

**HELOÍSA DA SILVA KROL**

**OMISSÃO INCONSTITUCIONAL E CONTROLE JUDICIAL**

**CURITIBA  
2004**

**HELOÍSA DA SILVA KROL**

**OMISSÃO INCONSTITUCIONAL E CONTROLE JUDICIAL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial a obtenção de grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève.

**CURITIBA  
2004**

**TERMO DE APROVAÇÃO**

HELOÍSA DA SILVA KROL

**OMISSÃO INCONSTITUCIONAL E CONTROLE JUDICIAL**

**Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:**

Orientador:



Prof. Clèmerson Merlin Clève  
Departamento de Direito Público, UPPR



Prof. Elizeu de Moraes Correa  
Departamento de Direito Público, UPPR



Prof. Romeu Felipe Bacellar Filho  
Departamento de Direito Público, UFPR

**Curitiba, 20 de outubro de 2004**

## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	iii
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	01
<b>1 NORMAS CONSTITUCIONAIS</b> .....	03
1.1 NORMAS CONSTITUCIONAIS CONCESSIVAS DE DIREITOS.....	05
1.2 PRINCÍPIOS E REGRAS.....	09
1.3 CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS QUANTO À EFICÁCIA.....	12
1.4 ANÁLISE CRÍTICA DAS PROPOSTAS CLASSIFICATÓRIAS.....	14
<b>2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE</b> .....	18
2.1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL.....	20
2.2 CONTROLE CONCRETO.....	21
2.2.1 Procedimento.....	23
2.2.2 Instrumentos hábeis à instauração.....	25
2.3 CONTROLE ABSTRATO.....	28
<b>3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO</b> .....	30
3.1 CONCEITO DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL.....	31
3.2 OMISSÃO TOTAL E PARCIAL.....	34
3.3 MECANISMOS PARA O CONTROLE DAS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS.....	36
<b>4 CONCRETIZAÇÃO JUDICIAL</b> .....	44
4.1 MÍNIMO EXISTENCIAL E RESERVA DO POSSÍVEL.....	44
4.2 LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	49
4.2.1 Legitimidade democrática.....	50
4.2.2 Princípio da separação dos poderes.....	54
<b>CONCLUSÃO</b> .....	58
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	61

## RESUMO

Investiga-se a omissão inconstitucional de atos normativos e materiais impostos pela Constituição Federal para conferir efetividade aos direitos sociais mínimos. Inicia-se o estudo pela análise das normas constitucionais, enfocando as definidoras de direitos fundamentais, especialmente daqueles denominados mínimos e abordando os critérios levantados pela doutrina para distinguir princípios e regras constitucionais. Na seqüência, são analisadas as diversas propostas classificatórias das normas constitucionais quanto ao grau de eficácia e faz-se o confronto destas com a concepção que propugna que na Constituição Federal não se encontram apenas regras, mas também princípios, constatando-se, assim, a falha destas vertentes doutrinárias que, apesar de terem sido importantes num determinado contexto, hoje se prestam apenas a justificar a contenção judicial diante dos direitos sociais mínimos, cuja concretização é mais complexa do que a dos direitos à ações negativas, corolários do Estado Liberal. Feitas estas considerações, passa-se ao estudo do complexo sistema de controle de constitucionalidade pátrio, enfocando a fiscalização concreta, seu procedimento e os instrumentos hábeis à sua instauração. Com base nisto, caminha-se a questão do controle de constitucionalidade por omissão, consagrado expressamente na Constituição de 1988 através da previsão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção. O conceito de omissão inconstitucional para fins de controle de constitucionalidade e a distinção entre omissão total e parcial também são tratados, bem como a possibilidade de extensão de benefício às pessoas, situações e grupos excluídos. Desvenda-se, na seqüência, quais os instrumentos que viabilizam a realização do controle concreto das omissões inconstitucionais tanto normativas quanto administrativas, que, por sua vez, servem de suporte para a concretização judicial dos direitos sociais mínimos. A concretização judicial é possível, mas encontra limites principalmente fáticos (reserva do possível fática), tendo em vista que a carência de legitimidade democrática dos juízes e a violação a separação dos poderes são argumentos afastados quando se trata dos direitos sociais que compõe o mínimo vital.

## INTRODUÇÃO

Enfrentar-se-á o tema das omissões normativas e administrativas (materiais) inconstitucionais e sua sindicabilidade em sede de controle concreto de constitucionalidade, questão esta intimamente vinculada com a busca da máxima efetividade das normas constitucionais concessivas dos direitos sociais mínimos.

Não se nega a possibilidade de efetivação judicial dos direitos sociais que não integram necessariamente o mínimo existencial. Contudo, a abordagem permanecerá restrita a este núcleo mínimo para não fugir do objetivo precípuo deste trabalho que é o estudo do controle concreto da constitucionalidade das omissões do Executivo e do Legislativo e da possibilidade de concretização judicial.

A análise passa pelo reconhecimento da normatividade de todos os preceitos constitucionais e pela recepção dos juízes e tribunais brasileiros da doutrina da aplicabilidade das normas constitucionais e suas variantes<sup>1</sup>, o que acabou engessando o desenvolvimento judicial dos direitos prestacionais, que se enquadram, para a doutrina, via de regra, na categoria das normas de aplicabilidade mediata.

A doutrina da aplicabilidade das normas constitucionais serviu de justificativa inclusive para a não efetivação de direitos à ações negativas<sup>2</sup> e tem sido o argumento mais usado contra a efetivação judicial dos direitos prestacionais<sup>3</sup>.

