



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

DENILTON BEZERRA DE MEDEIROS FILHO

A INEFICIÊNCIA DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
POR OMISSÃO QUANDO PROPOSTA CONTRA O PODER
LEGISLATIVO FEDERAL

SOUSA - PB
2008

DENILTON BEZERRA DE MEDEIROS FILHO

A INEFICIÊNCIA DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
POR OMISSÃO QUANDO PROPOSTA CONTRA O PODER
LEGISLATIVO FEDERAL

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Ma. Jacyara Farias Sousa.

SOUSA - PB
2008

DENILTON BEZERRA DE MEDEIROS FILHO

**A INEFICIÊNCIA DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR
OMISSÃO QUANDO PROPOSTA CONTRA O PODER LEGISLATIVO FEDERAL**

Aprovado em: de julho de 2008

BANCA EXAMINADORA

Profª . Mestranda Jacyara Farias Souza (Orientadora)

Membro

Membro

SOUSA – PB
2008

Dedico

Á memória de Jairo Feitosa, homem simples, humilde, solidário, de notável espírito público, um verdadeiro exemplo de ser humano com quem tive o prazer de trabalhar e o privilégio de manter uma amizade sincera.

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, Ediana, que não mediu sacrifícios para que eu pudesse concluir meus estudos.

À minha segunda mãe, Tia Clúcia, com quem convivi a maior parte da vida e por quem fui tratado como filho querido.

Ao meu pai, Denilton, com quem aprendi a valorizar a leitura.

Às minhas irmãs, Maria Climene, Maraíza e Maria Clúcia, que suportam pacientemente as vicissitudes do meu humor sem guardar qualquer rancor.

À minha Tia e Madrinha Gizete, carinhosamente Zeta, que tem me ajudado durante toda a minha vida.

Ao meu cunhado, Halan, que me acolheu em sua casa.

E, por fim, á minha querida orientadora Jacyara Farias Souza, que, com paciência e dedicação, me ajudou na produção deste trabalho.

“Acima de tudo procurem sentir no mais profundo de vocês qualquer injustiça cometida contra qualquer pessoa em qualquer parte do mundo. É a mais bela qualidade de um revolucionário”. (Ernesto Che Guevara)

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu uma vasta gama de direitos em favor do cidadão, todavia, nem todos auto-aplicáveis, necessitando grande parte deles de uma atuação complementar ou por parte dos órgãos administrativos ou do Poder Legislativo. Em decorrência disso o constituinte instituiu a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, com a finalidade de sanar essa inércia inconstitucional daquele órgão ou Poder a quem compete produzir a normatização infraconstitucional. Dessa forma, justifica-se o estudo da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão quando proposta contra o Poder Legislativo Federal, vez que é de suma importância para a ciência do Direito, já que, apesar da relevância do tema, não tem sido prestigiado pelos pesquisadores da seara jurídica. Destarte, a problemática que se pretende investigar pauta-se na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão proposta contra o Legislativo Federal tem sido eficiente em seus efeitos no sentido de tornar plenamente eficazes as normas constitucionais de eficácia limitada. Portanto, o objetivo geral deste estudo é pesquisar a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão infligida ao Poder Legislativo Federal e, especificamente, como também discorrer sobre os sistemas de controle de constitucionalidade no Brasil e aqueles adotados na legislação alienígena; além de demonstrar os instrumentos de controle da omissão inconstitucional nas vias difusa e concentrada; e, por fim, pesquisar sobre a eficiência das consequências geradas pelo referido instituto no sentido tornar eficazes normas constitucionais de efeitos programáticos. O presente estudo trata, ainda, sobre possíveis contribuições para o saneamento do problema aventado, abordando as hipóteses levantadas, a saber: a possibilidade de o Poder Judiciário, através de uma sentença normativa, substitua temporariamente a inércia do legislador; a viabilidade de se responsabilizar, em perdas e danos, o Poder Legislativo que se matem omissos mesmo diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Judiciário; e se cogita, ainda, a criação de um Tribunal Constitucional competente para julgar, entre outras coisas, os casos de omissão do legislador. A pesquisa se desenvolve mediante o emprego dos métodos bibliográfico, histórico-evolutivo e exegético-jurídico aliado às pesquisas realizadas nos bancos de dados do STF e demais Tribunais, bem como na doutrina nacional e estrangeira. A metodologia utilizada faculta a que se estruture o trabalho de forma primeiramente se tratará dos aspectos gerais do controle de constitucionalidade; em seguida, de forma mais acurada se disporá sobre as formas de controle, concentrado e difuso, da omissão inconstitucional; e ao final, investigar-se-á a referida ação de controle concentrado que visa sanar a omissão inconstitucional do Legislador tem sido eficiente em seus efeitos. A guisa de resultados, tem-se que as hipóteses sugeridas são de difícil implementação, já que estão longe de serem unanimidade entre os aplicadores do Direito. Entretanto, ressalte-se que o tema da inconstitucionalidade por omissão é por demais recente e, por isso, o reconhecimento, inclusive do próprio Poder Legislativo, da existência de tal problema, ao preverem um instrumento de combate da omissão no próprio texto constitucional, já deve ser considerado um bom avanço.

Palavras-chave: Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão; Poder Legislativo; Eficiência.

ABSTRACT

The Federal Constitution of 1988 established a vast range of rights in the citizen's favor, though, nor all solemnity-applied, needing great part of them of a complemented performance or on the part of the administrative organs or of the Legislative Power. Due to that the representative instituted the Direct Action of Unconstitutional for Omission, with the purpose of healing that unconstitutional inertia of that organ or Power to who it competes to produce the infraconstitutional norm. In that way, it's justified the study of the Direct Action of unconstitutional for Omission when proposal against the Federal Legislative Power, time that is of highest importance for the science of the Right, since, in spite of the relevance of the theme, it has not been given prestige to by the researchers of the juridical area. Like this, the problem that she intend to investigate, the Direct Action of Unconstitutional for Omission is been proposed against the Federal Legislative it has been efficient in your effects in the sense of turning fully effective the constitutional norms of limited effectiveness. Therefore, the general objective of this study is to research the Direct Action of Unconstitutional for Omission inflicted to the Federal Legislative Power and, specifically, to discourse on the systems of constitutional control in Brazil and those adopted in the alien legislation; besides demonstrating the instruments of control of the unconstitutional omission in the diffuse and concentrated roads; and, finally, to research on the efficiency of the consequences generated by the referred institute in the sense to turn effective constitutional norms of effects program. The present study treats, still, about possible contributions for the sanitation of the fanned problem, approaching the lifted up hypotheses, to know: the possibility of the Judiciary Power, through a normative sentence, substitute the inertia of the legislator temporarily; the viability of taking the responsibility, in losses and damages, the Legislative Power that kill themselves done omit due to the unconstitutional declaration by the Judiciary; and it is cogitated, still, the creation of a competent Constitutional Tribunal to judge, among other things, the cases of omission of the legislator. The research grows by the employment of the methods bibliographical, historical-evolutionary and exegetics-juridical ally to the researches accomplished in the databases of STF and other Tribunals, as well as in the national and foreign doctrine. The used methodology allows it that the work it is structured in three chapters: the first chapter will treat of the general aspects of the constitutional control; the chapter two has more form perfected on the forms of control, concentrated and diffuse, of the unconstitutional omission; and the following chapter is investigated referred her action of pondered control that seeks to heal the unconstitutional omission of the Legislator it has been efficient in your effects. It stews of results, it is had that the suggested hypotheses are of difficult implemented, since they are far away from they be unanimity among the applicators of the Right. However, be pointed out that the theme of the unconstitutional for omission is for too much recent and, for that, the recognition, besides of the own Legislative Power, of the existence of such problem, to the they foresee an instrument of combat of the omission in the own constitutional text, a good progress should already be considered.

Keywords: Direct Action of Unconstitutional for Omission; Legislative Power; efficiency

SUMARIO

| | |
|---|----|
| INTRODUÇÃO..... | 10 |
| 1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: ASPECTOS GERAIS..... | 13 |
| 1.1 Das diversas espécies de inconstitucionalidade..... | 14 |
| 1.2 Sistemas de controle de constitucionalidade..... | 20 |
| 1.3 Controle de constitucionalidade no Brasil..... | 24 |
| 1.3.1 Controle de constitucionalidade difuso..... | 25 |
| 1.3.2 O Controle de Constitucionalidade Concentrado..... | 27 |
| 2 FORMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO..... | 33 |
| 2.1 A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e sua regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro..... | 37 |
| 2.2 O Mandado de Injunção e sua regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro Mandado de Injunção..... | 42 |
| 2.3 Principais distinções entre a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção..... | 50 |
| 3 INEFICIÊNCIA DA ADIN POR OMISSÃO INFLIGIDA AO PODER LEGISLATIVO FEDERAL..... | 52 |
| 3.1 A correlação entre eficácia, efetividade e eficiência e os efeitos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão..... | 53 |
| 3.2 Óbice a eficiência da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão proposta contra o Legislativo Federal..... | 55 |
| 3.3 Possíveis contribuições para saneamento da ineficiência da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão infligida ao Legislativo Federal..... | 59 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 62 |
| REFERÊNCIAS..... | 65 |

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu uma vasta gama de direitos em favor do cidadão. Entretanto, nem todos auto-aplicáveis, necessitando grande parte deles de uma atuação complementar ou por parte dos órgãos administrativos ou do Poder Legislativo.

Em decorrência disso, o legislador constituinte inovou no que diz respeito a mecanismos de controle de constitucionalidade no sistema concentrado, já que tinha ciência do fato de que o conjunto de direitos sociais, em sua maioria, foram instituídos como normas programáticas, isto é, as que não tem aplicabilidade imediata, dependendo de um fazer normativo *a posteriori*, trazendo o risco de, dependendo da morosidade de quem compete produzir a norma complementar, figurar como mera carta de intenções no recipiente constitucional.

Nesse sentido o constituinte instituiu, além dos já tradicionais institutos de controle, a exemplo da Ação Direta de Inconstitucionalidade, utilizada para sanar qualquer afronta positiva ao texto constitucional, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, com a finalidade de sanar essa inércia inconstitucional daquele órgão ou Poder a quem compete produzir a normatização infraconstitucional.

Assim sendo, justifica-se o estudo da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão contra o Poder Legislativo, uma vez que é de suma importância para a ciência do Direito, bem como para a população brasileira a análise dos efeitos produzidos pelo novel instituto, já que, apesar da relevância do tema, não tem sido prestigiado pelos pesquisadores da seara jurídica, sendo, pois, insuficiente o material doutrinário respeitante a esse importante instrumento jurídico que tenciona tornar plenamente eficazes as normas ditas de eficácia limitada.

Destarte, a problemática que se pretende investigar nesse trabalho é se de fato a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão proposta contra o Legislativo Federal tem sido eficiente em seus efeitos, buscando fazer com que esse poder saia da inércia em que se encontra e promova a complementação legal necessária a dar plena eficácia a norma constitucional insuficientemente disposta. Salientando-se que essa ação tem natureza mandamental e, portanto, é de se exigir

providências efetivas por parte do Judiciário para torná-la eficiente em sua finalidade última, que é fazer com que se promova a feitura da normatização exigida constitucionalmente, não se permitindo, pois, apenas, o mero efeito declaratório.

Nesse sentido e em termos gerais, o que se pretende pesquisar neste estudo é a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão infligida ao Poder Legislativo Federal, enfocando as conseqüências geradas pelo instituto no sentido tornar eficazes normas constitucionais de efeito limitado. Dentre desse amplo escopo, pretende-se discorrer especificamente sobre os sistemas de controle de constitucionalidade no Brasil e no estrangeiro, demonstrar os instrumentos de controle da omissão inconstitucional nas vias difusa e concentrada, e, por fim, investigar se os efeitos produzidos pela já mencionada Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão contra o Legislativo tem sido satisfatórios no sentido de atingir o seu mister.

A metodologia a ser utilizada na pesquisa será baseada essencialmente no método bibliográfico para a interpretação dos mecanismos norteadores do controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, especificamente da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão infligida ao Poder Legislativo, empregando, também, o método exegético jurídico aliado às pesquisas realizadas nos bancos de dados do STF e demais Tribunais, bem como se utilizará de informações coletadas na doutrina nacional e estrangeira.

Em se confirmando a ineficiência da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão contra o Legislativo, sugerem-se três hipóteses para o saneamento do referido instituto, em que se discorrerá sobre a possibilidade de o Poder Judiciário, através de uma sentença normativa, substitua temporariamente a inércia do legislador, bem como, será tratada a viabilidade de se responsabilizar, em perdas e danos, o Poder Legislativo que se mantém omissos mesmo diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Judiciário, e, por fim, cogitar-se-á a criação de um Tribunal Constitucional competente para julgar, entre outras coisas, os casos de omissão do legislador, tirando do Judiciário esse mister e afastando, pois, a possibilidade de se instituir uma ditadura desse poder.

O presente estudo pretende discorrer sobre controle de constitucionalidade, notadamente no que diz respeito a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão infligida ao Legislativo. Nesse sentido, o primeiramente tratará dos aspectos gerais do controle de constitucionalidade, conceituando-se Constituição e

seus aspectos de rigidez e supremacia, os tipos de inconstitucionalidades, bem como os mecanismos de controle. Em seguida, disporá de forma mais acurada sobre as formas de controle, concentrado e difuso, da omissão inconstitucional, isto é, serão estudados paralelamente a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção. E, por fim, irá adentrar no tema principal do presente Trabalho de Conclusão de Curso, qual seja, investigará se a referida ação de controle concentrado que visa sanar a omissão inconstitucional do Legislador tem sido eficiente em seus efeitos no sentido de dar plena eficácia as normas constitucionais.

1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: ASPECTOS GERAIS

Neste capítulo será tratado a respeito dos conceitos e da estrutura de Constituição, de supremacia e rigidez constitucional, bem como do controle de constitucionalidade, com o escopo de descrever, minimamente, os fundamentos basilares do constitucionalismo brasileiro e seus mecanismos de controle.

Hodiernamente, no campo jurídico-político, a Constituição se estabelece como instrumento norteador para elaboração de todo o ordenamento normativo de uma nação, impondo-se como condição *sine qua non* para validade de todos os atos administrativos e legislativos. É da Constituição que se erradia toda a normatização nos países que a adotam como Lei Fundamental. Corrobora com esta conceituação Silva (2001, p. 45), ao lecionar que "[...] Constituição é o vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos". Dessa forma, o controle de constitucionalidade surge como uma garantia à unidade e harmonia de todo um sistema jurídico.

