esse entendimento, contudo, deve ser ressaltado na hipótese de ação de inconstitucionalidade por omissão parcial, ou seja, esse tipo de ação decorre da atuação parcial do poder público, e, nesse caso, admite-se atuação do Advogado-Geral da União para fazer a defesa da lei ou ato normativo parcialmente impugnado (CUNHA JÚNIOR, 2004, p. 541).

Além disso, o STF, alterando seu entendimento inicial (STF, Pleno, ADIn nº 1439-DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 30-05-2003; STF, Pleno, ADIn-MC nº 986-DF, Min. Rel. Néri da Silveira, DJ 08.04.1994 e STF, Pleno, ADIn nº 1442-DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 29.04.2005) reconheceu a relativa fungibilidade entre as ações diretas de inconstitucionalidade por ação e por omissão, uma vez que a elaboração de uma lei que contenha omissão parcial não deixa de ser uma atitude incompatível com a Constituição (STF, ADIn nº 875, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 30.04.2010; ADI nº 875/DF, ADI nº 1.987/DF, ADI nº 2.727/DF e ADI nº 3.243/DF).

13.5 Efeitos do Julgamento

Por fazer parte do controle concentrado de constitucionalidade, onde não há lide, bem como não há “partes”, os efeitos da decisão, em tese, são *erga omnes*, ou seja, aproveita a todos interessados.

Além disso, conforme se depreende da própria norma que estabelece a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º da CF), ao julgar e declarar a omissão, tanto a total, absoluta, como a parcial, ou o

cumprimento incompleto ou defeituoso do dever constitucional de legislar (MEIRELES, 2008, p. 420), o STF comunicará, em caso de Poder, para que este adote comportamento a fim de sanar a omissão e, se for órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. Assim, parece que o entendimento do legislador é que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade só serão sentidos, apenas, a partir do momento do pronunciamento do STF (FERRARI, 1999, p. 234).

Em relação ao alcance temporal das decisões, seus efeitos são *ex nunc* (irretroativos) ou *ex tunc* (retroativos), não existindo um critério seguro para a fixação do alcance, pois, até o momento da consideração de que a omissão é inconstitucional por parte do órgão competente para sua verificação, a ação estaria contida na discricionariedade da atuação do órgão; só a partir da declaração é que se pode ter como inconstitucional tal omissão (FERRARI, 1999, p.234).

Em vista de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, o Supremo Tribunal Federal, por voto da maioria de dois terços de seus membros, poderá modular os efeitos temporais de sua decisão, para que tenham efeitos após o trânsito em julgado da decisão, ou outro momento que venha a ser fixado (PAULO e ALEXANDRINO, 2010, p. 863).

Uma das consequências menos controvertidas desta decisão, que percebe a omissão inconstitucional, é a imposição aos poderes constitucionais ou aos órgãos administrativos que empreendam medidas no sentido de eliminarem o estado de inconstitucionalidade detectado.

Entretanto, não se pode afirmar que esta decisão não produz maiores alterações no ordenamento jurídico. Estamos diante de sentença de caráter nitidamente mandamental, a qual impõe ao legislador em mora o dever, dentro de um prazo razoável, de proceder à eliminação da lacuna inconstitucional (MEIRELES, 2008, p. 394).

Como se percebe, as formas expressas de decisão parecem insuficientes para abranger o complexo fenômeno da omissão inconstitucional.

Para José Afonso da Silva (2014, p. 58) a sentença que reconhece a inconstitucionalidade por omissão é declaratória, quanto ao reconhecimento da ausência de medida para tornar efetiva norma constitucional, mas, dela decorre um efeito ulterior de natureza mandamental,

no sentido de exigir do Poder competente a adoção das providências necessárias ao suprimento da omissão. Sendo esse sentido mais acentuado em relação aos órgãos administrativos, mas também existe em relação ao poder legislativo, propondo o autor que não há de se limitar à mera ciência sem consequência.

No caso da inconstitucionalidade por omissão de órgão administrativo, como inexistente ato, após ser cientificado, o órgão competente deverá suprir a omissão em trinta dias. Decorrido o prazo estipulado, persistindo a omissão, caracterizar-se-á o crime de responsabilidade (VELOSO, 2003, p. 254).