Conforme já assinalado, as omissões de atos materiais na implementação dos direitos sociais mínimos também serão analisadas, situação em que a tutela coletiva ganha significativa importância.

Diante do problema das omissões normativas e administrativas violadoras dos direitos sociais mínimos, busca-se a saída no controle concreto de constitucionalidade, equiparado, no direito pátrio ao controle difuso<sup>4</sup> e subjetivo.

<sup>1</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Taxa de juros reais. Limite fixado em 12% ao ano. Norma de eficácia limitada. Ação direta de inconstitucionalidade n. 852/PR. Relator: Ministro Ilmar Galvão, DJ 18.10.02.

<sup>2</sup> O maior exemplo é a atribuição de eficácia limitada a norma que reconhece o direito de greve dos servidores públicos (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Direito de greve de servidor público. Mandado de injunção nº485/MS. Relator: Ministro Mauricio Correa, DJ 23.08.02).

<sup>3</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 169.176/SP. Relator: Ministro Moreira Alves, DJ 16.05.97.

<sup>4</sup> Ressalve-se que esta equiparação não é absoluta, pois a ação direta interventiva viabiliza controle concreto e concentrado da constitucionalidade (BARROSO, L. R. **O controle de**

Em face das omissões normativas e administrativas inconstitucionais, defende-se a concretização judicial das normas constitucionais, com efeitos restritos ao caso concreto.

As limitações à viabilização judicial do exercício dos direitos prestacionais estão, não se nega, presentes e serão analisadas na seqüência. Contudo, o que permeia este trabalho é a busca da plena efetivação dos direitos sociais mínimos, sem desconhecer os óbices existentes, porém, visando contorná-los e elegendo como caminho o controle concreto das omissões dos poderes constituídos<sup>5</sup>.

**constitucionalidade no direito brasileiro:** exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 250).

<sup>5</sup> Até porque a análise abstrata dificulta a consideração das reais necessidades dos indivíduos e dos efeitos da decisão (FARIA, J. E. O judiciário e os direitos sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira. In: FARIA, J. E. (org). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça.** São Paulo: Malheiros, 2002, p. 102).

## 1 NORMAS CONSTITUCIONAIS

Não obstante a possibilidade de se estudar a Constituição a partir de múltiplas perspectivas, acolhe-se, nesta monografia, a concepção<sup>6</sup> de que as Constituições são documentos normativos do Estado e da sociedade, justamente por operarem força normativa e vincularem, positiva e negativamente, os poderes constituídos<sup>7</sup>.

Compreender a Constituição como norma fundamental acarreta não apenas o reconhecimento de sua supremacia na ordem jurídica, mas, igualmente, a existência de mecanismos suficientes para garantir esta qualidade, entre estes, a previsão do controle de constitucionalidade por omissão, que se presta justamente a conferir a máxima eficácia às normas constitucionais<sup>8</sup>.

Desta forma, com a adoção da concepção de Constituição como norma, restam superadas as teses que não reconhecem natureza jurídica às normas constitucionais<sup>9</sup> e tratam a Constituição como um concentrado de princípios políticos com eficácia de simples diretivas voltadas aos legisladores<sup>10</sup>.

Já na década de sessenta, SILVA defendia que todas as normas constitucionais possuem certo grau de eficácia, inclusive, as normas denominadas programáticas, anteriormente tidas como meras diretrizes, pois se prestam a coibir a prática de atos que lhes sejam contrários (eficácia negativa)<sup>11</sup>.

<sup>6</sup> Neste sentido, SAMPAIO assevera que há um conceito de Constituição em meio a várias concepções, sendo possível encontrar o substantivo "constituição" ligado a adjetivos como "real", "substancial", "material", "histórica", "universal", "formal", "normativa" e "jurídica" (**A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 09).

<sup>7</sup> CLÈVE, C. M. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 21.

<sup>8</sup> Ibid., p. 23.

<sup>9</sup> Esclarece MORO que os preceitos das Constituições do século XIX não eram considerados normas jurídicas propriamente ditas, pois não poderiam ser invocados pelos juízes na resolução dos casos concretos e eram tidos como conselhos dirigidos ao legislador. Apenas após a Segunda Guerra Mundial, os países europeus passaram a adotar sistemas de controle judicial de constitucionalidade, elevando os dispositivos constitucionais à condição de normas jurídicas vinculantes dos poderes constituídos e aplicáveis pelos juízes. Nos Estados Unidos da América já se registram precedentes de controle judicial desde 1803 (**Jurisdição constitucional como democracia**. Curitiba, 2002. 273 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, p. 184).

<sup>10</sup> CLÈVE, **A fiscalização...**, p. 22.

<sup>11</sup> Segundo SILVA as normas de eficácia limitada também estabelecem um dever para o legislador ordinário; informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social; constituem sentido teleológico para a interpretação, condicionam a atividade da Administração e do Judiciário e criam situações jurídicas de vantagem ou desvantagem (**Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 158).



O reconhecimento da eficácia mínima das normas constitucionais foi revolucionário e de grande valia, merecendo até hoje a devida atenção<sup>12</sup>.

Contudo, assimilada essa lição, há que se avançar para o reconhecimento da eficácia positiva ou simétrica ao menos das normas constitucionais que compõem o núcleo básico do princípio da dignidade humana, ou seja, o conjunto de prestações essenciais às pessoas<sup>13</sup>, tantas vezes relegadas pelos juízes e tribunais no exercício da jurisdição constitucional.

Neste passo, há que se absorver definitivamente a noção de que normas constitucionais são normas jurídicas que integram uma Constituição<sup>14</sup> e que se sobrepõem a todas as normas do ordenamento jurídico<sup>15</sup>.