Para Neves (1988) o controle de constitucionalidade surge com esse escopo, pondo-se como o juízo de adequação da norma infraconstitucional à norma constitucional, atuando como paradigma de validade para a legislação ulterior. É, em síntese, o meio pelo qual se verifica a compatibilidade de uma norma infraconstitucional ou de ato normativo com a Constituição. Nesse sentido, esse mecanismo de controle assume função de guardião da Constituição, orientando-se por dois pressupostos: a supremacia e a rigidez constitucionais.

No sentir de Barroso (2004) o aspecto de supremacia da Constituição aponta que a normatividade constitucional possui posição mais elevada no ordenamento jurídico, ocupando posição hierárquica superior a todas as outras normas do sistema.

Tratando-se, ainda, de supremacia constitucional, Silva (2001, p. 45) explana que:

[...] é a lei suprema, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas

fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.

Destarte, conforme amplo e pacífico entendimento doutrinário, percebe-se que a supremacia da Constituição sobre todo o regramento jurídico de uma nação é requisito essencial, não só para que se possibilite o controle de constitucionalidade, mas principalmente para que se viabilize um estado de segurança, de estabilidade jurídica possibilitando a sociedade desenvolver-se sem ter em vista qualquer surpresa jurídica.

Por outro lado, a rigidez constitucional consiste na necessidade de processo mais qualificado para que se viabilize qualquer mudança no texto constitucional. Conforme assevera Barroso (2004), para que a Constituição possa figurar como paradigma de validade, necessário que o processo de formação ou modificação de normas constitucionais seja diverso e mais complexo do que o utilizado na elaboração de normas infraconstitucionais.

Deveras, a característica da rigidez constitucional garante supremacia formal à Constituição. Isso se dá, ainda conforme o entender de Barroso (2004), porque, se as normas constitucionais fossem elaboradas da mesma forma que as infraconstitucionais, a superveniência de lei ordinária contrária a um mandamento constitucional acarretaria, não em inconstitucionalidade, mas sim em revogação por ato posterior.

Saliente-se, ainda, que a existência do controle de constitucionalidade tem importante função de defesa e concretização dos direitos fundamentais, exercendo sua força para eliminar qualquer ato normativo que possa impedir a aplicabilidade àqueles direitos resguardados, de forma expressa ou implícita, pela Constituição Federal.

1.1 Das diversas espécies de inconstitucionalidade

Depois de esboçado os conceitos de Constituição, de rigidez e supremacia constitucional, cabe agora conceituar-se a inconstitucionalidade, que vem a ser tudo aquilo que material ou formalmente confronta ou desrespeita o texto constitucional, posto que o princípio da supremacia exige que todas as situações jurídicas estejam em plena conformidade com os princípios e preceitos constitucionais. Nesse sentido, Caubet (2008, p. 23) acerta que:

Em suma, é inconstitucional aquela lei ou ato normativo cujo conteúdo está em desacordo com preceitos ou princípios constitucionais (inconstitucionalidade material), ou cujo processo de elaboração desobedeceu àquele constitucionalmente estabelecido (inconstitucionalidade formal). [Grifos do autor]

Entretanto, o próprio Caubet (2008), dispõe que não se resume, por inconstitucional, apenas os atos positivos que contrariem a norma fundamental, mas também a omissão na aplicação dos ditames constitucionais, ou seja, está presente a inconstitucionalidade também quando se deixa de fazer algo que dê aplicabilidade plena as normas constitucionais. Inclusive foi esta uma inovação trazida pela Constituição de 1988 que passou a prevê, além da inconstitucionalidade por ação ou atuação no art. 103 e seus §§ 1º e 3º¹, também, a inconstitucionalidade por omissão, disposta no art. 103 e seu §2º².

A inconstitucionalidade por ação ocorre diante do surgimento de um ato comissivo, seja ele legislativo ou administrativo, que se encontre incompatível com as normas e princípios previstos na Constituição Federal. Ou seja, é o desrespeito

¹ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - *omissis*

§ 1º - O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

§ 3º - Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado

² Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - *omissis*

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

ativo, de forma positiva, de uma norma inferior a suprema norma. É o que esclarece Silva (1999, p. 49):

O fundamento dessa inconstitucionalidade está no fato de que do princípio a supremacia da Constituição resulta o da compatibilidade vertical das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a Constituição. As que não forem compatíveis com ela serão inválidas, pois a incompatibilidade vertical resolve em favor das normas de grau mais elevado, que funcionam como fundamento de validade das inferiores.

Dessa forma, a atuação inconstitucional proveniente de quaisquer das funções do poder, resolver-se-á sempre em favor da Lei Fundamental, já que ela se encontra no topo da hierarquia das normas, conforme preconiza o princípio da supremacia do texto constitucional.

No que se refere à inconstitucionalidade por omissão, esta se dá em situação oposta a que ocorre com a ação inconstitucional, pois no caso da omissão inconstitucional não será um ato comissivo que dará ensejo a uma inconstitucionalidade, ao contrário, será justamente a falta de um ato legislativo ou administrativo, necessários à plena efetividade de um mandamento constitucional, que tornará inconstitucional a inércia do poder competente a produzi-lo. Segundo Moraes (2003), reside na conduta negativa a inconstitucionalidade por omissão, quando a Constituição exige uma ação positiva do Poder Público e este se mantém inoperante.

No entanto, não é toda omissão que poderá ser considerada inconstitucional. Veja-se o que aduz Canotilho (1993, p. 354):

[...] a omissão legislativa só é autônoma e juridicamente relevante quando se conexas com uma exigência constitucional de ação, não bastando o simples dever geral de legislador para dar fundamento a uma omissão constitucional. Um dever jurídico-constitucional de ação existirá quando as normas constitucionais tiverem a natureza de imposições concretamente impositivas.

Assim, em havendo um dever constitucionalmente previsto para o Poder Público de produzir determinado ato, legislativo ou administrativo, e este se mantendo inerte, surge a inconstitucionalidade por omissão e os instrumentos idôneos a sanarem a negligência inconstitucional, no Brasil, por exemplo, são dois: o Mandado de Injunção, que é uma espécie de controle difuso da omissão inconstitucional, e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADInO), novo instituto constitucional, trazido na Carta de 1988, objeto principal deste estudo que será tratado de forma pormenorizada mais a frente.

Mais adiante irá se tratar, também, das formas de controle que podem ser: o controle concentrado (via de ação, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade) ou difuso (via de exceção). Agora será discorrido a respeito de outras formas de inconstitucionalidade por ação e por omissão, quais sejam: formal ou material e total ou parcial.

A inconstitucionalidade formal, também denominada doutrinariamente de extrínseca, refere-se aos atos produzidos em desconformidade com as formalidades prevista na Constituição Federal. Diz respeito à incompetência de iniciativa ou ao desatendimento aos tramites do processo legislativo, ou seja, manifesta-se quando a norma infraconstitucional foi promulgada sem a observância do rito³ previsto, no corpo da Constituição, para sua consubstanciação.

Já a inconstitucionalidade material trata do conteúdo do ato normativo infraconstitucional que afrontam a filosofia, os princípios, enfim, o texto Constitucional propriamente dito. A doutrina denomina-a, também, de inconstitucionalidade intrínseca ou substancial, posto que ataca a essência da substância da Lei Fundamental.

Entende Caubet (2008, p. 25) que de maneira geral todo o conteúdo da Constituição é considerado norma de alto grau de abstração conceitual e de baixa densidade normativa que, expressa ou implicitamente, vinculam toda a produção legislativa infraconstitucional em sua substância, sendo, pois, nula o ato normativo que descumpri-lo. Portanto, a inconstitucionalidade material não reside apenas na incompatibilidade literal entre a norma inferior e o texto constitucional, mas também nos casos em que um direcionamento geral, ou seja, um mandamento daquela fira um princípio desta.

³ Por rito entende-se não apenas o processo legiferante em si, que vai da apresentação do projeto à sanção e publicação da lei, mas também a competência legislativa.

No que tange a intensidade da inconstitucionalidade, ela será total quando tornar imprestável toda a norma inferior e parcial quando apenas parte do ato administrativo ou lei for considerado inaplicável, havendo a possibilidade de que o ato normativo produza seus efeitos na parte em que não confrontar com o texto constitucional. Nesse sentido, Caubet (2008, p. 30) trás que:

É total a inconstitucionalidade que fulmina todo o ato normativo. Já a inconstitucionalidade parcial é declarada quando apenas uma parcela da norma apresenta incompatibilidade com o texto constitucional, possuindo, todavia, parte autônoma indene de vício.

Sinteticamente, pode-se concluir que haverá inconstitucionalidade total quando se contamina todo o ato, enquanto que a parcial incide apenas sobre parte dele.

A inconstitucionalidade parcial vem sendo admitida albergada sob o princípio da conservação dos atos jurídicos, de forma que se mantenha válido a parte do texto legal que não esteja em desacordo com o constitucional, extirpando-se apenas a parcela eivada por vício inconstitucional. É o que se depreende do entendimento de Miranda (1996, p. 338), senão veja-se:

A inconstitucionalidade diz-se total ou parcial, consoante afecta todo um acto ou apenas sua parte, seja esta uma norma em face do conjunto das normas de um diploma ou parte de uma norma e não toda a norma (quando possa proceder-se a tal decomposição e operar-se depois uma redução ou uma conversão). Manifesta-se aqui um princípio de conservação dos actos jurídicos, não fundamentalmente diverso do que preside à interpretação conforme a Constituição.

Embora haja a possibilidade de apenas parte do texto infraconstitucional ser declarado inconstitucional, não será em qualquer hipótese que haverá a permissividade de se retirar apenas parcialmente a validade da norma para que ela mantenha sua compatibilidade com a Constituição. Casos haverá em que inconstitucionalidades que aparentemente residem em parte ou partes da norma infraconstitucional contaminarão todo o texto legal, seja na sua lógica, seja na sua finalidade. Nesse sentido, Neves (1988, p. 281) acerta que:

[...] caso haja uma relação de dependência lógica ou teleológica das partes, de modo que não se possa conceber isoladamente a parte conforme à Constituição, impõe-se a decretação da nulidade total.

Assim e como já foi dito, não basta que partículas do texto infraconstitucional estejam em harmonia com a Constituição Federal, mais que isso, é preciso que o sentido da norma, a sua lógica e finalidade, guarde plena autonomia em relação a parte considerada eivada de inconstitucionalidade.

A doutrina advoga, também, a possibilidade de se declarar inconstitucional a omissão total ou parcial do poder público, em seu dever de prover a normatividade infraconstitucional. Sendo total quando a inoperância do legislador é absoluta e parcial quando o legislador não atende plenamente as necessidades dos mandamentos constitucionais quando da feitura de norma inferior, conforme assevera Faria (2008, p. 29), ao discorrer que:

É importante observar que essas modalidades de inconstitucionalidade também podem ocorrer nos casos de omissão. Será total quando o legislado se mantiver inerte, ou seja, diante do dever constitucional de integrar a norma contida na *Lex Legum*, nada faz, demonstrando a sua passividade. Já na omissão parcial, há o preenchimento, em parte, de lacuna, pois embora seja produzido o ato normativo requerido na Carta, o mesmo não atende ao comando constitucional em sua inteireza.

Ante o exposto, percebe-se que haverá omissão legislativa não apenas quando o legislador deixa de cumprir a sua obrigação de legislar, mas, igualmente, quando legisla de maneira incompleta. Nesse diapasão, são duas as formas de omissão parcial: a primeira ocorre no instante em que o legislador deixa de observar o princípio da igualdade quando da produção da norma. Um exemplo recorrente, citado pela doutrina, é o caso de concessão de um reajuste salarial a uma parte do funcionalismo estatal em detrimento de outra parcela do mesmo corpo funcional, estabelecendo-se neste caso uma discriminação que o princípio da isonomia não tolera.

Já a segunda forma de omissão parcial surge quando o legislador ao legislar sobre determinado direito não o faz de maneira a preencher satisfatoriamente a norma constitucional que se impõe para a espécie. Exemplifica essa forma de omissão o caso expresso por Caubet (2008) ao afirmar que a norma brasileira que dispõe sobre o salário mínimo, cujo valor determinado por lei ordinária não é suficiente para o que se propõe, ou seja, moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, para o trabalhador e sua família, apesar de não ocorrer nesse caso à discriminação de um determinado grupo de pessoas.

1.2 Sistemas de controle de constitucionalidade

O procedimento de controle recebe várias denominações a depender do doutrinador, as mais comuns são controle constitucional, revisão constitucional, defesa constitucional, jurisdição constitucional entre outros. O controle de Constitucionalidade é, em suma, o mecanismo que busca detectar se a Constituição foi desrespeitada, bem como pronunciar-se formalmente nesse sentido impondo os efeitos previstos constitucionalmente. É o que se depreende do entendimento de Caubet (2008, p. 35) quando afirma que:

Controlar a constitucionalidade significa declarar a invalidade das normas infraconstitucionais que contrariam a Constituição. Constitui-se num juízo de adequação entre a norma suspeita e a Constituição, mediante a verificação do cumprimento, por parte daquela, dos requisitos formais e substanciais estabelecidos por esta.

Assentado o conceito de controle de constitucionalidade, deve-se esclarecer que para sua existência são necessários dois pressupostos fundamentais. O primeiro deles já foi tratado neste estudo e diz respeito à supremacia e rigidez constitucional. Já o segundo pressuposto, dá conta da instituição de órgão ao qual tenha sido estipulada a competência de efetivar o controle.

E é justamente em relação ao órgão ou poder a quem é atribuído esse mister, de fiscalizar a adequação das normas à Constituição, que se faz a classificação quanto ao tipo de sistema de controle adotado, que de acordo com a melhor doutrina são três as espécies, quais sejam: Sistema Político, Jurisdicional e Misto.

O Sistema Político de controle é caracterizado por ter um órgão de natureza política como fiscalizador-mor da Lei Estrutural, fundamenta-se no fato de que as leis e demais atos normativos tem efeitos eminentemente políticos, não havendo motivo, pois, de se relegar aos Tribunais Judiciais essa função.

Fundamenta-se, também, nos países onde é adotado, no temor de se estabelecer uma ditadura do Judiciário ao entregar a esse Poder a competência para anular decisões do Legislativo e Executivo, atentando-se, dessa forma, contra o princípio da independência e separação dos poderes.