Entretanto, em que pese à sanção estipulada, Hely Lopes Meireles (2008, p. 420-421), considerando o quadro diferenciado que envolve a omissão de ato administrativo, afirma que o prazo fixado é ilusório.

Para o mesmo autor, se o ato pretendido for de caráter regulamentar, muito provavelmente esse prazo fixado se revelará extremamente insuficiente. Nos casos que demandem a realização de medidas administrativas (construção de creches, escolas, hospitais, etc.), esse prazo se mostra ainda mais inadequado.

Contudo, a grande discussão paira em torno da inconstitucionalidade por omissão do Poder Legislativo, uma vez que, ao declarar a omissão, o STF, pelo dispositivo constitucional (art. 103, §2º) apenas se limitaria a cientificar o Congresso Nacional para edição da norma.

Assim, estando o legislador em mora, não poderia o STF determinar medidas visando à superação da omissão, pela ofensa ao princípio da separação dos poderes. Não haveria a possibilidade de se substituir para realizar o ato, mesmo nas hipóteses em que o legislador, já cientificado, permanece em mora.

A Constituição ainda não estabelece uma sanção para casos como esse, impossibilitando a aplicação da Lei Fundamental.

Entretanto, como observou a ADIn nº 3.682, o Tribunal, ao tratar da omissão do legislador em editar a lei complementar prevista no art. 18, §4º da Constituição Federal, houve por bem estipular o prazo de 18 meses para que o Congresso Nacional disciplinasse o tema, devendo contemplar as situações imperfeitas verificadas em razão da omissão legislativa.

O acórdão, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, nos esclarece que:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. INATIVIDADE DO LEGISLADOR QUANTO AO DEVER DE ELABORAR A LEI COMPLEMENTAR A QUE SE REFERE O § 4º DO ART. 18 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NA REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 15/1996. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. (...) 4. Ação julgada procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão. Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI n^{os} 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 (STF, Pleno, ADI nº 3682-MT, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 09.05.2007, DJE 06.09.2007).

Nesta decisão, não se impôs um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas fixou-se um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI n^{os} 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuassem a ter vigência. Assim, não foi estabelecida sanção ou qualquer consequência para o caso de eventual descumprimento por parte do Poder Legislativo.

13.6 Diferenças Entre os Institutos

Em que pese os dois institutos serem ações que combatem a omissão inconstitucional e estarem ambos previstos na própria constituição, possuem diferenças quanto à legitimação, objeto e os efeitos das decisões. Não parece crível que haveria dois instrumentos constitucionalmente previstos com as mesmas finalidades e resultados. Assim, passa-se a demonstrar as principais diferenças.

Inicialmente, pode-se dizer que o mandado de injunção é o instrumento de controle da omissão inconstitucional de forma difusa, ou seja, o controle no caso concreto. Já a ação direta de inconstitucionalidade por

omissão faz parte do controle concentrado da constitucionalidade onde a omissão impugnada é feita *em tese*, ou seja, não há lide concreta.

Para Hely Lopes Meireles (2008, p. 451):

a diferença fundamental entre o mandado de injunção e a ação direta de controle da omissão residiria no fato de que, enquanto o primeiro destina-se à proteção de direitos subjetivos e pressupõe, por isso, a configuração de um interesse jurídico, o processo de controle abstrato da omissão, enquanto processo objetivo, pode ser instaurado independentemente da existência de um interesse jurídico específico.

São por esses motivos que o efeito do mandado de injunção é *inter partes* e na ação direta de inconstitucionalidade por omissão seus efeitos são *erga omnes*.

Em relação à legitimidade, o mandado de injunção pode ser proposto por qualquer pessoa, física ou jurídica, que esteja impossibilitada de exercer um direito constitucionalmente previsto pela falta de norma regulamentadora. Já na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, sua legitimação é restrita, ou seja, apenas os entes elencados na constituição (art. 103, incisos I a IX) podem intentá-la.

Quanto ao objeto, o mandado de injunção visa a solução para o exercício de um direito constitucionalmente previsto, mas efetivamente impedido pela ausência de norma regulamentadora, enquanto que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão busca a elaboração dessa norma faltante, sem a necessidade de violação concreta do direito individual.