Reconhecer que as normas constitucionais são normas jurídicas significa aceitar a sua imperatividade, pois todas as normas jurídicas se prestam à produção de algum efeito no mundo dos fatos<sup>16</sup>.

A questão reveste-se de grande importância diante da feição dirigente da Constituição de 1988<sup>17</sup>, que não tratou apenas de instituir o Estado, organizar o exercício do poder político, definir os direitos fundamentais individuais e traçar fins políticos, incorporando também normas que prevêm prestações positivas do Estado<sup>18</sup>.

<sup>12</sup> Em alguns julgados verifica-se que sequer a noção de eficácia mínima foi bem introjetada. Exemplo disto é o entendimento quanto à limitação constitucional dos juros reais prevista no artigo 192, §3 da Constituição Federal, suprimido pela Emenda n. 40 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 4-7/DF. Relator: Ministro Sydney Sanches, DJU 25.06.93). Nem a eficácia negativa do preceito (coibir taxas de juros superiores a 12%) foi reconhecida em vista da falta de norma regulamentadora (MORO, **Jurisdição...**, p. 183).

<sup>13</sup> BARCELLOS, A. P. de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 62.

<sup>14</sup> FERRARI, R. M. M. N. **Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 72.

<sup>15</sup> DINIZ, M. H. **Norma constitucional e seus efeitos**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 04.

<sup>16</sup> BARCELLOS, **A eficácia...**, p. 32.

<sup>17</sup> Observe-se que CANOTILHO decretou a morte da Constituição dirigente alheia à abertura do direito constitucional ao direito internacional e aos direitos supranacionais (Prefácio In: **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001). Ressalva, entretanto, CLÈVE que o Brasil não está vinculado às instituições supranacionais da mesma forma que os Estados europeus, razão pela qual a Constituição continua a desempenhar o mesmo papel, sendo, aqui, essencial para a construção de uma sociedade igualitária (Prefácio In: GEBRAN NETO, J. P. **Aplicação imediata dos direitos e garantias individuais: a busca de uma exegese emancipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 09-11).

<sup>18</sup> A eficácia horizontal não será abordada. Contudo, advoga-se que os direitos fundamentais também vinculam os particulares (SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 337).

A jurisdição constitucional exerce significativo papel na efetivação das normas constitucionais concessivas de direitos, notadamente, na realização do controle concreto de constitucionalidade, que não tem por finalidade a defesa da Constituição objetivamente considerada, mas do direito subjetivo dos jurisdicionados<sup>19</sup>.

E é justamente a possibilidade de concretização judicial, em sede de controle concreto de constitucionalidade, das normas constitucionais concessivas de direitos sociais mínimos que se pretende investigar.

### 1.1 NORMAS CONSTITUCIONAIS CONCESSIVAS DE DIREITOS

BARROSO agrupa os direitos fundamentais em quatro categorias: direitos políticos, direitos individuais, direitos sociais e direitos difusos<sup>20</sup>.

Assevera o autor que os direitos públicos subjetivos sempre correspondem a um dever jurídico, podendo ser exigido o cumprimento do direito violado através de ação judicial<sup>21</sup>.

ALEXY, por sua vez, aponta que as normas de direitos fundamentais atribuem aos indivíduos três posições jurídicas básicas: direitos a algo, liberdades e competências<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> CLÈVE, **A fiscalização...**, p. 77-78.

<sup>20</sup> BARROSO, L. R. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 7.ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 99. A classificação de tais direitos de acordo com a ordem cronológica de sua incorporação nas Declarações de Direitos e Constituições é corrente. Com as revoluções americana e francesa do final do século XVIII, surgiram os direitos de primeira geração consistentes nas liberdades e no direito de propriedade. No século seguinte, iniciou-se a luta pelo reconhecimento dos direitos sociais, ditos de segunda geração, que visavam assegurar condições de existência material digna para os trabalhadores. Posteriormente, surgiram reclamos por uma nova geração de direitos, pertencentes não ao indivíduo, mas à coletividade, como o direito à paz, ao desenvolvimento e ao meio ambiente, tendo estes direitos sido incorporados às diversas Constituições, inclusive na brasileira. Aponta-se também uma quarta geração de direitos fundamentais, entre estes o direito à democracia, à informação e ao pluralismo político (BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 518-524).

<sup>21</sup> BARROSO, op. cit., p. 104.

<sup>22</sup> As liberdades jurídicas consistem em posições jurídicas subjetivas que habilitam o indivíduo tanto a agir como a não agir de determinada maneira e as competências criam a possibilidade de atos jurídicos e a capacidade de modificar situações jurídicas, bem como uma posição de sujeição para aquele em face do qual a competência é exercida e, por decorrência, uma posição de não sujeição fora do âmbito da competência concedida (ALEXY, R. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1997, p. 186-244).

Observa-se, todavia, que um mesmo dispositivo da Constituição pode trazer normas de direitos fundamentais que atribuam posições jurídicas subjetivas diferenciadas ao seu titular<sup>23</sup>.

Interessa para este trabalho a primeira categoria. Segundo ALEXY os direitos a algo englobam os direitos à ações negativas e à ações positivas por parte do Estado. Os direitos à ações negativas abarcam os direitos a que o Estado não impeça determinadas ações, não afete determinadas propriedades ou situações e não elimine determinadas posições jurídicas do titular do direito. Os direitos às ações positivas se dividem em direitos à prestações fáticas e direitos à prestações normativas<sup>24</sup>.