Nesse sentido, Bastos (1975, p. 30) trás lição sobre o motivo histórico que levou a França a adotar o Sistema Político de Controle de Constitucionalidade:

Nestes, dominados durante muito tempo por um sistema absoluto de governo, reunindo a figura do monarca, em certas épocas, a totalidade das funções estatais, uma vez implantada a separação de poderes, por força inicialmente da Revolução Francesa, e depois da eclosão de movimentos políticos idênticos em outros países, houve sempre uma aguda suscetibilidade a tudo que pudesse, segundo eles, de alguma maneira, enfraquecer o rigor da doutrina implantada. Desta maneira, afigurava-se-lhes incompatível com o sistema instaurado que um outro Poder, o Judiciário, por exemplo, viesse a anular atos ou imiscuir-se nas funções próprias do Legislativo.

Daí a razão da criação de um órgão não enquadrado em nenhum dos poderes existentes, ao qual assegurava-se-lhe a autonomia necessária para o desempenho das altas funções a ele cometidas, de tornar sem efeito qualquer ato reputado inconstitucional.

Com esse argumento a França criou o *Conseil Constitutionnel* (Conselho Constitucional), composto por nove membros, sendo três nomeados pelo Presidente da República, três pelo Presidente da Assembléia Constitucional e três pelo Presidente do Senado, sendo facultada, ainda, a participação dos ex-presidentes nesse Conselho. Os membros nomeados têm mandato de três anos e são competentes entre outras coisas para controlar a atividade normativa do parlamento francês. Esse controle é prévio, ou seja, o *Conseil* pode recusar a promulgação dos atos do parlamento se entender que estes são incompatíveis com a Constituição.

Há também uma definição negativa de controle político, isto é, sempre que o controle não for jurídico – exercido pelo Poder Judiciário – será político.

O Sistema Jurídico, também denominado de controle jurisdicional é o mais utilizado dentre os países do ocidente e, como o próprio nome deixa a entender, é o controle realizado pelo Poder Judiciário, a quem é permitido declarar a inconstitucionalidade de lei ou outro ato normativo.

O sistema jurisdicional pode ser exercido sob três formas: pelo controle difuso, concentrado e misto.

No controle difuso a competência para sopesar a norma infraconstitucional perante a Constituição é distribuída a todos os juízes togados, bem como a todos os tribunais integrantes do Poder Judiciário. Nesse sistema difuso o juiz não declara inconstitucional a lei de *per se*, isto é, abstratamente, ele o faz apenas para o caso concreto que está sob seu julgamento, afastando a incidência de uma norma por considerá-la inconstitucional, aplicada àquele determinado processo. O exemplo mais recorrente, na doutrina, de um país que adota esse sistema é os Estados Unidos da América que passou a aplicá-lo a partir da decisão dada ao celebre caso *Marbury vs. Madison* pelo juiz Marshal. Nesse sentido, notável é o raciocínio de Cappelletti (1975, p. 75):

A função de todos os juízes é a de interpretar as leis, a fim de aplicá-las aos casos concretos de vez em vez submetidos a seu julgamento;
Uma das regras mais óbvias da interpretação das leis é aquela segundo a qual, quando duas disposições legislativas estejam em contraste entre si, o juiz deve aplicar a prevalente;
Tratando-se de disposição de igual força normativa, a prevalente será indicada pelos usuais, tradicionais critérios "*lex posterior derogat legi priori*", "*lex specialis derogat legis generali*" etc.;
Mas, evidentemente, estes critérios não valem mais – e vale, ao contrário, em seu lugar, o óbvio critério "*lex superior derogat legi inferior*" – quando o contraste seja entre disposições de diversa força normativa: a norma constitucional, quando a Constituição seja "rígido" e não "flexível", prevalece sempre sobre a norma ordinária contrastante. [Destaques do autor]

Como se vê, o controle constitucional norte americano é feito exclusivamente pela via difusa, no entanto, no Brasil, por exemplo, também é utilizado esse sistema em concorrência com o controle concentrado como se verá em momento oportuno.

Já a modalidade de controle concentrado, também nomeada de controle abstrato de constitucionalidade, vez que não há um caso concreto posto à apreciação do órgão judicial, a competência para dirimir incompatibilidades infraconstitucionais com a Constituição, conforme assevera Caubet (2008, p. 40), “[...] é atribuído a um único órgão especializado, como uma corte ou tribunal constitucional”.

Aqui o que se analisa é a própria lei em tese e, sendo esta declarada inconstitucional pelo órgão guardião da Constituição, terá a invalidação de seus efeitos *erga omnes*, ou seja, para todos os jurisdicionados. A segurança jurídica é o mais forte argumento em prol desse sistema, pois alegam os seus defensores, a exemplo de Capelletti (1975), que no controle difuso reina o entendimento de cada juiz que decidirá a seu modo cada caso sob seu julgamento, havendo dessa forma a possibilidade de várias interpretações divergentes, podendo, até mesmo, existir casos em que um mesmo juiz decida de duas maneiras diferentes sobre casos da mesma natureza por ter mudado de entendimento. Para essa corrente a análise concentrada tem o mérito de unificar a interpretação e tornar mais previsível e, portanto, estável a interpretação e conseqüente aplicação da lei.

A precursora do controle concentrado foi a Áustria, inclusive, por este motivo esse sistema ficou, também, conhecido por sistema austríaco. Nesse país o controle dos princípios constitucionais está depositado em um único órgão jurisdicional especial.

Já a forma de controle misto é aquela que admite o controle de constitucionalidade concentrado e o difuso, como ocorre no Brasil. Há, por esse sistema, a possibilidade de se discutir a constitucionalidade como questão de mérito, sem vinculação com qualquer caso concreto, através de um procedimento especial junto a um tribunal superior (Supremo Tribunal Federal no caso brasileiro), que tem exclusiva competência para apreciar esse tipo de ação; por outro lado, o juiz singular ou qualquer outro juízo, monocrático ou colegiado e de qualquer estância, tem a prerrogativa de apreciar a questão de constitucionalidade em um caso concreto em ação ordinária como prejudicial a questão de mérito, ou seja, ele decidirá sobre a constitucionalidade da lei aplicável ao caso antes de julgar o mérito da questão.

Por último destaque-se o Sistema Misto de Controle de Constitucionalidade, o qual reúne os outros dois referidos Sistemas, qual seja, o Político e Jurídico. Um país que adota esse sistema é o Brasil, no qual se faz, primeiramente, o controle

político, que também é denominado de controle prévio, exercido pelas casas legislativas federais e pelo chefe do Poder Executivo Nacional, e em seguida, quando a Lei já integra o ordenamento jurídico, o controle de constitucionalidade será exercido pelo Poder Judiciário nas formas prescritas.

Esse controle prévio é realizado, no Brasil por exemplo, pelas Comissões de Constituição e Justiça na Câmara dos Deputados e pela Comissão de Constituição, Redação e Cidadania do Senado Federal, quando o que se analisa é a compatibilidade constitucional não da lei, mas sim o projeto de lei que ainda não possui qualquer eficácia jurídica, posto que ainda não adentrou no ordenamento jurídico. O Controle Político pode ser exercido, também, por intermédio do veto jurídico ou presidencial, como é mais conhecido, em que o Presidente da República, sob o argumento de ser inconstitucional o projeto de lei o vetará. Saliente-se que as duas casas de lei federal podem, em reunião mista, derrubar o Veto Presidencial.

O Controle Jurisdicional, como visto, se faz pelos órgãos judiciais, utilizando-se das vias concentrada, exercida pelo órgão de cúpula do Judiciário, e difusa, exercida por qualquer juízo singular ou colegiado. Lembrando-se, ainda, do controle misto jurisdicional, em que há a permissibilidade de se lançar mão das duas mencionadas formas de controle jurídico.

1.3 Controle de constitucionalidade no Brasil

O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro é, de acordo com o explanado, o misto, inclusive, sob os dois aspectos. Em primeiro lugar é considerado misto, vez que utiliza os dois sistemas de controle de constitucionalidade, qual seja: o Político e o Jurídico. Sob outro prisma, entende-se, também por misto o sistema Jurídico vez que compreende as duas formas de controle: o difuso e o concentrado.

Feitos tais esclarecimentos, saliente-se que no presente estudo não se analisará as formas de controle político exercidas no Brasil, irá se ater a pormenorizar os mecanismos de controle de constitucionalidade apenas sob seu

aspecto jurídico, inclusive analisando os instrumentos jurídicos de controle utilizados tanto na via difusa, como na via concentrada.

1.3.1 Controle de constitucionalidade difuso

O controle jurídico de constitucionalidade difuso possui sua origem do modelo norte-americano, criado em 1803, o qual possuía como premissa a decisão arbitrária e inafastável.

A Constituição brasileira de 1891 iniciou o controle de constitucionalidade e, a partir daí, seguindo o exemplo norte-americano, qualquer juiz monocrático, ou tribunal, poderia deixar de aplicar a lei considerada inconstitucional para aquele caso concreto, adequando-a a Constituição.

O sistema difuso tem natureza subjetiva, posto que é exercido no âmbito de cada caso, envolvendo interesses de autor e réu. Destarte, permite a todo e qualquer juízo aplicar o controle de constitucionalidade, mas, no entanto, não julga a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo de *per si*, apenas aprecia a questão concreta e, se for o caso, deixa de aplicá-la por achar inconstitucional àquele caso específico que está decidindo.

Noutras palavras, tem-se que o objeto, no controle difuso, é o caso concreto e não a lei em si, tendo a questão da inconstitucionalidade um aspecto incidental, já que ao julgador não cabe declarar inconstitucional a lei ou ato normativo em tese, mas, tão somente, deixará de aplicá-la ao caso sob *judice*. Esta decisão conterà efeitos vinculantes *inter partes*, ou seja, a sentença ou acórdão valerá apenas contra as partes envolvidas no litígio, visto que a análise difusa de constitucionalidade se constitui como via de exceção ou de defesa, em que a parte alega, por via incidental, a inconstitucionalidade de lei ou qualquer ato normativo na defesa de um direito seu, sob a alegação de que a lei, em que a obrigatoriedade de sua obediência por todos, não será aplicada, excepcionalmente, àquele caso sob pena de confrontar um mandamento maior proveniente da Constituição Federal.

A Constituição Federal de 1988, no seu art. 97⁴, estabelece uma regra chamada de cláusula de reserva de plenário, na qual dispõe que ao ser declarada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, esta deve ser procedida atendendo a exigência de *córum* qualificado, ou seja, o voto concorde da maioria absoluta do total dos membros do tribunal, sob pena de nulidade da decisão.

Esclareça-se, também, que toda vez em que um tribunal observar a inconstitucionalidade da norma, se o órgão for colegiado, a decisão também deverá ser colegiada.

No sistema difuso, autor e réu podem dar encaminhamento a uma ação de inconstitucionalidade, uma vez que, como já foi dito, o caso concreto é *inter partes* e, dessa forma, a eficácia da decisão, que será sentenciada pelo juiz, será aplicável apenas entre as partes envolvidas no processo, tendo efeito retroativo.

A Constituição prevê que poderá o Senado Federal suspender a execução de lei, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Essa competência prevista no artigo 52, X, CF/88⁵, permite a ampliação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade provenientes da via de exceção, ou seja, dos casos concretos. A suspensão da norma considerada inconstitucional será estipulada por meio de resolução do Senado federal por intermédio de provocação do STF, sendo seus efeitos *ex nunc*, os quais vincularão a todos apenas após a publicação da resolução, uma vez que atinge terceiros.

Há, no entanto, um princípio denominado interpretação conforme a Constituição que é uma técnica de interpretação das leis inconstitucionais, utilizada em razão do princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos. Este princípio faz com que a declaração de inconstitucionalidade seja uma medida excepcional, pois não cabe ao juiz deixar de aplicar uma lei por mera suspeita, sem que haja robusta comprovação de sua incompatibilidade vertical.

Assim, cabe ao juiz vislumbrar, antes de declarar a inconstitucionalidade da norma, se existe alguma forma de interpretá-la de modo que seja compatível com a

⁴ Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

⁵ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

I - *omissis*...

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

Constituição. Para que isso ocorra deve ser constatada a existência de mais de uma forma de interpretar o dispositivo legal e que uma delas seja compatível com a Constituição. Essa interpretação se aplica tanto ao controle difuso, como ao concentrado.

1.3.2 O Controle de Constitucionalidade Concentrado

As ações diretas, no sistema concentrado de controle, têm por competência a análise da inconstitucionalidade das leis ou atos normativos federais e estaduais. Aqui não se discute nenhum interesse subjetivo, uma vez que não há partes litigando no processo, do que se conclui que, ao contrário do controle difuso, o concentrado possui natureza objetiva, isto é, o interesse maior da propositura de uma ADIn ou ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) é para discutir se uma lei (em tese) é ou não inconstitucional e na manutenção da supremacia constitucional.

O STF (Supremo Tribunal Federal) é o órgão de cúpula do Poder Judiciário competente originariamente para processar e julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn – seja ela, genérica, por omissão ou interventiva, e, por atribuição, é denominado guardião da Constituição Federal, vez que analisa, julga e declara os atos incompatíveis com a mesma.

A proposição da Ação Direta de Inconstitucionalidade é restrita aos legitimados a tal iniciativa, os quais estão taxativamente listados no art. 103 da atual Constituição Federal⁶.

Ainda com relação à iniciativa para proposição da Ação Direta de Inconstitucionalidade, o STF exige a chamada “Relação de Pertinência Temática”,

⁶ 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.

que nada mais é do que a demonstração da utilidade na propositura daquela ação, reunindo os condições de interesse, utilidade e legitimidade para propô-la. Essa relação de pertinência temática será exigida nos casos em que os legitimados não são universais, é o que ocorre nos casos dos incisos IV, V e IX do referido artigo 103 da Constituição Federal.