Em ambas as ações possuem a competência do julgamento prevista na constituição federal, mas, por ser parte do controle concentrado de constitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é exclusivamente julgada perante o STF (art. 102, I, “a”). Já o mandado de injunção, além da competência originária do STF (art. 102, I, “q”), pode ser julgado perante o STJ (art. 105, I, “h”) ou pelo TSE (art. 121, §4º, V).

14. IMPORTANTES DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A grande discussão em torno das omissões inconstitucionais está relacionada aos efeitos das decisões em seus mecanismos de controle judicial, ou seja, no mandado de injunção e na ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Já abordamos que ambos os institutos não possuem força mandamental ao Poder Legislativo, ou seja, as sentenças emanadas pelo Judiciário não contém força obrigacional ou gravame que imponha ou vincule o legislador infraconstitucional a editar a lei a fim de suprir a omissão. Assim, não há uma punição destinada ao legislador que descumpra o mandamento constitucional de legislar, mandamento este imposto por conta do modelo dirigente adotado pela Constituição Federal de 1988.

Ademais, pela Carta Federal, declarada a omissão por parte do Judiciário, haveria apenas sua comunicação ao Poder Legislativo, sem qualquer sanção prevista (art. 103, §2º).

Para José Afonso da Silva (2014, p. 58) “se o Poder Legislativo não responder ao mandamento judicial, incidirá em omissão ainda mais grave”. Nesse sentido, o mesmo autor defende que a decisão judicial que declara a omissão inconstitucional, no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade por omissão também tenha um caráter normativo, valendo como lei se o legislador não suprir a omissão até certo prazo, porém, o legislador constituinte não quis dar esse passo à frente.

Apesar de não haver previsão constitucional, o Supremo Tribunal Federal vem alterando seu posicionamento, adotando uma postura mais positiva, onde, reconhecendo a omissão inconstitucional, em virtude da mora do Poder Legislativo, determina a norma a ser aplicada para oportunizar o exercício efetivo do direito pelo seu destinatário.

Adotando esse posicionamento concretista, não estará o judiciário regulamentando abstratamente a Constituição, pois não é sua função, mas, ao mesmo tempo, não estará deixando de exercer suas funções precípuas, o resguardo dos direitos e garantias fundamentais, onde estaria buscando a efetiva aplicação da constituição dirigente (MORAES, 2013, p. 187).

Portanto, essa atuação ativa da Suprema Corte, ao nosso olhar, não configura ofensa ao princípio da separação dos poderes, evidenciado pela Constituição (art. 2º), pelo contrário, é uma maneira de dar aplicabilidade à própria Lei Fundamental do Estado.

Passamos a abordar algumas decisões nas ações de controle da omissão inconstitucional, que são importantes para elucidar a evolução da jurisprudência e entendimento do Pretório Excelso.

14.1 Jurisprudências em Mandado de Injunção

Podemos perceber essa alteração de postura, precipuamente, no julgamento do MI nº 283, que foi impetrado com fundamento no §3º do art. 8º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Referido artigo prevê que os cidadãos afetados por atos discricionários do Ministério da Aeronáutica, editados após o movimento militar de 1964, possuem direito a uma reparação econômica, caso a tenham sofrido, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional a entrar em vigor no prazo de doze meses, contados da promulgação da Constituição. Contudo, a mencionada lei não foi editada no tempo previsto. A Corte decidiu que, constatada a mora legislativa, deve-se assinalar um prazo razoável para a edição da norma regulamentadora, após o qual, persistindo a mora, seria assegurado ao impetrante um título jurídico para obter do poder público, na instância ordinária, reparação por perdas e danos (STF, MI nº 283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.11.1991).

Outro julgamento que demonstra essa alteração de postura pelo STF é o do MI nº 232, que apreciou o pedido de entidade beneficente de assistência social acerca do alcance do § 7º do art. 195 da Constituição de 1988, que determina a isenção de contribuição para seguridade social das entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei. Decorridos mais de dois anos da promulgação da Carta Federal, esta lei não havia sido editada, apesar do art. 59 do ADCT ter fixado um prazo máximo de seis meses para sua apresentação e outros seis meses para ser apreciada pelo Congresso Nacional. A Suprema Corte declarou o estado de mora do Congresso Nacional, fixando prazo de seis meses para que elaborasse a aludida lei, sob pena de, vencido o prazo e não editada a lei,

passasse o impetrante a gozar da imunidade requerida. Consta da ementa desse julgado:

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 impõem 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 (STF, Pleno, MI nº 232-RJ, Rel. Moreira Alves, j. 02-08-1991, DJ 27-03-1992).