A concretização judicial das normas concessivas de direitos fundamentais enfrenta obstáculos diferenciados de acordo com a natureza de cada uma. As normas que atribuem posições jurídicas de liberdade e direitos à ações negativas não oferecem dificuldades especiais. O juiz diante de um caso concreto pode tornar realidade liberdades ou direitos à ações negativas previstos na Constituição mesmo que falte lei regulamentadora, pois se exige apenas uma abstenção por parte do Estado<sup>25</sup>.

As normas que atribuam competências também são passíveis de efetivação judicial sem maiores dificuldades, desde que exista a estrutura material necessária para o exercício da competência atribuída. Caso não haja esta estrutura, o juiz deverá levar em conta as possibilidades financeiras, pois haverá necessidade de criação de tal estrutura ou de mecanismos substitutivos<sup>26</sup>.

Os direitos às prestações normativas são direitos à imposição de normas. Não é possível que o Judiciário faça às vezes do Legislativo, pois não pode editar

<sup>23</sup> Exemplificando, do disposto artigo 5º, *caput* da Constituição Federal pode-se extrair: a) norma que veda a pena de morte, ou seja, um direito a ação negativa; b) norma que atribuir ao particular o direito a ação positiva do Estado para obstaculizar que terceiros lhe ameacem a vida; c) norma que atribui ao particular direito a ação negativa do Estado para não privá-lo dos meios necessários para sua subsistência; d) norma que atribui ao particular direito a ação positiva do Estado que lhe assegure a sobrevivência, como direito a tratamento médico gratuito, quando não dispuser dos meios materiais para arcar com as despesas (MORO, S. F. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 104).

<sup>24</sup> ALEXY, **Teoria...**, p. 189.

<sup>25</sup> MORO, **Desenvolvimento...**, p. 105.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 106.

normas jurídicas em caráter geral e abstrato. Contudo, sendo viável alguma forma de atividade substitutiva, torna-se possível a efetivação judicial<sup>27</sup>.

Os direitos às prestações fáticas são identificados com os direitos sociais<sup>28</sup>. Exigem o comportamento ativo por parte do Estado. A efetivação judicial destes direitos depende de condições materiais, razão pela qual se entende comumente que o Judiciário não pode desenvolvê-los e efetivá-los, pois apenas o Executivo e o Legislativo encontram-se legitimados para a elaboração do orçamento público<sup>29</sup>.

Retornar-se-á ao tema no capítulo 4, mas vale o registro de que os limites apostos à concretização judicial dos direitos prestacionais não são de todo intransponíveis, pois embora seja ampla a liberdade do legislador na elaboração do orçamento, este não deve descuidar-se das exigências constitucionais, notadamente no que concerne aos direitos sociais mínimos<sup>30</sup>.

Verifica-se que dentro do conjunto de direitos prestacionais há um núcleo essencial que a doutrina denominou mínimo existencial. Esta construção doutrinária se respalda no princípio da dignidade da pessoa humana e no direito à vida, à integridade física e a liberdade<sup>31</sup>. Assim, atribui-se ao indivíduo o direito subjetivo de exigir do Estado prestações que garantam uma existência digna<sup>32</sup>.

<sup>27</sup> MORO, **Desenvolvimento...**, p. 106. Acerca do direito subjetivo à prestações normativas, entende-se que não se cuida de direito à emanção de normas jurídicas gerais e abstratas, mas sim de dever específico do Legislativo de disciplinar determinada matéria. Caso o legislador permaneça inerte, cabe ao Judiciário possibilitar a fruição do direito assegurado constitucionalmente (HAGE, J. **Omissão inconstitucional e direito subjetivo: uma apreciação da jurisprudência do STF sobre o Mandado de Injunção à luz da doutrina contemporânea**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 70).

<sup>28</sup> Tem-se, entretanto, que mesmo os direitos sociais podem compreender posições jurídicas subjetivas não coincidentes com os direitos à prestações, como direito de greve (MORO, *op.cit.*, p. 108). No mesmo sentido, BARROSO assevera que as normas que os consagram investem os jurisdicionados em posições jurídicas de três grupos: as que geram situações prontamente desfrutáveis, dependentes apenas de uma abstenção, como o direito de greve; as que ensejam a exigibilidade de prestações positivas do Estado, como à proteção da saúde e previdência social, observando que a ausência de prestação será sempre inconstitucional e sancionável e posições jurídicas que contemplam interesses cuja realização depende da edição de norma infraconstitucional integradora, ressaltando que a Constituição não delega ao legislador competência para conceder os direitos, concedendo ela própria. Portanto, ao legislador incumbe tão somente instrumentalizar sua realização e faltando com este dever dá ensejo a inconstitucionalidade por omissão (**O direito...**, p. 108-112).

<sup>29</sup> MORO, **Desenvolvimento...**, p. 109.

<sup>30</sup> *Id.*

<sup>31</sup> SOUZA NETO, C. P. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução à luz do princípio democrático. **Arquivos de direitos humanos**, v. 4., p. 38, 2002.

<sup>32</sup> KRELL, A. J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional 'comparado'**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 62.

TORRES entende o mínimo social como *conditio sine qua non* às condições iniciais da liberdade, pois sem estas cessam as possibilidades da própria sobrevivência. Desta forma, o autor afirma que os direitos à alimentação, saúde e educação adquirem o *status* de direitos fundamentais no que toca à parcela mínima sem a qual o homem não sobrevive<sup>33</sup>.

BARCELLOS analisa os efeitos que a consagração constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana pretende produzir no mundo dos fatos para identificar seu conteúdo básico. Neste núcleo encontra-se o conjunto de prestações materiais essenciais sem as quais o indivíduo se encontrará abaixo da linha da dignidade. Conclui, a autora, que o mínimo existencial é composto de quatro elementos: educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados e acesso à Justiça (elemento instrumental)<sup>34</sup>.