São três as espécies de Ação Direta de Inconstitucionalidade, quais sejam: I) a Ação Direta de Inconstitucionalidade genérica, que tem por objeto a decretação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, federal ou estadual, visando retirar da ordem jurídica norma incompatível com as Constituições Federal e Estaduais; II) a Ação Direta de Inconstitucionalidade contra omissão do Poder Legislativo e do Poder Administrativo, sendo que no primeiro caso visa combater a inércia do legislador infraconstitucional, mormente quando a norma legal é exigida pela Constituição Federal, que necessita desse complemento para ter aplicabilidade plena⁷; já no segundo caso, a finalidade é obrigar o administrador a adotar as providências necessárias para tornar efetiva norma constitucional conforme dispõe o art. 103, §2º; e c) a Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva que pode ser federal ou estadual: no primeiro caso será de iniciativa exclusiva do Procurador Geral da República, competindo o seu julgamento, como nas demais ADIns, ao STF (arts. 36, III, 102, I, a, e 129, IV), tem por escopo promover a intervenção da União no Estado membro nos casos previstos na CF/88; a interventiva estadual será proposta pelo Procurador Geral da Justiça do Estado, tendo por objetivo a intervenção do Estado no município, também, nos casos previstos na Constituição.

Uma vez declarada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo em discussão, em sede de ADIn genérica, a decisão terá os seguintes efeitos: *Ex tunc*, retroativo desde a emissão da norma considerada nula; *Erga omnes*, será oponível contra todos; e vinculante, posto que obriga a todos os Poderes e esferas de governo, a agirem em conformidade com a interpretação dada pelo STF após o julgamento daquela matéria constitucional.

Em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, ao se decidir pela inconstitucionalidade o Supremo dará ciência ao Poder ou órgão competente para, no caso de órgão administrativo, adotar as providências necessárias em 30

⁷ São exemplos de normas constitucionais que exigem complemento infraconstitucional: art. 7º, X, XI e XXIII.

dias, de acordo com o disposto no art. 103, §2º da Constituição Federal de 1988⁸. Caso seja o Poder Legislativo declarado omissivo, o procedimento deverá ser o mesmo utilizado para o órgão administrativo, mas sem prazo preestabelecido para que cumpra seu dever de legislar. Uma vez declarada a inconstitucionalidade e dada a ciência ao Poder Legislativo, fixa-se judicialmente a ocorrência da omissão, com seus efeitos.

Os efeitos retroativos da ADIn por omissão são *ex tunc e erga omnes*, permitindo-se, em tese, sua responsabilização por perdas e danos, na qualidade de pessoa de direito público da União Federal, se da omissão ocorrer qualquer prejuízo.

Assim, a decisão na ADIn por omissão contra a administração tem caráter obrigatório ou mandamental, pois o que se pretende constitucionalmente é a obtenção de uma ordem judicial dirigida a esse órgão do Estado. Todavia, contra o Poder Legislativo a decisão, tem-se provocado efeitos meramente declaratórios, vez que ao STF não caberia ordenar a outro Poder que produza determinada norma, sob pena de afronto ao Princípio da Separação dos Poderes, já que legislar é função precípua do Poder Legiferante.

Saliente-se que não cabe a concessão de medida liminar nos casos de ADIn por omissão.

A ADIn interventiva é uma medida excepcionalíssima prevista no art. 34⁹ da Constituição Federal de 1988 e fundamenta-se na defesa da observância dos

⁸ 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.

⁹ Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

I - manter a integridade nacional;

II - repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra;

III - pôr termo a grave comprometimento da ordem pública;

IV - garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação;

V - reorganizar as finanças da unidade da Federação que:

a) suspender o pagamento da dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, salvo motivo de força maior;

b) deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas nesta Constituição, dentro dos prazos estabelecidos em lei;

VI - prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial;

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;

b) direitos da pessoa humana;

c) autonomia municipal;

d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta;

e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

Princípios Sensíveis. São assim denominados, pois sua inobservância pelos Estados-membros ou Distrito Federal no exercício de suas competências, pode acarretar a sanção politicamente mais grave que é a intervenção na autonomia política.

Nesse sentido, sempre que o Poder Público, no exercício de sua competência venha a desrespeitar um dos princípios sensíveis ou qualquer das previsões do supramencionado art. 34, será passível de controle concentrado de constitucionalidade, pela ação interventiva.

Quem decreta a intervenção é o chefe do Poder Executivo, mas depende da requisição do Supremo Tribunal Federal, após o que se limitará a suspender a execução do ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade.

A representação interventiva é uma ação que possui dupla natureza, jurídica e, também, política. Em sendo violado algum dos princípios sensíveis pelo governo e o Supremo Tribunal Federal processar e julgar procedente a representação interventiva, o Presidente da República fica obrigado a expedir o decreto interventivo, susmando os efeitos da lei, para que deixe de utilizá-la por ser inconstitucional, o que se desdobra na sua dimensão jurídica.

Entretanto, caso o governo insista, o Presidente vai expedir um novo decreto afastando o governador do cargo. Destarte, decreta a intervenção federal no Estado-membro ou Distrito Federal, constituindo-se um controle direto, para fins concretos, sendo essa a dimensão política da intervenção.

A ADIn interventiva é provocada por requisição e sendo decretada a intervenção, não haverá controle político, pois a Constituição Federal exclui a exigência de apreciação pelo Congresso Nacional. Sua duração, bem como os limites, serão fixados no Decreto presidencial, até que ocorra o retorno da normalidade do pacto federativo.

Também na Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva, não é viável a concessão de liminar, por causa da gravidade do provimento jurisdicional a ser declarado. .

Há ainda, no sistema de controle concentrado de constitucionalidade brasileiro, outros dois institutos: a Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC – e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF.

A Ação Declaratória de Constitucionalidade é uma modalidade de controle por via direta, concentrado e abstrato. Tem o objetivo de afastar a incerteza jurídica e evitar as diversas interpretações e contrastes que estão sujeitas as leis infraconstitucionais perante o texto constitucional.

Cabe ao Supremo Tribunal Federal, em conformidade com o artigo 102, I, da vigente Constituição, processar e julgar a ação declaratória constitucional. Os legitimados a sua propositura são os mesmos previstos no art. 103 também da CF/88.

Poderá ser objeto desse tipo de ação, lei ou ato normativo federal, pela qual se pretenda reconhecer a compatibilidade entre determinada norma infraconstitucional e a Constituição.

A declaração de constitucionalidade tem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública federal, estadual e municipal.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é uma ação constitucional, pois está prevista na Constituição Federal e funciona como parte integrante e complementar do sistema concentrado. Está prevista no art. 102, §1º e é regulada pela Lei 9.882/1999.

Está previsto, também, no §1º da Lei 9.882/1999 que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental terá a finalidade de "evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do poder público". Entenda-se por preceitos fundamentais, as decisões políticas e rol de direitos e garantias fundamentais.

Nesse sentido, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental tem duas finalidades, a preventiva e repressiva, que visão evitar ou reparar lesão, não só a preceito fundamental, mas também de ato do poder público seja este normativo ou administrativo.

De acordo com o artigo 2º, I da Lei 9.882/99, poderão ajuizar uma ADPF os mesmos legitimados para a ADIn, os quais estão elencados no artigo 103 da CF/88. Os legitimados têm que se ater a alguns requisitos como capacidade postulatória, legitimação universal e a relação de pertinência temática.

Está inserido no §1º, art. 4º da já citada lei o princípio da subsidiariedade que, inclusive, é visto por muitos como uma regra. Nesse parágrafo, pode-se observar que existem requisitos extremamente específicos, os quais tornam essa regra tão

importante que com a ausência deles, não poderia ser proposta uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Assim, diante da possibilidade de se ajuizar a referida ação há de ter em vista a verificação da exaustão de todos os meios eficazes de afastar a lesão no âmbito judicial, visto que o princípio norteador desse instituto é a subsidiariedade. Enfim, é com a rigorosa observação desse princípio que se possibilita a utilização da ação em comento; a qual será utilizada quando não existir nenhum outro meio de caráter objetivo, apto a sanar, de uma vez por todas, a controvérsia constitucional relevante, de forma ampla, imediata e geral.

2 FORMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Voltar-se-á, doravante, ao estudo do conceito de inconstitucionalidade por omissão, haja visto que sua noção é essencial ao desenvolvimento deste estudo. Inicialmente, todavia, tratar-se-á da temática da eficácia ou efetividade das normas constitucionais, pela íntima relação que mantém com a matéria em análise, pois, é importante esclarecer, que não se considera inconstitucional qualquer omissão, mas tão somente as relacionadas àquelas normas constitucionais ditas pela doutrina “não auto-executáveis”, ou “de eficácia limitada”, conforme terminologia tratada adiante.

A eficácia¹⁰ e efetividade estão intimamente relacionadas. Esta vai se dar, necessariamente, dentro dos limites daquela. Sob o prisma das normas constitucionais, é possível dizer que nenhum dispositivo constitucional é destituído de eficácia, visto que gera efeitos jurídicos e serve, no mínimo, de fundamento de validade para a legislação infraconstitucional. Contudo, a despeito de todas terem eficácia, algumas normas constitucionais podem ter sua efetividade obstada, por necessitarem, expressa ou implicitamente, da criação de uma norma infraconstitucional, que lhes dê executoriedade.

Nesse sentido, necessário se faz discorrer a respeito da classificação dos tipos de norma constitucional, no que diz respeito a sua eficácia e para isso é corrente na doutrina pátria a utilização da já antológica classificação desenvolvida por Silva (1998), que as divide em normas constitucionais de eficácia plena, contida e limitada ou reduzida.

As normas de eficácia plena são aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais. Elas têm aplicabilidade direta, imediata e integral sobre os interesses objetos de sua regulamentação jurídica.

Para Ferraz Júnior (1990, p. 11-20) normas de eficácia plena são:

¹⁰ Eficácia, de acordo com o entendimento de Silva (1998, p. 60) é a aptidão do ato jurídico para produzir efeitos; é a disposição, pela norma, de todos os requisitos para sua aplicação aos casos concretos.

[...] aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular. (os remédios constitucionais são exemplos). [Grifos do autor]

São exemplos dessas normas constitucionais auto-aplicáveis que independem de quaisquer regramento ulterior, o art. 1º, parágrafo único¹¹ e art. 5º, I¹² da Constituição Federal de 1988.

Já as normas de eficácia contida, a exemplo das de eficácia plena, conforme a análise de Silva (1998, p. 82-83) “incidem imediatamente e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos, mas prevêem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias”.

Um exemplo clássico citado pela doutrina de norma constitucional de eficácia contida é a previsão do art. 5º, XIII, da CF/88, que dispõe: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Nesse inciso o legislador constituinte garantiu, de acordo com o mencionado dispositivo constitucional “o livre exercício para qualquer trabalho”, no entanto, deixou um viés de abertura para que o legislador derivado possa conter, *a posteriori*, essa demasiada abrangência dada inicialmente à norma constitucional, ou seja, deu-lhes a discricionariedade de restringir, através de lei, o exercício de determinados trabalhos, de acordo com a qualificação exigida para exercê-lo regularmente.

Por último, as normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, as quais não são reguladas de modo completo pela Carta Magna e por isso dependem de normas regulamentadora elaborada pelo Poder Legislativo, Executivo, Judiciário, ou qualquer outro ato do Poder Público. Elas não produzem todos os seus efeitos essenciais para sua plena eficácia com a simples entrada em vigor da Constituição, essas normas têm, pois, aplicabilidade indireta, mediata e reduzida. Isso se dá, segundo Silva (1998, p. 82-83), “porque o legislador constituinte, por qualquer

¹¹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
Parágrafo único: Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

¹² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado”.

Noutras palavras, diz-se de eficácia limitada a norma constitucional que os constituintes não regulamentaram suficientemente todos os seus aspectos, relegando à lei ou ato posterior a estipulação de dispositivos que lhes dêem aplicabilidade. Para ilustrar, Moraes (2003) cita em sua doutrina como um exemplo de norma constitucional de eficácia limitada o já revogado §3º do art. 192 da CF/88¹³.

Dessa forma, o legislador originário criou um dispositivo constitucional inócuo, sem qualquer aplicabilidade fática, até que se criasse em uma futura lei o tipo penal, com sua respectiva sanção, dando àquele mandamento constitucional eficácia plena.

Todavia, essas normas não são desprovidas de toda e qualquer eficácia, o que elas não possuem, como já mencionado, é aplicabilidade na seara fática, mas, na seara jurídica têm o condão de impedir o legislador ordinário de elaborar leis que contrariem o disposto em seu corpo, isto é, o dispositivo constitucional, apesar de não auto-executável, trás em seu bojo as diretrizes para produção de normatização posterior, não sendo lícito, pois, ao legislador infraconstitucional destoar de tal regramento. Ressalte-se, ainda, que são eficazes também em criar para o legislador ou administrador o dever de agir no sentido de preencher a lacuna deixada pelo constituinte.

De acordo com a doutrina as normas constitucionais de eficácia limitada se desdobram em outras duas espécies normativas, quais sejam: normas de princípio institutivo, que são normas constitucionais através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei, como são os casos dos artigos 18, § 2º¹⁴; 22, parágrafo único¹⁵; 25, § 3º¹⁶; 33¹⁷; 37,

¹³ Art. 192 O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre:

I - *omissis*

§3º. As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a 12% ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar.

¹⁴ Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

inciso XI¹⁸ da CF/88; e as de efeito programático que são as normas constitucionais que implementam política de governo a ser seguido pelo legislador ordinário, ou seja, traçam diretrizes e fins colimados pelo Estado na consecução dos fins sociais, como o previsto nos artigos 196; 205; 215; 218, caput todos da Constituição Federal.

Ambas as espécies normativas são ensejadoras da ADIn por Omissão como instrumento hábil para sanar suas lacunas inconstitucionais deixadas pelo constituinte originário. Nesse sentido, é a interpretação de Moraes (2003, p. 631), veja-se:

As hipóteses de ajuizamento da presente ação (ADIn por omissão) não decorrem de qualquer espécie de omissão do Poder Público, mas em relação às normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo e de caráter impositivo, em que a Constituição investe o Legislador na obrigação de expedir comandos normativos. Além disso, as normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade, por dependerem de

§ 1º - *omissis*.

§ 2º - Os Territórios Federais integram a União, e sua criação, transformação em Estado ou reintegração ao Estado de origem serão reguladas em lei complementar.

¹⁵ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - *omissis*.

Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.

¹⁶ Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

§ 1º - *omissis*.

§ 3º - Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.

¹⁷ Art. 33. A lei disporá sobre a organização administrativa e judiciária dos Territórios.

¹⁸ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

I - *omissis*.

XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos;

atuação normativa ulterior para garantir sua aplicabilidade, são suscetíveis de ação direta de inconstitucionalidade por omissão. [Grifos nossos]

Existem, ainda, outras classificações doutrinárias que visam estabelecer um escalonamento do grau de eficácia de cada norma constitucional, no entanto, independentemente da nomenclatura aplicada a cada espécie de norma constitucional, percebe-se com facilidade que serão mais problemáticas no campo da efetividade, aquelas que exigem uma complementação a mais do Estado, seja por intermédio do Legislativo, do Executivo ou do Judiciário.

E é justamente nessa problemática gerada pelas lacunas constitucionais e pela mora dos legisladores ou administradores em produzir leis e atos administrativos necessários à plena eficácia dos mandamentos constitucionais, deixando os jurisdicionados reféns dessa inação estatal, onde reside a omissão inconstitucional objeto maior desse estudo.

Com o objetivo de sanar essa inércia inconstitucional foi que a Constituição brasileira de 1988 inovou duplamente ao criar dois institutos que se prestam a remediar a omissão dos poderes públicos no sentido de concretizar objetivos sociais constitucionalmente estabelecidos e de dar exeqüibilidade a direitos obstados por falta de norma integradora. Trata-se do Mandado de Injunção (CF/88, art. 5º, LXXI) e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º), institutos a cuja análise se procederá detalhadamente, a partir de agora.

2.1 A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e sua regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro

A ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, inovação da recente Lei Fundamental, não é propriamente uma ação autônoma, pois que pode ser considerado um apêndice da já consagrada Ação Direta de Inconstitucionalidade, em sentido amplo, que a Constituição de 1988 dispõe em seu art. 103. Dessa forma, não interessou ao legislador constituinte criar um novo tipo de ação, tencionou

apenas ampliar o alcance daquela já existente, abrangendo o seu alcance jurisdicional.

A Constituição Federal não se estende ao tratar da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, ao contrário disso, faz uma única referência em seu art. 103, §2º¹⁹ que dispõe sobre suas conseqüências, prevendo que após declarada a omissão o Poder competente será informado para que proceda às devidas providências e quando a omissão for proveniente de órgão administrativo, impõem-se que o faça em trinta dias.

Isso é assim, pois se aplica ao procedimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão os artigos constitucionais relacionados a Ação Direta de Inconstitucionalidade genérica, além de alguns dispositivos constantes na Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, a qual dispõe sobre o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

De acordo com o já tratado neste estudo, sabe-se que o constituinte deu maior amplitude ao instituto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, ou seja, além da omissão legislativa, previu também a omissão administrativa. É o que se observa no mencionado art. 103, §2º da atual Constituição Federal.

A Ação Direta Inconstitucionalidade por Omissão é um instituto de controle de constitucionalidade concentrado, por via principal, e abstrato. Nesse sentido, não objetiva à resolução de interesses integrantes de uma lide tencionando satisfazer um determinado direito subjetivo. O oposto disso, caracteriza-se por ser uma ação objetiva, já que trata com o direito em abstrato – em tese – podendo ter por objeto tanto a omissão legislativa quanto a administrativa. Sua finalidade é a proteção do ordenamento jurídico, mediante a efetivação da norma constitucional. E é justamente nessa distinção de objetos, de escopo, que reside a diferença mais marcante entre a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção que será estudado adiante.

¹⁹ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - *omissis*;

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

De acordo com o já explanado, o instituto em estudo ataca a omissão inconstitucional tanto do legislativo, como das administrações. E em sede de omissão administrativa o Supremo Tribunal Federal poderá exigir desse órgão que promova as providências necessárias para sanar a inércia inconstitucional no prazo de 30 dias, sob pena de responsabilidade, conforme estabelecido no §2, art. 103 da CF/88. Tal exigência, contudo, não será possível contra o Poder Legislativo, sob pena de desrespeito ao princípio da Separação dos Poderes, já que legislar é função precípua daquele poder.

A legitimidade processual ativa é a mesma prevista para a Ação Direta de Inconstitucionalidade genérica e para a Ação Declaratória de Constitucionalidade no artigo 103 da CF/88²⁰. Esses mesmos legitimados estão dispostos no art. 2º da Lei 9.868/99, porém, referindo-se apenas a Ação Direta de Inconstitucionalidade.

De acordo com o art. 6º da Lei 9.868/99, recebida a inicial o relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades supostamente responsáveis para adotar as medidas necessárias para o afastamento da omissão inconstitucional. Já o art. 7º da mesma lei diz que o procedimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade não permite a intervenção de terceiros e, uma vez proposta, não se possibilitará, da mesma forma, a sua desistência, é o que estabelece o art. 5º da Lei 9.868/99.

Diferentemente do que ocorre com a Ação Direta de Inconstitucionalidade genérica, não é necessária a atuação do Advogado Geral da União no procedimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, já que não existe ato impugnado a ser defendido, mesmo porque as autoridades competentes pela omissão inconstitucional são chamados a justificar tal omissão, é o que se interpreta do Art. 103, §2º da CF/88 e do art. 8º, primeira parte, da Lei 9.868/99. No entanto, igualmente às demais formas de controle de controle concentrado de constitucionalidade, exige-se a manifestação do Procurador Geral da República

²⁰ 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 Assembleia 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.

antes que o Plenário do STF analise a ação (CF/88, art. 103, §1º e Lei 9.868/99, art. 8º, segunda parte), é o que elucidam Bastos e Martins (1997, p. 263):

O Procurador-Geral da República [...] deverá ser previamente ouvido em todas as ações de inconstitucionalidade, tendo, assim, um papel muito importante na via concentrada, pois, além de poder propor tal ação, deve sua opinião ser ouvida antes da tomada de decisão pelo Supremo.

Pertence às autoridades executivas ou aos órgãos legislativos a legitimidade passiva da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão quando estes permanecem inertes perante o dever de dar exeqüibilidade a norma constitucional.

Note-se que a medida cautelar não se aplica à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, muito embora prevista na Lei 9.868/99, só será aplicada nos casos de Ações Diretas de Inconstitucionalidades genéricas, uma vez que o Supremo entende que é a medida cautelar incompatível com a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Tal posicionamento foi adotado, pois a Suprema Corte²¹ concluiu que se em pronunciamento definitivo, muitas vezes, não há possibilidade de se sanar a omissão, já que um poder não pode dispor da via coativa sobre o outro, também e, logicamente, é incompatível com o objeto imediato da demanda tanto a medida cautelar como a liminar. Entretanto, o Ministro Sepúlveda Pertence, ainda na referida decisão, ressaltou em seu voto que:

[...] caso no futuro se apresente outra ação, tendo, como pedido liminar, não a antecipação de efeitos positivos da futura lei reclamada, mas um pedido cautelar negativo, inibitório de um risco causado pela falta de regulamentação, a matéria poderá ter outra solução.

Como se observa, a ressalva feita não admite uma ação positiva do STF no sentido de dar, provisoriamente, através de cautelar, efeitos de uma norma que ainda não existe, o que se permite, de acordo com o entendimento do Ministro, é o pedido de medida cautelar que objetive inibir o risco causado pela ausência de

²¹ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 361-DF. Rel. Min. Marco Aurélio. 05.10.1990. Revista Trimestral de Jurisprudência, Brasília, n. 133, p. 569-570, ago. de 1990.

regulamentação, é, por assim dizer, uma cautela contra prejuízos que possam ser provocados pela inexistência da norma e não de provimento temporário de norma por parte do Judiciário.

No julgamento da Ação Direta Inconstitucionalidade por Omissão, como nos demais casos de controle concentrado exige-se a chamada cláusula de reserva de plenário, ou seja, se faz necessário que estejam presentes pelo menos 8 dos 11 Ministros do STF para que seja prolatada decisão (Lei 9.868/99, art. 22) e dos 8 Ministros presentes, para que seja proclamada a omissão constitucional, será necessário o voto concorde de pelo menos 6 deles o que perfaz a maioria simples dos 11 Ministros do STF, é o que prescreve o art. 6º da referida lei. Será irrecorrível a sentença do Supremo que declarar a omissão inconstitucional, inclusive, não há a possibilidade nem mesmo de ser movida a ação rescisória, excetua-se, porém, a interposição de embargos declaratórios, conforme estabelece art. 26 da Lei 9.868/99.

Transitada em julgado, a ação de inconstitucionalidade por omissão, gera efeitos *ex tunc*, retroagindo seus efeitos à data em que a omissão se materializou, e *erga omnes*, gerando efeitos contra todos os jurisdicionados do país. Ressalte-se, ainda, importante inovação trazida pela Lei 9.868/99, art. 28, parágrafo único, que diz respeito ao efeito vinculante advindo da decisão da ADIn “[...] em relação aos órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública federal, estadual e municipal”. Antes, o efeito vinculante só era reconhecido para as decisões proferidas em sede de Ação Declaratória de Constitucionalidade, conforme estipula o §2º do art. 102 da CF/88.

Mais uma inovação trazida pela Lei 9.868/99, art. 27²² estabelece que poderá haver uma restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade até o trânsito em julgado da matéria ou em outro momento que seja fixado, caso haja razões de insegurança jurídica ou de excepcional interesse social. Para que isso ocorra é necessário o voto concorde de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal.

A doutrina não recebeu com bons olhos, segundo Ceneviva (2000), essa possibilidade de o Supremo restringir os efeitos das ações diretas e de suspender a

²² Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

eficácia de uma declaração de inconstitucionalidade, com base nos vagos conceitos de razões de segurança jurídica e excepcional interesse social.

Decidido pela omissão inconstitucional, devem ser tomadas as providências previstas no art. 103, §2º da CF/88, sabendo-se, no entanto, que o Princípio da separação dos Poderes impede que o Judiciário fixe prazo para o Legislativo quebrar sua inércia constitucional, o que não ocorre em relação a um órgão administrativo. Neste caso, o agente público de quem se exige uma atuação pode ser responsabilizado, caso desrespeite o prazo de 30 dias constitucionalmente estabelecido. Defende Carrazza (1996, p. 123-124) que “[...] a questão, independentemente de sanções de outra natureza, poderá se resolver, para a parte lesada, em perdas e danos (por inércia do Poder público)” [Destques do autor].

As omissões impugnáveis através do instituto em estudo foram reduzidas pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que ao contrário da maioria da doutrina pátria, entende que a omissão de prestação material não pode ser objeto de ação de inconstitucionalidade por omissão. Dessa forma, apenas medidas de cunho normativos, a exemplo da edição de leis complementares e de atos administrativos, tais como, portarias, regulamentos dentre outros, são exigíveis pela via da ADIn por omissão.

Exclui-se, assim, do âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão a exigência de atos que venham a envolver uma realização material por parte do Poder Público. Entende o Supremo que, nestes casos, não é mais possível uma atuação jurídica, fazendo-se mister um movimento na esfera política; lá deverão ser sopesados os diversos juízos de interesse comum, a fim de que se estabeleçam metas e prioridades para o desenvolvimento social.

2.2 O Mandado de Injunção e sua regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro

A Constituição Federal de 1988 trouxe outra novidade, a qual se refere ao Mandado de Injunção que está incluído entre as garantias fundamentais. Este novel instituto tem por objetivo tornar exeqüível o exercício dos direitos e liberdades

constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania pela via difusa. Nesse sentido é a disposição prevista no art. 5º, LXXI²³.

Ação nos moldes do Mandado de Injunção é novidade não só para o direito pátrio, mas também para o direito comparado, já que não há registro de instituto com as mesmas características e finalidades. No entanto, há alguns autores que querem estabelecer identidade entre o Mandado de Injunção brasileiro com os institutos da *Writs of injunction* norte-americano e inglês, todavia, uma análise um pouco mais profunda revela que a semelhança se restringe à denominação.

A *injuncion* na Inglaterra, nas suas modalidades *prohibitory* e *mandatory*, assemelham-se mais com o interdito proibitório e com a ação cominatória. Assim sendo, não se presta a dar efetividade a direitos que, embora constitucionalmente previstos, dependem de regulamentação para serem desfrutáveis. Em vez disso, entende Pfeiffer (1999, p. 32), que a *injunction* inglesa é cabível em situações de vácuo legislativo completo.

Já o *writ of injunction* estadunidense, ainda de acordo com a lição de Pfeiffer (1999, p. 32), é utilizado para:

[...] coibir o desrespeito às normas constitucionais, Leis ou obrigações contratualmente pactuadas, perfeitamente exigíveis, que independem de regulamentação posterior para surtirem efeitos, ao contrário do mandato de injunção, que, como veremos, é destinado a viabilizar o exercício de direitos previstos em normas constitucionais de eficácia limitada.

Assim, embora os dois institutos (*writ of injunction* e o Mandado de Injunção) visem garantir a efetividade de direitos constitucionalmente postos, o primeiro tutela normas que são auto-aplicáveis, enquanto o segundo é somente utilizado quando há norma carente de exequibilidade e é nisso que reside a fundamental diferença entre os institutos estrangeiro e nacional.

²³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - *omissis*

LXXI - Conceder-se-á Mandado de Injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

O Mandado de Injunção é, dessa forma, a ação constitucionalmente prevista que visa garantir o exercício de direitos e liberdades constitucionais, bem como das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, obstado pela inexistência de norma regulamentadora. Embora, existam autores que entendam ser o rol dos direitos tutelados pelo Mandado de Injunção sejam somente aqueles constantes no art. 5º, bem como os direitos políticos previstos nos arts. 12 a 16, todos da Constituição Federal de 1988. Para Bacha (1995), a ausência de cláusula restritiva na definição do instituto permite inferir que todos os direitos constitucionais estão abrangidos pela sua proteção, inclusive, eventualmente direitos difusos.

Ainda, de acordo com Razza (1996), do mesmo caráter amplo se reveste o entendimento da expressão “liberdades constitucionais”, estando abarcadas pelo Mandado de Injunção as liberdades de manifestação de pensamento, de consciência, de crença, de expressão, de comunicação, de exercício profissional, de associação, de ensino, de pesquisa, de planejamento familiar, mais aquelas dispersas no corpo constitucional, excetuando-se, no entanto, à liberdade de locomoção e de informação, por estarem especificamente tuteladas pelo Hábeas Corpus e pelo Hábeas Data, respectivamente.

Segundo Bacha (1995), por norma regulamentadora, entenda-se qualquer medida que sirva para efetivar norma constitucional, incluindo-se entre elas não só as de natureza legislativa, mas também toda espécie de produção normativa, como decretos, regulamentos, resoluções, portarias entre outros.