Já em 2007, houve grande avanço na jurisprudência do STF. Com a mudança da composição do Plenário, apesar de quase duas décadas da promulgação da constituição, o legislador continuava em mora em diversas matérias, prejudicando o exercício de direitos legítimos reconhecidos pela própria Constituição.

Assim, em 30.08.2007, ao ser julgado o MI nº 721-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, a Suprema Corte ressaltou sua natureza verdadeiramente mandamental na concessão da injunção, viabilizando o imediato exercício do direito da parte prejudicada, pela inércia do legislativo. O caso tratava-se do direito de servidora do Ministério da Saúde à aposentadoria especial indicada no art. 40 §4º, da Constituição Federal, sendo o Acórdão publicado no DJU em 30.11.2007, como segue:

MANDADO DE INJUNÇÃO - NATUREZA. (...) 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 (STF, Pleno, MI nº 721-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 30-08-2007, DJE 30-11-2007).

A grande inovação no combate à omissão legislativa veio no julgamento do MI nº 708-DF, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Em referida decisão, julgando conjuntamente os mandados de injunção nºs 670, 798 e 712, que tratavam da falta de norma para garantia do exercício do direito de greve de funcionários públicos, o STF, ao declarar a omissão legislativa, determinou que fosse aplicada provisoriamente, no que couber, a legislação do setor privado aos impetrantes, garantido assim, uma norma que assegurasse o direito reclamado.

Transcrevemos partes da ementa do referido acórdão pela sua relevância na jurisprudência daquele Tribunal:

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 (STF, Pleno, MI nº 708-DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25-10-2007, DJE 30-10-2008).

Não podemos deixar de indicar que, nessa decisão, a Suprema Corte também decidiu pela aplicação a todos os servidores, afastando os efeitos da omissão legislativa em caráter geral, sendo superados, nesse ponto, os Ministros Marco Aurélio, Joaquim Barbosa e Enrique Ricardo Lewandowski, que limitavam a decisão à categoria representada pelos respectivos sindicatos e estabeleciam condições específicas para o exercício das paralisações.

Em sede de mandado de injunção, cabe ainda mencionar a postura adotada pelo STF nos mandados de injunção nºs 943, 1010, 1074 e 1090, impetrados contra a omissão relativa à lei prevista no inciso XXI do art. 7º da Constituição Federal, que prevê a criação de lei para regulamentar o aviso prévio proporcional, de no mínimo três dias, como direito do trabalhador.

O Tribunal, por unanimidade, julgou procedentes as referidas ações, contudo, suspendeu o julgamento, em 22.06.2011, para posterior explicitação do seu dispositivo final. Isso ocorreu tendo em vista que os Ministros consolidassem proposta conciliatória quanto à forma da concretização do direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. Nesse caso, nota-se que a Corte estava disposta a oferecer uma “solução normativa criativa” para o exercício desse direito constitucional, ainda que apenas aos impetrantes. Vez que o tema do aviso prévio proporcional se diferenciava em relação à aposentadoria especial e ao direito de greve, porque não havia, até aquele momento, qualquer parâmetro normativo no ordenamento jurídico brasileiro, que pudesse ser utilizado de forma análoga. Entretanto, em 11 de outubro de 2011, foi publicada a Lei nº 12.506 que finalmente apresentou a regulamentação do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, previsto no art. 7º, inciso XXI da Carta Política.

Já em 06 de fevereiro de 2013, o STF dando continuidade ao julgamento, determinou a aplicação judicial dos parâmetros idênticos ao da Lei nº 12.506/11 aos casos analisado, além de autorizar aos Ministros a aplicarem monocraticamente esse entendimento aos mandados de injunção pendentes de julgamento, desde que impetrados antes do advento da lei regulamentadora. Assim, a Corte considerou que a superveniência da lei regulamentadora do aviso prévio não possuía a força de prejudicar a continuidade dos julgamentos dos mandados de injunção impetrados anteriormente à publicação da mencionada lei, sendo o caso, de procedência dos pedidos para aplicação judicial de parâmetros semelhantes aos enunciados pela Lei nº 12.506/2011.