Aliás, observa BARCELLOS que há um consenso de que uma pessoa não tem a sua dignidade respeitada “se não tiver o que comer ou o que vestir, se não tiver oportunidade de ser alfabetizada, se não dispuser de alguma forma de abrigo”<sup>35</sup>.

No mesmo sentido, KRELL aponta que o mínimo existencial incluirá sempre um atendimento básico e eficiente de saúde, o acesso à alimentação e vestimentas, à educação fundamental e à moradia<sup>36</sup>.

Advoga-se que não repousa em argumentos científicos a resistência à efetivação, por via coercitiva, dos direitos sociais mínimos, apesar de ser mais complexa do que a efetivação das demais categorias de direitos<sup>37</sup>.

<sup>33</sup> TORRES, R. L. **Os direitos humanos e a tributação**: imunidades e isonomia. Rio de Janeiro: Revonar, 1995, p. 133.

<sup>34</sup> BARCELLOS, **A eficácia...**, p. 258. Em sentido contrário, TORRES destaca que o mínimo existencial carece de um conteúdo específico, podendo abranger qualquer direito, desde que considerado em sua dimensão essencial e inalienável (O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de direito administrativo**. n. 177, jun./set.1989, p. 29).

<sup>35</sup> BARCELLOS, **A eficácia...**, p. 255.

<sup>36</sup> KRELL, **Direitos sociais ...**, p. 63.

<sup>37</sup> BARROSO, **O direito ...**, p. 107.

## 1.2 PRINCÍPIOS E REGRAS

As normas constitucionais são classificadas quanto a sua estrutura em princípios e regras<sup>38</sup> e esta distinção ganha significativa importância no que toca os limites e possibilidades de concretização judicial<sup>39</sup>.

Quando esta distinção não é percebida passa-se a encarar o direito como um conjunto de regras incidentes diante da consolidação no mundo dos fatos dos estritos termos da hipótese de incidência. Em crítica à doutrina positivista de HART, DWORKIN alerta também para a existência de princípios, que possibilitam a resolução de casos complexos para os quais o juiz não consegue identificar nenhuma regra aplicável<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> BARCELLOS, **A eficácia...**, p. 43. Não se desconhece outras classificações doutrinárias das normas constitucionais. ÁVILA aponta que as normas jurídicas se dividem em princípios, postulados e regras. Para o autor as regras são normas imediatamente descritivas de comportamentos e os princípios são imediatamente finalísticos, já os postulados normativos aplicativos se voltam para a forma de aplicação das outras normas jurídicas, isto é, não existem por si, mas como instrumentos de aplicação dos outros dois tipos de normas: as regras e os princípios (**Teoria dos princípios**. 4.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 89). DWORKIN, por sua vez, além de distinguir princípios e regras quanto às dimensões de peso e validade, alerta também para as diferenças existentes entre princípios e diretrizes políticas. Enquanto os princípios representam *standarts* decorrentes de exigências éticas e de justiça, as diretrizes políticas veiculam objetivos comunitários. Advoga, o autor, que os juizes só podem invocar os princípios como razões de decidir, deixando os programas de lado, sob pena de incorrer em postura ilegítima (**Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36). Entretanto, MORO observa que esta distinção deve ser compreendida em consonância com a teoria de direitos de DWORKIN, para quem decisões acerca da existência de direitos não são tomadas com base em argumentos relativos à política comunitária, mas sim aos princípios morais e de justiça. Ressalta, também, que não é possível que os juizes permaneçam alheios aos argumentos de política comunitária quando as Constituição (dirigentes) veiculam expressamente programas de ação pública (**Desenvolvimento...**, p. 47). Outra distinção é entre princípios, normas e valores. Para FREITAS, princípio é a diretriz basilar de um sistema jurídico, que se traduz numa disposição hierarquicamente superior, do ponto de vista axiológico, em relação às normas e aos próprios valores, tratando-se de linhas mestras de acordo com as quais se deverá guiar o intérprete quando se defrontar com antinomias jurídicas. As normas, para o autor, são preceitos menos amplos e axiologicamente inferiores, que devem se conformar aos princípios. Já os valores tem quase o mesmo significado dos princípios, diferenciando-se pelo fato destes, apesar de serem encarnações de valores, terem a forma mais elevada de diretrizes, o que falta aos valores, ao menos em grau de intensidade (**A interpretação sistemática do direito**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 48). Trabalhar-se-á, nesta monografia, apenas com a distinção entre princípios e regras para não fugir do tema inicialmente proposto. O que se busca com esta distinção é demonstrar a insuficiência das propostas classificatórias das normas jurídicas quanto ao grau de eficácia, tema analisado no item 1.3 e 1.4.

<sup>39</sup> MORO, **Desenvolvimento...**, p. 39.

<sup>40</sup> DWORKIN, **Levando...**, p. 17.

Entretanto, não é das mais fáceis a tarefa de distinguir princípios e regras constitucionais, tendo a doutrina levado em conta comumente os seguintes critérios distintivos<sup>41</sup>.

O primeiro distingue as normas quanto o conteúdo, apontando que os princípios estão mais próximos da idéia de valor e de direito, formando uma exigência da justiça, da equidade ou da moralidade, em oposição às regras que têm conteúdo diversificado<sup>42</sup>.

Quanto à origem e validade diferenciam-se pelas regras derivarem-se de outras regras ou dos princípios, enquanto os princípios decorrem de seu próprio conteúdo<sup>43</sup>.