Nesse sentido, assevera também Pfeiffer (1999, p. 78):

[...] para ensejar a impetração do Mandado de Injunção pouco importa a natureza do ato; o que é essencial é que este seja de conteúdo normativo e que sua ausência impeça o pleno exercício do direito, liberdade ou prerrogativa constitucional.

Como se vê, para que se lance mão do Mandado de Injunção se faz necessário o preenchimento de alguns requisitos, que de acordo com Caubert (2008, p. 68) são três: “1) a existência de um direito constitucional, inexigível de *per se*; 2) a falta de norma regulamentadora deste direito; 3) e a inviabilidade do exercício ou gozo do referido direito, em decorrência desta falta”.

Destarte, caso não haja a necessidade de mediação normativa para a fruição de um direito constitucional, não caberá o Mandado de Injunção. A ação só é cabível contra omissões legislativas, e nunca contra omissões administrativas, diferentemente do que ocorre com a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão. A deficiência na atuação administrativa não é atacável através de Mandado de Injunção, uma vez que, de acordo com Pfeiffer (1999, p. 79) “[...] a inefetividade do direito não decorre de ausência de legislação, mas da falta de atos materiais do Poder Público”. Para estes casos remédios jurídicos, tal como a ação civil pública, podem ser utilizados.

Perceba-se ainda que, conforme Razza (1996, p. 129), a existência de uma regulamentação inconstitucional e, portanto, inválida, poderá dar ensejo ao Mandado de Injunção, pois, conclui o autor, “a regulamentação inconstitucional equivale à não regulamentação”. Entretanto, o STF tem entendido não ser o Mandado de Injunção o instrumento cabível para sanar tal situação, já que não é o caso de se falar em omissão normativa, posto que existe a norma, a qual, todavia, é inconstitucional e, desse forma, a via natural para atacá-la seria, pois, a ação direta de inconstitucionalidade. Esse entendimento está disposto no julgamento, pela Suprema Corte, do Mandado de Injunção n. 81 – DF²⁴, relatado pelo Ministro Celso de Mello, que em suma assevera:

Não é o Mandado de Injunção a sede adequada para controle de constitucionalidade, sequer *incidenter tantum*. Até porque, sendo a ausência de norma seu pressuposto maior, nem mesmo se pode cogitar dessa indagação.

Para Barroso (1999), não há lei específica que regulamente o procedimento do Mandado de Injunção o que gerou certa celeuma no campo doutrinário, uma vez que não faltou quem alegasse o fato de que o instituto que fora criado para combater a inércia do Poder ou órgão competente para regulamentar normas constitucionais, também não é auto-aplicável, carecendo de normatização complementar.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. “Mandado de injunção n. 81-DF”. Rel.: Min. Celso de Mello. 20.04.1990. Revista Trimestral de Jurisprudência, Brasília, n. 131, p. 963-966, março de 1990.

Entretanto, o STF pacificou entendimento, em diversos julgados, decidindo que o Mandado de Injunção é auto-aplicável²⁵.

O Supremo estabeleceu, também, que o procedimento a ser seguido será o do Mandado de Segurança (Lei 1.533/51), no que for cabível. A doutrina, conforme Filho (1989), complementou essa interpretação do STF, defendendo que não há necessidade de prova pré-constituída no Mandado de Injunção, bem como advoga pela adoção do procedimento ordinário do Código de Processo Civil no art. 282 e ss., sempre que houver necessidade de dilação probatória.

Lembre-se que a possibilidade de se impetrar Mandado de Injunção não caduca, ao contrário do que ocorre com o Mandado de Segurança para o qual existe prazo decadencial, inclusive, como não há previsão constitucional que preveja fixação de tal prazo, também a lei infra-constitucional não poderá fixar.

Para evitar que o impetrante de Mandado de Injunção sofre lesão de difícil ou impossível reparação é cabível, em tese, a concessão de medida liminar, desde que sejam atendidos seus dois pressupostos: o *periculum in mora* e o *fumus boni jûris*. Com base no poder geral de cautela, é cabível, também, a medida cautelar, que está regulada nos arts. 796 a 812 do Código de Processo Civil.

Nesse diapasão, assevera Slaibi Filho (1995, p. 131):

O poder cautelar do órgão judicial decorre do seu próprio poder de julgamento, pois não teria sentido que visse tal poder esvaziado pela impossibilidade jurídica de garantir a autoridade de suas decisões, ainda que futuras.

Será legitimado para impetrar o Mandado de Injunção aquele que se vê privado do exercício de um direito constitucional por falta de norma regulamentadora. Ainda, de acordo com Carrazza (1996, p. 126):

Também estão legitimados a agir as entidades associativas (CF/88, art. 5º, XXI), a Defensoria Pública (CF/88, art. 134) e, quando o direito for coletivo ou difuso, o Ministério Público (CF/88, art. 129, II), os sindicatos (CF/88, art.

²⁵ Brasil. Supremo Tribunal Federal. "Mandado de Injunção n. 107-3-DF". Rel. Moreira Alves. 23.11.1989. Disponível em: <http://200.130.4.20/teor/it.asp?classe=MI&processo=107>. Acesso em 05 de junho de 2008.

8º, III) e as entidades aptas, nos termos do art. 5º, LXX, da CF/88, a impetrem Mandado de Segurança coletivo.

Destarte, como o procedimento estabelecido ao Mandado de Segurança, também é aplicável ao Mandado de Injunção, todos esses supra relacionados serão legitimados para impetrá-lo.

A legitimidade passiva cabe ao Poder Público competente para regulamentar a norma constitucional deficitária. Esse é o entendimento do STF, esposado na decisão do Mandado de Injunção n. 323-8-DF²⁶, relatado pelo Ministro Moreira Alves, o qual dispõe:

Em face da natureza mandamental do Mandado de Injunção [...], ele se dirige às autoridades ou órgãos públicos que se pretendem omissos quanto à regulamentação que viabilize o exercício dos direitos e liberdades constitucionais [...], não se configurando, assim, hipótese de cabimento de litisconsórcio passivo entre essas autoridades e órgãos públicos que deverão, se for o caso, elaborar a regulamentação necessária, e particulares que, em favor do impetrante do Mandado de Injunção, vierem a ser obrigados ao cumprimento da norma regulamentadora, quando vier esta, em decorrência de sua elaboração, a entrada em vigor.

Portanto, conforme esse julgado, os particulares, mesmo que seja devedora da prestação, não fará parte do pólo passivo em sede de Mandado de Injunção, sendo necessários destes, apenas que cumpram com os ditames regulamentares estipulados pelos órgãos públicos competentes.

A Constituição da República Federativa do Brasil procurou concentrar a competência para processamento e julgamento do Mandado de Injunção nos Tribunais superiores, evitando a pulverização de entendimentos inerente às decisões emanadas dos Juízos de primeiro grau. Com a concentração da competência nos Tribunais, o objetivo do legislador constituinte, foi de vedar que o poder decisório se multiplicasse e permitir uma uniformidade de critério na integração das lacunas. Nesse sentido veja em seguida o que prescreve os arts. 102, I, "q" e II, "a"; 105, I "h" e 121, §4º, V, todos da Constituição Federal.

²⁶ Brasil. Supremo Tribunal Federal. "Mandado de Injunção n. 323-8-DF". Rel. Moreira Alves. 08.04.1994. Disponível em: <http://200.130.4.20/teor/it.asp?classe=MI&processo=232> . Acesso em 27 de maio de 2008.

De acordo com o art. 102, I, "q"²⁷, da Carta Magna em vigor, compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente o Mandado de Injunção quando a competência para a normatização suplementar for atribuída ao Presidente da República, ao Congresso Nacional, à Câmara dos Deputados, ao Senado Federal, às Mesas de uma das Casas Legislativas, aos Tribunal de Contas da União, a qualquer um dos Tribunais Superiores, ou ao próprio Supremo Tribunal Federal.

Já a competência derivada da Suprema Corte está prevista no art. 102, II, "a", cabendo-lhe o julgamento, em recurso ordinário, de mandado e injunção decidido em única Instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão.

Ao Superior Tribunal de Justiça, a Constituição Federal estabelece no art. 105, I, "h"²⁸ a competência para julgar, originariamente o Mandado de Injunção quando a competência para a produção normativa for atribuída a órgãos, entidades ou autoridades federais, excetuando-se a competência dos demais Tribunais Superiores, dos Tribunais de Justiça Militar, Eleitorais, do Trabalho e da Justiça Federal.

Além dos dispositivos já citados, apenas o art. 121, § 4º, V da CF/88²⁹, ainda trata da matéria em debate, quando prevê a hipótese de recurso contra decisão

²⁷ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a - *omissis*

q - O Mandado de Injunção, quando a elaboração de norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma das Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal"

²⁸ Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

a - *omissis*

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.

²⁹ Art. 121. Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juizes de direito e das juntas eleitorais.

§ 1º - *omissis*.

§ 4º - Das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais somente caberá recurso quando:

I - *omissis*;

V - denegarem "habeas-corpus", mandado de segurança, "habeas-data" ou mandado de injunção.

denegatória de Mandado de Injunção proferida pelos Tribunais Regionais Eleitorais, o que dá a certeza de que a estas Cortes cabe, igualmente, o julgamento do *writ*.

Entretanto, com relação à competência das Justiças Militar, Trabalhista e Federal, a Constituição nada dispôs, devendo esta matéria, de competência subsidiária dos Tribunais Superiores, ser tratada em lei posterior que vier a disciplinar o instituto. Nesse sentido, é esclarecedor o acórdão do STJ, proferido no Mandado de Injunção n. 12-SP³⁰, relatado pelo Ministro Edson Vidigal:

Não havendo, ainda, norma regulamentadora definindo a competência dos órgãos judiciais relacionados na segunda parte da letra "h" do item I, do art. 105 da Constituição Federal, será ele, até então, do Superior Tribunal de Justiça, ressalvados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal, já especificados no próprio texto constitucional.

Entende dessa forma, também, Meireles (1997, p. 204-205), que assevera:

[...] os juízos competentes para julgar mandado de injunção são o STF e o STJ, remanescendo competência para os demais tribunais e juízos federais ou estaduais, na forma que a lei pertinente vier a dispor.

Saliente-se, por fim, que aos Tribunais de Justiça também foi conferida competência, só que pelas Constituições Estaduais.

No que respeita aos efeitos produzidos pelo Mandado de Injunção, tem-se três correntes doutrinárias distintas, uma que diz que a decisão será meramente declaratória; outra que diz o Judiciário viabilizará o direito, liberdade ou prerrogativa constitucional; e uma terceira corrente afirma que o Judiciário fará a regulamentação com eficácia *erga omnes*.

A primeira corrente defende, em suma, que o Poder Judiciário deve se limitar a declarar a omissão inconstitucional do órgão com atribuição de regulamentar a matéria, dando-lhe ciência de tal declaração para que tome as medidas cabíveis. A crítica a esta corrente denuncia o fato de que tal posicionamento dá tratamento

³⁰ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. "Mandado de Injunção n. 12-SP". Rel. Min Edson Vidigal. 08.06.1989. Revista do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, a. 1, n. 4, p. 1.393-1.401, dez. de 1989.

idêntico ao Mandado de Injunção e à ação direta de inconstitucionalidade por omissão; ainda, a decisão meramente declaratória, por sua inefetividade, constituiria verdadeira denegação de Justiça.

A segunda corrente se divide em subcorrentes, defendendo a primeira delas que o Poder Judiciário deve, na decisão, formular uma regulamentação supletiva, válida apenas para o caso concreto; a segunda subcorrente, como assevera Pfeiffer (1999), defende que o entendimento anterior fere o princípio da economia processual, afirmando que, além da regulamentação supletiva, deve o Judiciário aplicar a norma criada, dando uma ordem de fazer ou não fazer, conforme o caso, dirigida à pessoa física ou jurídica, de direito privado ou de direito público, que estivesse resistindo ao exercício do direito, diante da falta de regulamentação. Esta corrente é a de maior aceitação na doutrina, mas é criticada porque essa regulamentação pelo Poder Judiciário fatalmente vai trazer soluções divergentes, que virão a ferir o princípio da isonomia.

A terceira corrente é a que dá mais amplitude ao instituto, pois prevê que a normatização proferida pelo Judiciário para o caso concreto, deve estender-se a todos os demais casos similares. Critica-se tal posicionamento pela sua demasiada abrangência, tendo efeitos *erga omnes* o que, na verdade, não se coaduna com a natureza do Mandado de Injunção que é um instrumento de controle difuso, incidental e concreto.

No entanto, e de acordo com Caubet (2008, p. 75), a praxes do Supremo tem sido no sentido mais conservador, isto é, de apenas declarar a omissão do Poder Público. Posicionamento esse muito criticado, pois que mitiga a efetividade desse instrumento de controle de omissão inconstitucional, da mesma forma que o faz com a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, tornando-as quase sem efeito algum.

2.3 Principais distinções entre a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção

Como disposto, fica patente que a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção apresentam muitas semelhanças, sendo a principal delas o fato de terem o objetivo de sanarem a omissão ou morosidade inconstitucional do Poder ou órgão competente para produzir normatização necessária a plena fruição dos direitos do cidadão. Entretanto, podem-se estabelecer algumas diferenças entre esta garantia processual (Mandado de Injunção) e a Ação Direta de inconstitucionalidade por Omissão, o que ajudará a compreender melhor estes dois mecanismos processuais.

A primeira diferença consiste na constatação da legitimidade ativa. Enquanto o mandado de injunção pode ser exercido por qualquer pessoa titular do direito, a ação de inconstitucionalidade só poderá ser proposta pelo Presidente da República, as Mesas do Senado, da Câmara Federal e das Assembléias Legislativas, os Governadores de Estado, o Procurador Geral da República, o Conselho Federal da OAB, os Partidos Políticos representados no Congresso Nacional e as Confederações Sindicais ou Entidades de Classe de âmbito nacional.

E outra diferenciação que se poderá fazer será quanto ao objeto. O mandado de injunção visa ao pronto exercício do direito, embora ausente a norma regulamentadora. Tem-se aí uma decisão judicial supridora da omissão para aquele caso concreto colocado sob a apreciação do Poder Judiciário. A ação de inconstitucionalidade por omissão busca a construção da norma ausente por parte do órgão ou Poder competente e o efeito será sempre " *erga omnes*".