Trazemos à luz, a ementa do referido acórdão:

Mandado de injunção. 2. Aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. Art. 7º, XXI, da Constituição Federal. 3. Ausência de regulamentação. 4. Ação julgada procedente. 5. Indicação de adiamento com vistas a consolidar proposta conciliatória de concretização do direito ao aviso prévio proporcional. 6. Retomado o julgamento. 7. Advento da Lei nº 12.506/2011, que regulamentou o direito ao aviso prévio proporcional. 8. Aplicação judicial de parâmetros idênticos aos da referida legislação. 9. Autorização para que os ministros apliquem monocraticamente esse entendimento aos mandados de injunção pendentes de julgamento, desde que impetrados antes do advento da lei regulamentadora. 10. Mandado

de injunção julgado procedente (STF, Pleno, MI nº 943-DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 06-02-2013, DJE 30-04-2013).

14.2 Jurisprudências em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

No âmbito da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, para analisarmos a evolução desse instituto, cabe trazer a ADIn nº 1.458, em que se questionou a insuficiência do valor correspondente ao salário mínimo, por ser incapaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, bem como insurgiu-se contra o índice de reajuste aplicável, uma vez que é obrigação do Estado adotar mecanismos destinados a manter o poder aquisitivo do salário mínimo. Assim, restou configurado o descumprimento, ainda que parcial, do art. 7º, IV da Constituição Federal. Com isso, o art. 1º e seu parágrafo único da Medida Provisória nº 1.415/96, que indicava o índice de reajuste do salário mínimo, foram impugnados.

Nesse julgamento, o STF optou pela declaração de inconstitucionalidade da MP nº 1.415/96 sem pronunciar sua nulidade, considerando que o estado de inconstitucionalidade, durante determinado período de transição, pode funcionar até a promulgação do ato estatal que concretize o texto constitucional (STF, ADInMC nº 1.458, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 20.09.1996).

Ainda sobre essa ação, o Tribunal ainda adotou o posicionamento que os efeitos da constatação da omissão inconstitucional somente podem gerar, nos moldes do art. 103, § 2º, da Constituição Federal, a mera comunicação ao órgão estatal inadimplente de que se encontra em mora constitucional. Portanto, a Corte procedeu à simples cientificação do legislador inadimplente, para que empreenda as medidas necessárias à concretização do texto constitucional, por considerar que não lhe assiste a prerrogativa de editar provimentos normativos com o intuito de suprir a inércia do órgão moroso.

Podemos indicar, novamente, a ADIn nº 3.682, conforme já abordada, que versava sobre a omissão em relação à lei complementar prevista no art. 18, §4º da CF, sobre a criação de municípios, onde, o STF estipulou o prazo de 18 meses para que o Congresso Nacional editasse referida lei, sendo este prazo apenas para servir como parâmetro temporal

razoável. Importante registrar que a decisão foi parcialmente cumprida, uma vez que o Congresso Nacional, ao editar a Emenda Constitucional nº 57, de 18 de dezembro de 2008, por trazer o art. 96 ao ADCT, convalidou as leis de criação, fusão, incorporação e desmembramento de municípios, que foram publicadas até 31 de dezembro de 2006, desde que produzidas em compatibilidade com a legislação estadual pertinente.

Avançando na matéria, o Tribunal, ao julgar as ações diretas de inconstitucionalidade nºs 875, 1.987, 2.727 e 3.243, onde alguns Estados da Federação questionaram a inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 62/89, a qual fixa critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados (FPE).

O art. 161, inciso II da Constituição Federal determina que o rateio seja elaborado de maneira que promova o equilíbrio sócio-econômico entre os Estados, o que pressupõe a utilização de critérios baseados na realidade sócio-econômica de cada Estado. Os Estados inconformados, afirmam que os critérios estipulados pela Lei Complementar nº 62/89 já destoavam da realidade. Assim embasados, alguns pediram a declaração de inconstitucionalidade, sendo que outros pugnaram pelo reconhecimento parcial da omissão inconstitucional, sem a pronúncia de nulidade.

Em fevereiro de 2010, acolhendo o voto do Ministro Relator Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal, julgou procedentes as ações para declarar a inconstitucionalidade do art. 2º, incisos I e II, §§ 1º, 2º e 3º, e do Anexo Único, da Lei Complementar nº 62/89. Entretanto, a decisão declarou a inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, assegurando a aplicação da lei até 31 de dezembro de 2012.