No que pertine ao compromisso histórico, os princípios seriam universais, absolutos, objetivos e permanentes, ao passo que as regras se caracterizam pela contingência e relatividade de seus conteúdos, dependendo do tempo e lugar<sup>44</sup>.

Com relação à função no ordenamento, os princípios desempenhariam função explicadora e justificadora em relação às regras, sintetizando uma grande quantidade de informação de um setor ou de todo o ordenamento<sup>45</sup>.

Quanto à estrutura lingüística, os princípios são mais abstratos que as regras, deixando normalmente de descrever as condições necessárias para sua aplicação, razão pela qual aplicam-se a um número indeterminado de situações, ao contrário das regras<sup>46</sup>.

<sup>41</sup> CANOTILHO enuncia critérios distintivos semelhantes aos analisados nesta monografia, quais sejam: "a) grau de abstracção: os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado, de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida; b) grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? do juiz?) enquanto as regras são susceptíveis de aplicação direta; c) carácter de fundamentabilidade no sistema das fontes do direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema de fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípios do Estado de Direito); d) proximidade da idéia de direito: os princípios são 'standarts' juridicamente vinculantes radicados nas exigências de 'justiça' (DWORKIN) e na 'idéia de direito' (LARENZ), as regras podem ser normas vinculativas com um carácter meramente funcional; e) natureza normogénica: os princípios são fundamento das regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundante." (**Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993, p. 166).

<sup>42</sup> BARCELLOS, A *eficácia...*, p. 48.

<sup>43</sup> Id.

<sup>44</sup> Id.

<sup>45</sup> Ibid., p. 49.

<sup>46</sup> Id. Afirma MORO que o grau de generalidade não diminuiu a força normativa dos princípios, pelo contrário, autoriza a abertura necessária para sua constante atualização,

Os princípios exigem atividade interpretativa e argumentativa mais intensa para precisar seu sentido e a solução que propõe para o caso, ao contrário das regras que demandam apenas uma aplicabilidade direta<sup>47</sup>.

Por fim, quanto à aplicação, verifica-se que as regras aplicam-se pelo modelo do “tudo ou nada”<sup>48</sup>, ou seja, dado o substrato fático típico, as regras só admitem duas espécies de situações: ou se aplicam ou não se aplicam, não admitindo gradação<sup>49</sup>. Já os princípios determinam que algo seja realizado na maior medida possível, o que possibilita aplicação mais ou menos ampla de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas do caso<sup>50</sup>.

Conforme ALEXY, a realização completa de um princípio pode ser obstada pela realização de outro princípio em caso de colisão, que deve ser resolvida por meio de um sopesamento para que se chegue a um resultado ótimo que vai depender das variáveis do caso concreto, diferenciando-se, neste ponto, das regras em razão destas expressarem direitos e deveres definitivos, ou seja, se uma regra é válida deve-se realizar exatamente aquilo que ela prescreve, nem mais, nem menos<sup>51</sup>.

possibilitando a utilização destas normas para resolução de problemas do presente sequer pensados pelo constituinte (**Jurisdição...**, p. 145). No mesmo sentido: GEBRAN NETO, **Aplicação...**, p. 118.

<sup>47</sup> BARCELLOS, **A eficácia...**, p. 50. Observe-se que tanto as regras quanto os princípios pressupõem uma interpretação, apesar de possuírem estruturas distintas. Após a interpretação, a regra já é subsumível e os princípios ainda poderão entrar em colisão com outros princípios, exigindo-se o sopesamento para harmonizá-los (SILVA, V. A. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista latino-americana de estudos constitucionais**, n. 1, p. 612, jan. /jun. 2003).

<sup>48</sup> ÁVILA critica esta concepção de que as regras são aplicáveis no modelo do “tudo ou nada”, pois entende que existem regras mais ou menos vagas ou ambíguas, razão pela qual não podem ser imediatamente implementadas (A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever da proporcionalidade. **Revista de direito administrativo**, n. 215, p. 161, jan. /mar. 1999). SILVA observa que ÁVILA equipara, para fins da consideração acima exposta, “tudo ou nada” com “imediatez” e também desconsidera a distinção entre texto e norma. Argumenta que ser passível de interpretação é uma característica de textos que exprimem tanto regras quanto princípios (**Princípio...**, p. 617).

<sup>49</sup> Desta forma, as regras ou valem e são aplicadas em sua inteireza ou não valem e não são aplicáveis, ao passo que quanto aos princípios esta indagação não é pertinente, pois tem prevalência o princípio que for, para o caso concreto, mais importante, que tiver maior peso, sem que esta prevalência implique na invalidade do princípio que não se sobrepôs, pois este apenas não teve peso suficiente para ser decisivo naquele caso concreto (DWORKIN, **Levando...**, 43).

<sup>50</sup> Segundo CANOTILHO “os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com os vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos, as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõe, permite, proíbem) que é ou não é cumprida; a convivência dos princípios é conflitual, a convivência das regras é antinômica. Os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. Os princípios suscitam problemas de validade e peso, as regras colocam apenas questões de validade – se elas não são corretas devem ser alteradas” (**Direito...**, p. 167).

<sup>51</sup> ALEXY, **Teoria...**, p. 75.



BARCELLOS, todavia, faz a distinção entre princípios e regras com base nos seguintes critérios não cumulativos: os efeitos que as normas pretendem produzir e os meios aptos a alcançar esses efeitos<sup>52</sup>.

Os efeitos que os princípios pretendem produzir são relativamente indeterminados. A partir de um núcleo básico estes efeitos variam em função de concepções políticas, ideológicas, religiosas e filosóficas e também porque há várias situações não previstas às quais poderão incidir<sup>53</sup>.