3 INEFICIÊNCIA DA ADIN POR OMISSÃO INFLIGIDA AO PODER LEGISLATIVO FEDERAL

Neste capítulo será estudada a eficiência ou efetividade da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADIn por omissão), que se configura, em suma, como instrumento de tutela das normas constitucionais dependentes de complementação infraconstitucional.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, foi uma inovação trazida pelo art. 103, §2º da Constituição Federal de 1988 e se traduz por ser a possibilidade de ataque à omissão legislativa ou administrativa pela via direta.

Como o Mandado de Injunção, a Ação Direta de Inconstitucionalidade é instrumento de defesa contra a omissão e a morosidade do Poder Legislativo e das autoridades administrativas, no tocante ao cumprimento das normas constitucionais. Mas é importante notar que as conseqüências variam conforme a mora seja do Poder Legislativo Federal ou de mero órgão administrativo.

Nesse diapasão, tem-se que enquanto o órgão administrativo sofre uma ordem de cumprimento, com prazo determinado de trinta dias, o Poder Legislativo omissor apenas recebe a comunicação do julgamento da omissão, devendo tomar as medidas necessárias. No caso do Poder Legislativo, não há prazo para suprimento da omissão, enquanto a autoridade administrativa não goza do mesmo privilégio. Assim, pode-se perceber que o legislador constituinte, por algum motivo, cominou conseqüências mais gravosas apenas à omissão administrativa, apesar de ter igual, ou quiçá, até maior gravidade a omissão legislativa.

Sobre esse aspecto é necessário a análise do instituto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão quando manejada contra a inércia inconstitucional do Poder Legislativo Federal, mais especificamente, tratando-se da eficiência ou efetividade daquele instituto infligida a esse Poder. Destarte, será investigado neste capítulo se a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão infligida ao Poder Legislativo Federal tem gerado, até o presente momento, resultados satisfatórios no sentido de que sejam sanadas as omissões inconstitucionais, bem como tenciona-se investigar também os impedimentos a

plena eficiência ou efetividade do referido instituto na consecução de seu mister, bem como suas possíveis soluções.

A resposta virá no curso deste capítulo, ressaltando-se que não tem esse estudo o condão de esgotar o assunto, ao contrário, tratar-se-á, de forma superficial, de alguns aspectos que contribuem para a ineficiência desse instituto jurídico-Constitucional, com o franco objetivo de se abrir o debate essa problemática.

3.1 A correlação entre eficácia, efetividade e eficiência dos efeitos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

Antes de se tratar da problemática gerada pela ineficiência da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão contra o Poder Legislativo Federal, alguns conceitos devem ser esclarecidos, uma vez que influenciam diretamente a temática

Primeiramente, é de se observar que as normas vigentes³¹ e válidas³² dentro de um determinado sistema jurídico terão legitimidade jurídico-valorativa para serem aplicadas a todo ordenamento jurídico. Dessa forma, o fato de que poderão ser aplicadas significa que tais normas possuem aplicabilidade, ou seja, eficácia jurídica. Com isso, afirma-se que a expressão eficácia é traduzida como eficácia jurídica, ou seja, expressa a possibilidade de aplicabilidade da norma, enfim, diz respeito a sua capacidade técnica de produzir efeitos jurídicos práticos.

Por outro lado, há quem entenda o termo eficácia sob outro prisma, tendo seu significado correlação com os fins sociais a serem atingidos pela norma,

³¹ O significado de vigência normativa está afeto à existência formal da norma no mundo jurídico, à sua aplicabilidade jurídica a priori, ou seja, para que uma norma tenha vigência é necessário que resguardem as formas e os procedimentos exigidos para que vigorem aquele ato normativo, bem como a competência do órgão que a emana.

³² Validade normativa denota os significados da norma e à sua coerência e compatibilidade com os conteúdos que lhe são prévios e prevalentes, diz respeito, em última análise, à sua aplicabilidade jurídica *a fortiori* *ratione* (por causa de uma razão mais forte), isto é, para que a norma seja válida, é necessário que satisfaça as condições de validade substancial, as quais resguardam o seu conteúdo, ou seja, o seu significado.

aproximando-se do conceito de efetividade. É o que pensa Nader (1997, p. 110-111) veja-se:

As normas jurídicas não são geradas por acaso, mais visando a alcançar certos resultados sociais. Como processo de adaptação social que é, o Direito se apresenta como fórmula capaz de resolver problemas de convivência e de organização da sociedade. O atributo eficácia significa que a norma jurídica produziu, realmente, os efeitos sociais planejados. Para que a eficácia se manifeste indispensável e que seja observada socialmente.

Como se vê, no estudo do Direito, o termo eficácia apresenta, pelo menos, dois diferentes conceitos: *a priori* o que estabelece certa relação de identidade com a definição de aplicabilidade jurídica da norma, reunindo os atributos de vigência e validade jurídica; e outro que se identifica mais com a consecução dos fins colimados socialmente pela norma, dizendo-se eficaz a norma capaz de produzir os efeitos sociais estipulados. Daí poder-se afirmar que a eficácia pode ser normativa (jurídica) ou social, a depender do aspecto enfocado.

Já o termo efetividade consiste no fato de a norma jurídica ser observada tanto por seus destinatários quanto pelos aplicadores do Direito. Essa conceituação, como já mencionado, confunde-se com a da eficácia social que é o atributo em que se observa se a norma está sendo realmente cumprida. Isso é perceptível quando as pessoas físicas ou jurídicas às quais a norma se destina geralmente obedecem ao preceito normativo. Tal aspecto é perceptível, quando se verifica que os agentes públicos (incluam-se aqui os juizes) a aplicam realmente. Isso pode ser chamado simplesmente de efetividade normativa.

Outrossim, sob um outro prisma, a efetividade da norma jurídica assemelha-se ao sentido de eficiência que, por sua vez, da conta da real produção dos efeitos planejados pela norma, logrando esta atingir as finalidades a que se destina. Essas finalidades, com a vigência e a aplicação social da norma (a primeira dimensão da efetividade), poderão ou não ser atingidas. Nesse sentido, entende-se que essa consecução de finalidades, de objetivos específicos, pode também ser denominada de eficiência normativa.

Assim, tem-se que a amplitude de aplicabilidade e de aplicação de uma norma mede-se por sua eficácia jurídica e por sua efetividade: efetividade no plano de seu real cumprimento e eficiência no plano de atingimento de suas finalidades. Podendo ocorrer que uma norma vigente, juridicamente eficaz, ser efetiva e não atingir suas finalidades, sendo, pois, ineficiente.

Nesse sentido, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão quando proposta contra o Legislativo Federal omissor, será analisada com enfoque no aspecto de sua eficiência, investigando-se, dessa forma, se as disposições constituintes desse instituto são suficientes para promover os seus fins.

3.2 Análise dos óbices quanto à eficiência da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão proposta contra o Legislativo Federal

Como se sabe a Ação direta de Inconstitucionalidade por Omissão visa proteger o sistema jurídico, com o objetivo de preencher as lacunas nele existentes. Entretanto, foram tímidos os efeitos previstos para a decisão em sede de ADIn por Omissão estabelecidos pelo constituinte o que tornou o instituto ineficiente, conforme conceituação supramencionada, pois não tem o condão de atingir o seu escopo, qual seja, de fazer o Poder omissor, principalmente o Legislativo, cumprir o seu mister normativo para que os mandamentos constitucionais tenham plena eficácia.

Verifica-se, dessa forma, que a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão padece de um caráter mais concreto, pois nenhuma sanção é prevista ao Poder que deixar de atender a decisão do Supremo, sendo passíveis de cominação apenas os órgãos administrativos, uma vez ultrapassado o trintídio legal.

A falta de consequência, no caso dessa ação, não preserva o fim maior para o qual foi criado, qual seja, o de afastar a violação à Constituição diante da inércia dos órgãos competentes para regulamentar os preceitos constitucionais, mormente, em se tratando de omissão do Poder Legislativo. Ora, ciente esse Poder para, por exemplo, legislar acerca do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço do

trabalhador (CF/88, art. 7º, XXI³³), poderá simplesmente se manter omissa, prolongando a ofensa à Carta Constitucional, de nada valendo a "censura" do Poder Judiciário que, evidentemente, nenhuma valia terá, posto que não traz qualquer tipo de consequência ao "censurado", sendo, pois, inócua.

Nesse diapasão, tem-se que o maior óbice à eficiência desse instituto de controle das omissões inconstitucionais consiste na falta de coercibilidade das decisões do Poder Judiciário em face, principalmente, do Legislativo. Essa ausência de consequência ocorre, segundo entendimento de parte da doutrina e do próprio Supremo Tribunal Federal, porque não pode o Judiciário obrigar o legislador a legislar, devendo, inclusive, abster-se de desenvolver atividade normativa que lhe é atípica, sob o fundamento de que, caso contrário, estar-se-ia a ofender o Princípio da Separação dos Poderes, previsto no art. 2º da Constituição Federal, que estabelece: "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

Nessa esteira é o posicionamento de Moraes (2003, p. 633):

Nessa hipótese (de ser declarada a inconstitucionalidade por omissão), o Poder Legislativo tem a oportunidade e a conveniência de legislar, no exercício constitucional de sua função precípua, não podendo ser forçada pelo Poder Judiciário a exercer seu *munus*, sob pena de afronta a separação dos Poderes, fixada pelo art. 2º da Carta Constitucional. Como não há fixação de prazo para a adoção das providências cabíveis, igualmente, não haverá possibilidade de responsabilização dos órgãos legislativos. [Grifos nossos]

Vê-se que, essa corrente sustenta que não cabe a imposição de prazo para que o legislador saia de sua inércia e promova a confecção da norma exigida pela Constituição e vai ainda mais além ao defender que o Judiciário não poderá veicular provimentos normativos que se destinem a substituir a faltante norma regulamentadora sujeita a competência, não exercida, do Poder Legislativo.

³³ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I – *omissis*.

XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;

Contudo, em oposição à plausibilidade da tese de que não pode o Judiciário compelir o legislador a exercer sua função precípua e, muito menos, substituí-lo nesse mister, mesmo que temporariamente, sob pena de quebrar a harmonia entre os Poderes, tem-se outra corrente doutrinária defendendo que a previsão de uma cominação contra a omissão inconstitucional do legislativo e mesmo o poder de normatizar, limitado e de vigência temporária, atribuído ao Supremo, não teriam o condão de ferir o mencionado Princípio. É o entendimento de Campos (1987, p.55), ao afirmar que:

O órgão (no caso o Poder Judiciário) que desqualifica, por reputá-los inconstitucionais, os atos de outros poderes, ou tem por inconstitucional a omissão dos mesmos, não interfere na zona de reserva destes, nem toma ingerência em suas competências, nem ofende ao diagrama da divisão de poderes, senão que guarda a supremacia constitucional e a restaura. [Grifos nossos]

Em outros termos, o Judiciário, ao declarar a mora do Legislativo, instando-o a sanar sua inércia, não está interferindo na esfera de outro Poder, mas cumprindo o seu papel, constitucionalmente posto, de guardião da Constituição.

Entretanto, há quem entenda que não é possível obrigar o Poder Legislativo em mora a editar a norma integradora, sob pena de sanção, por falta de previsão expressa na Constituição, segundo Temer (2003, p.40), "[...] tudo indica que o constituinte pátrio confia no estabelecimento de mecanismos regimentais internos no Poder Legislativo, capazes de viabilizar o dispositivo na determinação judicial". Havendo, dessa forma, ante a ausência de disposição constitucional, tão somente o dever ético, por parte do Poder em mora, de editar a norma faltante, não podendo ser forçado pelo judiciário a exercer seu *munus*, sob pena de afronto ao Princípio instituído no art. 2º da Carta Magna.

Ocorre, porém, que a Assembléia Constituinte Nacional de 1988 chegou mesmo a admitir a complementação da norma pelo Poder Judiciário, caso não fosse observado o prazo estabelecido pelo STF para que a norma faltante fosse

produzida. Tais disposições, segundo Farias (2008), constavam no Primeiro Substitutivo do Relator Bernardo Cabral, nos §§ 2º e 3º do art. 149³⁴.

Todavia, a proposta não floresceu justamente por força do referido argumento de que seria uma afronta ao Princípio da Separação dos Poderes. Mas, como já referido, não se estaria a desrespeitar a harmonia entre os Poderes, posto que o Judiciário, por intermédio de seu órgão de Cúpula, estaria exercendo nada mais que a sua função precípua de defender a plena eficácia dos dispositivos constitucionais. Nessa linha é o entendimento de Faria (2007, p. 115-116), ao dispor:

Ocorre que não se pode valorizar tal preceito (**o da Separação dos Poderes**), em detrimento de um outro, não menos importante – o da supremacia da Constituição. Assim, não se há de olvidar que, antes da separação, o que a Lei Ápice mais almeja é uma plena harmonia entre os poderes (CF/88. art. 2º), fixando, com esse objetivo, interferências bem definidas e delimitadas de um sobre o outro, através do já citado sistema de freios e contra pesos. [Grifos nossos]

Ante o exposto, o que se pode deduzir é que a causa maior responsável por se manter um instrumento jurídico (a ADIn por Omissão infligida ao Legislativo Federal) inócuo, por assim dizer, dentro do texto constitucional é a interpretação conservadora, para não dizer equivocada, que se faz do Princípio da Separação dos Poderes, instituído expressamente no art. 2º da Constituição Federal. Não há que se conceber uma separação incisiva dos Poderes, sendo cada um estanque em si mesmo, pois, além de impossível não é saudável para o sistema jurídico nacional. Há de haver, como mencionou o autor supra mencionado, “interferências bem definidas e delimitadas de um sobre o outro”, no que se enquadra perfeitamente o instituto em análise, vez que, do contrário, em termos de efeitos práticos, torna-se inútil esse valoroso instrumento constitucional.

³⁴ Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

§1º. *omissis*

§2º. Declarada a inconstitucionalidade, por omissão, de medida para tornar efetiva norma constitucional, será assinada prazo ao órgão do Poder competente, para a adoção das providências necessárias, sob pena de responsabilidade e suprimimento pelo STF.

§3º. Decorrido o prazo aludido no parágrafo anterior sem que seja sanada a omissão, poderá o STF editar Resolução, a qual com força de lei, vigorará supletivamente. [Grifos nossos]

3.3 Possíveis contribuições para saneamento da ineficiência da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão infligida ao Legislativo Federal

Constatada a ineficiência da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão proposta contra o Legislativo, pergunta-se se era esse o desejo do constituinte quando da criação desse instrumento jurídico. Imagina-se que não, pois a referida ação surgiu, justamente, com a pretensão de tornar a Constituição Federal de 1988 eficaz, cumprida e respeitada em sua integralidade. Nesse diapasão, surge outra indagação quanto a solução para que a mencionada ação produza os efeitos desejados.