É o que nos mostra a ementa do acórdão:

Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI nº 875/DF, ADI nº 1.987/DF, ADI nº 2.727/DF e ADI nº 3.243/DF). Fungibilidade entre as ações diretas de inconstitucionalidade por ação e por omissão. Fundo de Participação dos Estados - FPE (art. 161, inciso II, da Constituição). Lei Complementar nº 62/1989. Omissão inconstitucional de caráter parcial. Descumprimento do mandamento constitucional constante do art. 161, II, da Constituição, segundo o qual lei complementar deve estabelecer os critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados, com a finalidade de promover o equilíbrio socioeconômico entre os entes federativos. Ações julgadas procedentes para declarar a inconstitucionalidade, sem a pronúncia da nulidade, do art. 2º, incisos I e II, §§ 1º, 2º e 3º, e do Anexo Único,

da Lei Complementar nº 62/1989, assegurada a sua aplicação até 31 de dezembro de 2012 (STF, Pleno, ADI nº 875-DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 24-02-2010, DJE 30-04-2010).

Assim, vemos que o Tribunal solucionou o impasse de maneira que, de um lado, não agravou a questão constitucional apresentada, se procedesse à cassação dos critérios do FPE, e, por outro lado, não avançou sobre as competências do Congresso Nacional. Portanto, o Poder Legislativo foi requisitado a editar uma nova legislação sobre o tema. A nova lei, Lei Complementar nº 143/2013, veio a ser editada, apenas em 18 de julho de 2013, meses após expirar o prazo fixado pelo STF. A transferência dos recursos, entretanto, não chegou a ser interrompida, por força de liminar concedida, em 24 de janeiro de 2013, pelo ministro Ricardo Lewandowski, nos autos da ADO nº 23, garantindo assim, a continuidade dos repasses das verbas aos Estados e ao Distrito Federal, de acordo com os critérios anteriormente vigentes, por mais cento e cinquenta dias.

15. CONCLUSÕES

Pelo que foi abordado, o constitucionalismo, em sentido jurídico e político, pode ser entendido como um movimento que visa à criação de um documento escrito, a Constituição, que contenha as normas que definam a estruturação do Estado e a limitação da atuação do poder estatal bem como as que definem e garantem o exercício dos direitos fundamentais aos cidadãos pertencentes a este Estado. O movimento constitucional ao longo dos anos foi se aprimorando e buscando dar segurança às democracias, buscando assegurar direitos prestacionais e, posteriormente, alcançou os tratados internacionais de direitos humanos.

Assim, o movimento guarda uma relação bem próxima com os direitos fundamentais, pois, estes direitos também foram conquistados ao longo dos anos em virtude da luta dos particulares frente aos antigos regimes de poder, a monarquia absolutista e o constitucionalismo liberal, sendo a democracia o regime que melhor garante seu desenvolvimento.

Ficou evidente que os direitos fundamentais são estudados em dimensões, onde a primeira dimensão elenca os direitos de liberdade, como a liberdade religiosa, de pensamento e de locomoção. A segunda promove o exercício dos direitos sociais, como saúde, educação e trabalho e, a terceira dimensão busca a promoção dos direitos de fraternidade destinados ao gênero humano independentemente do Estado que pertença.

Os direitos fundamentais são entendidos como dimensões, uma vez que são complementares entre si, onde o exercício dos direitos de determinada dimensão não exclui os de outra, pelo contrário, apenas contribuem para uma melhor afirmação.

A partir da evolução do constitucionalismo na Península Ibérica, por influência de José Joaquim Gomes Canotilho, surgiu uma constituição chamada dirigente, dentro de uma doutrina defendida como tese de doutorado na Alemanha chamada “Constituição Dirigente e Poder Vinculador”.

Esse tipo de constituição segundo a ideia inicial de Canotilho caminhava para um socialismo ou um tipo de social-democracia de esquerda por meio das normas de eficácia limitada chamadas de “não-bastante em si”.

O modelo que surgiu na Constituição de Portugal de 1976 a qual trouxe a necessidade de complementação das políticas públicas instituídas pela complementação da legislação infraconstitucional.