O segundo critério reside no seguinte: ainda que o efeito pretendido por um princípio seja determinado, os meios para atingir tal feito são múltiplos<sup>54</sup>.

No que concerne aos direitos sociais mínimos, BARCELLOS entende que têm natureza de regra, razão pela qual se as condições materiais que compõe este núcleo inexistirem, não há o que ponderar, pois a dignidade humana terá sido violada. Os demais direitos prestacionais assumiriam a natureza de princípio, estabelecendo fins relativamente indeterminados, que podem ser atingidos de diversas formas<sup>55</sup>.

### 1.3 CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS QUANTO À EFICÁCIA

A doutrina constantemente tece propostas classificatórias sob o enfoque da eficácia jurídica das normas constitucionais, questionando se todas as normas constitucionais estão aptas a produzir os efeitos, ou seja, se todas têm aplicabilidade<sup>56</sup>.

<sup>52</sup> BARCELLOS, *A eficácia...*, p. 51.

<sup>53</sup> Exemplifica a autora com o princípio da dignidade da pessoa humana. O núcleo essencial é estabelecer que as pessoas tenham vida digna. Desta colocação várias conclusões podem ser tiradas. A primeira é pacífica: matar indiscriminadamente as pessoas viola a dignidade humana. Contudo, conclusões em torno da pena de morte, eutanásia e aborto variam (BARCELLOS, *A eficácia...*, p. 52-53).

<sup>54</sup> Usa como exemplo a norma que determina à ordem econômica a busca do pleno emprego. Não há uma indeterminação dos efeitos que pretendem produzir, seu propósito é claro: que todos tenham emprego. Contudo, este resultado pode ser alcançado de várias maneiras (Ibid., p. 54).

<sup>55</sup> Ibid., p. 194. Há que se fazer ressalva à distinção entre princípios e regras proposta por FREITAS. O autor vê os princípios como diretrizes peculiares e geradoras dos direitos, hierarquizáveis, em razão disto, como preponderante no cotejo com as regras, sendo a melhor interpretação aquela que não aspire a uma inflexível única resposta correta (A melhor interpretação constitucional *versus* a única resposta correta. *Revista latino-americana de estudos constitucionais*. n. 2, jul./dez. 2003, p. 283).

<sup>56</sup> FERRARI, *Normas...*, p. 101-125. PIOVESAN identifica o conceito de aplicabilidade das normas com o de eficácia jurídica, tratando ambas como a possibilidade da norma ser aplicada, de produzir efeitos jurídicos (**Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de

No direito pátrio, BARBOSA classificou as normas constitucionais levando em conta sua aplicabilidade independentemente de providências legislativas em auto-executáveis e não auto-executáveis, inspirando-se, o autor, na doutrina norte-americana<sup>57</sup>.

MIRANDA classificou-as em normas bastantes em si e normas não bastantes em si, conforme dependessem ou não de regulamentação para sua aplicação<sup>58</sup>.

SILVA, com base na doutrina italiana e na premissa de que todas as normas constitucionais revestem-se de aplicabilidade, embora em grau variável, propôs uma divisão tricotômica das normas constitucionais em normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata, de eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas passível de restrição e eficácia limitada e aplicabilidade mediata, compreendendo, aqui, as normas definidoras de princípio institutivo e as definidoras de princípio programático, que dependem de integração infraconstitucional para operarem efeitos positivos<sup>59</sup>.

Partindo desta classificação de SILVA, outras foram desenvolvidas.

BASTOS e BRITO classificaram as normas constitucionais tendo em conta o seu modo de incidência em normas de mera aplicação e normas de integração e quanto à produção de efeitos em normas de eficácia parcial e normas de eficácia plena, que podem ser inintegráveis e restringíveis<sup>60</sup>.

DINIZ classificou as normas constitucionais em normas com eficácia absoluta, normas com eficácia plena, normas com eficácia relativa restringível e normas com eficácia relativa complementável ou dependentes de complementação.<sup>61</sup>

As normas com eficácia absoluta correspondem às normas intangíveis, sendo um limite ao poder constituinte derivado, enquanto que as normas com eficácia plena, as normas com eficácia relativa restringível e as normas com eficácia relativa

inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 59). Já a eficácia social designa a situação da norma vigente ser efetivamente aplicada aos casos concretos (BARROSO, *O direito...*, p. 105).

<sup>57</sup> BARBOSA, R. *Comentários à Constituição de 1967*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 1933, p. 488 *apud* PIOVESAN, *Proteção...*, p. 62.

<sup>58</sup> MIRANDA, P. *Comentários à constituição de 1967*. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 126.

<sup>59</sup> SILVA, *Aplicabilidade...*, p. 82.

<sup>60</sup> BASTOS, C. R.; BRITO, C. A. *Interpretação e aplicação das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 122.

<sup>61</sup> DINIZ, *Norma...*, p. 97.

complementável equiparam-se às normas de eficácia plena, contida e limitada da classificação de SILVA<sup>62</sup>.

MELLO identificou as posições em que os administrados podem se encontrar em decorrência do contido nas normas constitucionais, concluindo que as normas constitucionais alocam-se em três categorias, quais sejam: normas concessivas de poderes jurídicos, cujo desfrute independe de uma prestação alheia, normas concessivas de direitos, cuja fruição depende de uma prestação alheia, ou seja, de que uma norma constitucional haja desenhado uma conduta de outrem, geralmente do Estado e normas meramente indicadores de uma finalidade a ser atingida<sup>63</sup>.

BARROSO, por sua vez, distinguiu as normas constitucionais em normas de organização, normas definidoras de direitos e programáticas<sup>64</sup>.