O tema é por demais nebuloso, principalmente levando em consideração ser a principal omissão de ordem legislativa, suprida por um dos poderes constituídos, que guarda sua independência no desempenhar de suas atribuições. Dessa forma, o que se pode fazer é sugerir mecanismos que venham, juntos ou separadamente, atribuir eficiência ao instituto analisado.

Dentre as soluções aventadas, Silva (1999) sugere a adoção de uma decisão judicial normativa, para valer como lei, se após certo prazo o legislador não suprir a omissão. Esse entendimento é corroborado, também, por Piovesan (1995), que esclarece que ao instituir a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão no modelo atual, a ordem constitucional divorcia-se de sua sistemática tradicional de controle, que permite eliminar as inconstitucionalidades do sistema jurídico, pois a simples declaração do vício e a ciência ao legislador para que adote as providências necessárias à realização do preceito constitucional não serão suficientes para a efetivação das normas constitucionais.

Destarte, a disposição normativa utilizada de forma suplementar e temporária pelo Judiciário, enquanto o Legislativo produz a norma necessária a dar plena eficácia ao mandamento constitucional, seria medida de grande serventia para o ordenamento jurídico brasileiro. Primeiramente, porque se estaria dando o devido cumprimento ao texto constitucional e ademais pelo fato de que essa medida dispensaria a responsabilização do Legislativo por qualquer dano provocado em virtude da ausência de norma que, inclusive, é de difícil mensuração.

Entretanto, como já relatado no presente estudo, a possibilidade de se produzir uma sentença normativa suplementar pelo Judiciário aterroriza grande parte

dos juristas brasileiros que entendem que haveria uma intromissão indevida de uma Função na seara de outra, infringindo a sua autonomia e, por conseqüência, a própria Constituição Federal. Tais defensores argumentam, ainda, que a sentença normativa seria inviável simplesmente pelo fato de não existir previsão constitucional nesse sentido. Tais entendimentos são compartilhados pela própria Corte Suprema.

O primeiro argumento está superado, conforme explanação supramencionada, a qual assevera, em suma, não ser permissível, sob a alegação de infringência do Princípio da Separação dos Poderes, possa-se obstar o efetivo cumprimento dos mandamentos constitucionais. Já com relação a alegação de falta de previsão constitucional, sugere-se uma Emenda a Constituição nos termos propostos no já referido Substitutivo do então relator Bernardo Cabral á época da elaboração da Carta Magna Nacional.

Por outro lado, é inegável que após o reconhecimento da omissão inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal e, ainda sim, o Legislativo omissivo permanece inerte, estar-se diante de dupla desobediência: inicialmente a do dever previsto na Constituição Federal, fato que poderá estar causando graves prejuízos a terceiros que dependem da norma não produzida pelo Poder Legislativo omissivo para a fruição integral de certos direitos; e depois, porque, como se sabe, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão tem natureza mandamental, não podendo ser acintosamente desobedecida sem que haja uma reprimenda do Judiciário. Nesse sentido, uma obrigação, instituída por sentença judicial, descumprida por uma pessoa jurídica de direito público deve gerar, naturalmente, o dever de reparar pelos danos causados, é o que se depreende do §6º do art. 37 da Constituição Federal de 1988³⁵.

Trata-se do Princípio da responsabilidade objetiva da Administração Pública, entendida esta da forma mais ampla possível para abranger qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Assim, como ocorre no controle da omissão constitucional por meio de Mandado de Injunção, é possível, após a procedência da ADIn, que os prejudicados

³⁵ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§1º. *omissis*.

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

pela mora legislativa acionem, regressivamente, a União Federal, visando à indenização pelos danos causados. Nesse caso, sendo o dano genérico, os legitimados para a ação de perdas e danos serão a associação de classe – desde que autorizada pelos seus representados – ou o Ministério Público, por força de sua função institucional, prevista no art. 129, inciso III, da Constituição Federal, que atribui a função de “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

Nesse sentido, Araújo (2004, p. 46) destaca que:

[...] quer entendendo o problema sob o prisma individual, quer sob o metaindividual, duas regras ficam claras: há um reconhecimento de uma omissão em razão de um dever do Estado descumprido e, pelo princípio da responsabilização, devemos extrair a idéia de que o indivíduo ou o grupo de indivíduos deve ser ressarcido por essa falta do sistema, responsabilizando, se possível, os culpados.

Esse entendimento é compartilhado por parte da doutrina pátria sob o argumento de que terminar o processo com a mera ciência do Poder Legislativo significaria permitir o abuso da omissão inconstitucional, o que é, naturalmente, inadmissível.

Uma outra proposição no sentido de dar plena eficiência a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão quando proposta contra o Legislativo, é a sugerida, também, por Silva (1999), é a de que fosse instituído no Brasil um Tribunal Constitucional, a exemplo do que ocorre em Portugal, com a função, dentre outras, de apreciar e verificar o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exeqüíveis as normas constitucionais. A criação dessa instância constitucional serviria para acalmar o medo daqueles que argumentam que se fosse concedido ao Judiciário a competência de exigir do Legislativo omissos a feitura da norma faltante ou mesmo que sentenciasse normativamente sobre a matéria declarada omissa, até que a omissão legislativa fosse suprida, correr-se-ia o risco de se estabelecer uma ditadura sob o comando daquele Poder, uma vez que não seria o Judiciário quem o iria fazer, mas um Tribunal Constitucional com competência exclusiva para tal.

Ao discorrer a respeito, Silva (1999), mostra-se contrariado pelo fato de a própria Assembléia Constituinte não ter instituído o Tribunal Constitucional no Brasil ao tempo da elaboração da Constituição Federal de 1988. Inobstante a isso, há a possibilidade de se instituir um tribunal político como esse por meio de uma ampla reforma constitucional, o que exigiria um grande esforço jurídico-político, mas traria a recompensa final de solucionar a problemática das normas constitucional ineficazes, dando a devida eficiência ao instrumento apto para tal que hoje se demonstra inócuo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foi disposta neste estudo uma síntese dos principais sistemas de controle de constitucionalidade estabelecidos no estrangeiro e no Brasil, com enfoque mais acurado sobre os tipos e os mecanismos de controle da omissão inconstitucional brasileira. Nesse diapasão, tratou-se, principalmente da Ação direta de Inconstitucionalidade por Omissão, que, conforme preleciona a Constituição Federal de 1988 no supra mencionado art. 103, §2º, poderá ser proposta tanto contra a omissão do legislador, como pela do próprio administrador, quando exerce função normativa.

Todavia, o que se analisou a *miúde* foram os efeitos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão Infligida ao Poder Legislativo, buscando investigar se realmente o referido instituto tem sido eficiente em seu mister de tornar plenamente eficazes as normas constitucionais de eficácia limitada ou programáticas, conforme denominação doutrinária.

Após a referida análise, restou-se constatada a ineficiência da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão Infligida ao Legislativo, vez que os efeitos previstos constitucionalmente e a própria interpretação dada pelo STF ao instituto o tornam inócuo na consecução de sua finalidade maior. De acordo com esse entendimento a sentença judicial, que conclui ser inconstitucional a inércia do legislador infraconstitucional, tem efeitos meramente declaratórios, isto é, o Judiciário, representado por seu órgão de cúpula, não fará nada no sentido de efetivamente sanar o vácuo normativo consequência da morosidade do Poder Legislativo, senão lhe informar o que, logicamente, já tem ciência, ou seja, de que o Poder está em mora com a Constituição Federal, uma vez que não produziu os dispositivos necessários aos sua plena eficácia.

Comprovada a ineficiência do instituto, buscaram-se sugestões no sentido de que se pudesse lhe sanar. Nesse diapasão, indicou-se três hipóteses: a primeira é a possibilidade de que o Judiciário produza uma sentença normativa, quando da declaração da inconstitucionalidade por omissão, com efeitos suplementares e temporários, vigendo até que o legislador exerça sua função; a segunda sugestão da conta da responsabilização do Poder omissor em perdas e danos gerados contra

terceiros prejudicados pela ausência normativa; e, por último, aventa-se a criação de um Tribunal Político com a competência de julgar, entre outras coisas, a omissão legislativa, já que por essa via não se estaria infringindo o Princípio da Separação dos Poderes previsto na Constituição Federal de 1988.

Entretanto, o problema é por demais complexo, nenhuma das sugestões apresentadas são pacificamente aplicáveis. Contra a estipulação de cada uma delas pesam fortes argumentos.

Contra a sugestão de se estipular, através do Judiciário, uma sentença normativa suplementar a atividade legiferante enquanto perdurar a inércia do legislador, pesa o entendimento de que haveria ofensa à separação harmoniosa que deve existir entre as Funções do Poder, vez que o Judiciário estaria a se imiscuir indevidamente na seara de atuação do Legislativo. Argumento amplamente contraditado por parte da doutrina, pois afirmam que não há que existir tamanha intransigência na aplicação desse princípio ao ponto de se negar plena eficácia aos dispositivos da própria Constituição Federal.

No que se refere à idéia da parte lesada reclamar perdas e danos, se o Poder Legislativo inadimplente permanecesse omissivo, de fato, num primeiro momento, tal idéia faz sentido. Entretanto, essa tese esbarra num obstáculo fundamental, qual seja, a quantificação dos pretensos prejuízos. Isso porque, identificar o *quantum* devido a título de ressarcimento por inércia na atuação normativa, de certa forma, é virtualmente presumir qual seria a disciplina que o órgão inadimplente deveria ter editado, para daí extrair o montante que indenizaria o prejuízo experimentado pela pessoa lesada. Ocorre que tal operação, óbvio, esbarra no problema da substituição, pelo juiz, da discricionariedade do legislador quanto às escolhas disponíveis em relação às providências tendentes a desenvolver a aplicabilidade da norma constitucional violada pela omissão.

Por último, resta-se a possibilidade de que seja criado um Tribunal Constitucional político, a exemplo dos países europeus em que é adotado, com o mister de julgar questões relacionadas à Carta Fundamental, buscando sempre sua plena aplicabilidade. Como visto essa seria uma solução que, por um lado, eliminaria o temor de que fosse estabelecida uma ditadura do Judiciário se a este fosse dada a competência para tamanha ingerência nas funções precípua do Legislativo. E, por outro lado, com a instituição desse Tribunal a vigilância da eficácia das normas constitucionais seriam constantes, inclusive, com a

possibilidade de se editar normas suplementares quando houvesse necessidade e até quando o Legislativo a produzisse, diminuindo-se, dessa forma, a possibilidade da provocação do dano e, conseqüentemente, de sua futura mensuração e reparação.

Esbarra essa sugestão, de criação de Tribunal Político para o controle da Constituição, na dificuldade jurídico-política para a sua implementação. O momento e o foro oportuno para tal, teria sido, sem dúvidas, a Assembléia Constituinte de 1988, contudo, não foi a escolha do Poder constituinte originário. Assim, caso haja, realmente, interesse para a implementação desse órgão terá de haver uma sensível reforma na estrutura constitucional brasileira, o que de fato não procede e, por isso, não se vislumbra, nem no curto e nem no médio prazo, uma solução para o caso.

Lembre-se, finalmente, que o tema da inconstitucionalidade por omissão é por demais recente. Neste sentido, o reconhecimento, inclusive, do próprio Poder Legislativo, da existência de tal problema, pela sua positivação, já deve ser considerado um bom avanço. No entanto, a superação do dogma de que o silêncio normativo é incensurável, é uma luta que apenas se inicia, e os tímidos avanços obtidos não garantem um sentido evolucionar progressista, estando sempre latente o perigo de retrocessos, historicamente já verificados, em diversos campos do Direito.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

BACHA, Sergio Reginaldo. "Mandado de injunção". *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: RT, a. 3, n. 11, p. 224-236 abri./jun. de 1995.

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle da Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 1. ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva. 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Elementos de Direito Constitucional*. São Pulo: Saraiva, 1975.

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ivis Gandra. *Comentários a Constituição do Brasil*, v. 4. Tomo 3. São Paulo: Saraiva, 1997.

BRASIL (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2007.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 361-DF. Rel. Min. Marco Aurélio. 05.10.1990. *Revista Trimestral de Jurisprudência, Brasília*, n. 133, p. 569-570, ago. de 1990.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. "Mandado de injunção n. 81-DF". Rel.: Min. Celso de Mello. 20.04.1990. *Revista Trimestral de Jurisprudência, Brasília*, n. 131, p. 963-966, março de 1990.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. "Mandado de injunção n. 107-3-DF". Rel. Moreira Alves. 23.11.1989. Disponível em: <<http://200.130.4.20/teor/it.asp?classe=MI&processo=107>>. Acesso em: 05 jun. de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. "Mandado de injunção n. 323-8-DF". Rel. Moreira Alves. 08.04.1994. Disponível em: <<http://200.130.4.20/teor/it.asp?classe=MI&processo=232>> . Acesso em: 27 de mai. de 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. "Mandado de injunção n. 12-SP". Rel. Min. Edson Vidigal. 08.06.1989. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, Brasília, a. 1, n. 4, p. 1.393-1.401, dez. de 1989.

CANOTILHO, J. J. Gomes. In: Teixeira, Sálvio de Figueiredo. *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

CAPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Frabris, 1984.

CARRAZZA, Roque Antônio. Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. *Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: RT, a. 4, n. 15, p. 123-124. abr./jun. 1996.

CAUBET, Yannick. *Controle de Constitucionalidade por Omissão. Institutos e Óbices a sua eficácia*. 1. ed., Curitiba: Juruá, 2002.

CENEVIVA, Walter. "Inconstitucionalidade interrompida". *Folha de São Paulo*, São Paulo, 29.01.2000. Cotidiano, Letras jurídicas.

FARIA, Luiz Alberto G. de. *Controle da Constitucionalidade na Omissão Legislativa. Instrumentos de Proteção Judicial e seus Efeitos*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2001.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Interpretação e estudos da Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1990.

GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989.

MIRANDA, Jorge. *Manoel de. Direito Constitucional*. Tomo II. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2003.

NEVES, Marcelo. *Teoria da Inconstitucionalidade da Leis*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial Contra Omissão Legislativas*. São Paulo: RT, 1995.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Ação declaratória de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003.