Com isso, na Espanha e no Brasil, que adotaram esse modelo de constituição dirigente, surgiram as inconstitucionalidades por omissão, ou seja, quando o legislador ordinário deixava de fazer a norma. Portugal também conviveu com esse modelo de inconstitucionalidade pela ausência do Legislativo.

Ademais, entendemos que o Estado brasileiro adepto ao constitucionalismo da constituição dirigente, ao buscar a promoção dos direitos fundamentais, deve elencar em sua constituição normas de conteúdo programático, ou seja, normas que exigem a atuação positiva deste Estado, garantindo o exercício desses direitos aos indivíduos, independente do órgão que irá promovê-los, bem como da nacionalidade deste indivíduo.

Assim, estabelecidas as normas programáticas na constituição, fez bem o constituinte em prever mecanismos para combater a omissão inconstitucional, ou seja, o comportamento adotado pelo Poder Público em não elaborar legislação pertinente. Para tanto, a constituição traz o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão que fazem parte do controle de constitucionalidade da omissão inconstitucional.

Vimos que nessas ações, a principal polêmica está em torno dos efeitos de suas decisões, pois, pelo texto constitucional, apenas se limitam a cientificar o poder responsável pela elaboração da lei faltante que houve a constatação da omissão, bem como, no caso da inércia do órgão administrativo, estabelecer o prazo de trinta dias para sanar a omissão, porém, o prazo não é vinculante.

Entretanto, analisamos recentes decisões do Supremo Tribunal Federal nessas ações onde a Suprema Corte adotou comportamento positivo e, além de declarar a omissão inconstitucional, viabilizou o exercício efetivo do direito reclamado.

Com esse comportamento, o STF, apesar de trocar de posição com o órgão que originariamente possuía legitimidade para a elaboração da norma faltante, não viola o princípio da separação dos poderes, porque sua decisão, além de ser provisória, ou seja, válida até o momento que o poder

competente editar a norma faltante, não se trata de comportamento legiferante, e sim, de dar a efetiva aplicabilidade à constituição.

Por fim, concluímos que esse comportamento deve ser adotado pelo Pretório Excelso quando se tratar de impedimento ao exercício de direitos fundamentais, além de ser necessária uma evolução no combate das omissões inconstitucionais, a fim de estabelecer sanções aos órgãos administrativos e poderes públicos que permanecerem inertes.

BIBLIOGRAFIA

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Teoria geral do Estado**. 3ª Ed. Barueri: Manole, 2010.

AMARAL, Sérgio Tibiriçá. **Magna carta: algumas contribuições jurídicas** <in> Revista Intertemas, Ano 09, V. 11, novembro – 2006, Presidente Prudente: Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 17ª Ed. São Paulo: Verbatim, 2013.

AZZALIN NETO, Victorio, e AMARAL, Sérgio Tibiriçá. **Origens dos direitos fundamentais e o constitucionalismo**. <in> Encontro de iniciação científica – ETIC, setembro – 2015, Presidente Prudente: Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente.

BESTER, Gisela Maria. **Direito constitucional** v. 1: Fundamentos teóricos. São Paulo: Manole, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 4ª Ed., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho, Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6ª Ed. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. **Estado de direito**. Lisboa: Gradiva, 1999.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional: teoria do Estado e da constituição; direito constitucional positivo**. 16ª Ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

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

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 5ª Ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Edições Podivm, 2011.

_____, **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.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 37ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ªEd., rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999

FACHIN, Zulmar Antonio. **Curso de direito constitucional**. 3ª Ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Gen, Método, 2008.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 4ª Ed, rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 38ª Ed, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Comentários à constituição brasileira de 1988**. v.1. 2ª Ed., atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 1997.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 2ª Ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

KELSEN Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOCKE, John. **Segundo Tratado do Governo Civil**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. 31ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 1996.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 29ª Ed, rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Direitos humanos fundamentais**. Teoria Geral. 8ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade**: conceitos, sistemas e efeitos. 2ª Ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 5ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14ª Ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____, **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

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.

SARLET, L. W.; MARINONI, L. G. e MITIDIERO, D. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SACCHI, Carolina Estrela de Oliveira. **Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção sob a perspectiva do ativismo judicial**. 2011. 116 p. Monografia (Bacharelado em Direito) - Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, Presidente Prudente, 2011.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade: atualizado conforme as leis 9.868 de 10.11.1999 e 9.882 de 03.12.1999**. 3ª Ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.