Apesar do autor reservar uma categoria apenas aos direitos<sup>65</sup>, a classificação parte da mesma base que as demais.

#### 1.4 ANÁLISE CRÍTICA DAS PROPOSTAS CLASSIFICATÓRIAS

Apesar da importância que estas classificações tiveram, sobretudo no tocante ao reconhecimento da eficácia negativa de todas as normas constitucionais, verifica-se que nenhuma destas se apercebe da distinção entre princípios e regras, inserindo normas-princípios e normas-regras não raras vezes numa mesma categoria<sup>66</sup>.

SARLET aponta que todas as classificações são uníssonas em dois aspectos: o de que todas as normas constitucionais têm ao menos eficácia negativa e que determinadas normas constitucionais, devido à ausência de normatividade suficiente, não tem condições de gerar seus principais efeitos independente da atuação concretizadora do legislador ordinário<sup>67</sup>.

MORO esclarece que nos países que vivenciaram experiências totalitárias ou autoritárias e se depararam com uma Constituição que consagra o Estado

<sup>62</sup> FERRARI, *Normas...*, p. 111.

<sup>63</sup> MELLO, C. A. B. Eficácia jurídica das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público*, ano XIV, n. 57/58, jan./jun. 1981, p. 242-243.

<sup>64</sup> BARROSO, *O direito...* p. 94

<sup>65</sup> PINHEIRO, C. *Direito internacional e direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2001, p.

29.

<sup>66</sup> BARCELLOS, *A eficácia...*, p. 45.

<sup>67</sup> SARLET, *A eficácia...*, p. 228.

Democrático e Social de Direito, no período transitório, era natural não reconhecer normatividade a todos dispositivos constitucionais, como o faz a doutrina da aplicabilidade das normas constitucionais<sup>68</sup>.

Entretanto, decorridos tantos anos da promulgação da Constituição de 1988, há que se assimilar o conteúdo democrático da Carta e reconhecer a força normativa de todas as disposições constitucionais, sem exceção<sup>69</sup>.

Observa, aliás, BARCELLOS que as normas denominadas nas classificações como programáticas têm natureza principiológica merecendo o tratamento que é conferido à categoria<sup>70</sup>.

Não são suficientes, portanto, as construções doutrinárias que negam aplicabilidade a algumas normas constitucionais em razão de critérios semânticos<sup>71</sup>.

Estas classificações engessam a atividade judicial<sup>72</sup> e tem sido o fundamento de várias decisões judiciais que não reconhecem a aplicabilidade de normas constitucionais concessivas de direitos por remeterem a lei infraconstitucional integradora<sup>73</sup>.

Portanto, se a norma constitucional é classificada como de aplicabilidade mediata, sua operatividade passa a depender necessariamente da legislação reguladora, sem que o juiz possa suprir a sua falta<sup>74</sup>, levando a adoção desta técnica disfuncional à "divisão mecânica e inflexível da Constituição em duas partes: uma que pode ser invocada pelo juiz constitucional, e outra que fica dependente de regulação legislativa, o que gera a inversão da desejada subordinação do legislador ordinário à Constituição"<sup>75</sup>. Aliás, na parte inaplicável, via de regra, é que se encontram os direitos prestacionais<sup>76</sup>.

<sup>68</sup> MORO, *Jurisdição...*, p. 184.

<sup>69</sup> *Ibid.*, p. 185.

<sup>70</sup> BARCELLOS, *A eficácia...*, p. 54

<sup>71</sup> MORO, S. F. Por uma revisão da teoria da aplicabilidade das normas constitucionais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 09, n. 37, out/dez. 2001, p. 103.

<sup>72</sup> MORO, *Jurisdição...*, p. 181.

<sup>73</sup> SOUZA NETO, *Fundamentação...*, p.24.

<sup>74</sup> MORO, *Jurisdição...*, p. 181.

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 182.

<sup>76</sup> MORO, *Desenvolvimento...*, p. 134.

Neste sentido, PIOVESAN aponta que o artigo 5º, §1º da Constituição Federal<sup>77</sup> impõe aos órgãos estatais a tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais<sup>78</sup>.

Com efeito, os limites da concretização dos preceitos constitucionais não podem estar adstritos à classificação abstrata das normas constitucionais que leva em conta apenas a linguagem empregada no texto<sup>79</sup>.

Os limites para esta concretização são aqueles inerentes à atividade judicial, ou seja, o juiz tem o ônus de demonstrar o acerto de sua interpretação através da argumentação jurídica<sup>80</sup>.

Assevera, MORO, que no campo da concretização das normas constitucionais há que se trabalhar com dois limites, quais sejam: o da reserva de consistência e o da reserva do possível<sup>81</sup>, o qual será abordado com mais exatidão no capítulo 4 desta monografia.

A reserva de consistência exige a demonstração da incompatibilidade do ato comissivo ou omissivo com a Constituição<sup>82</sup>.

A reserva do possível implica na impossibilidade do juiz efetivar direitos sem que existam meios materiais disponíveis para tanto<sup>83</sup>.

Posicionando-se no sentido de que o parágrafo primeiro do artigo 5º da Constituição tem o condão de impor aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais, reconhece, SARLET, a existência de limites à atividade supletiva de lacunas pelos juizes, notadamente no que concerne aos direitos fundamentais de natureza prestacional<sup>84</sup>.

<sup>77</sup> Enfatize-se que apesar da situação topográfica do artigo 5º, §1º da Constituição Federal, a sua aplicação não se restringe aos direitos individuais, considerando inclusive a expressão literal do dispositivo que utiliza a formulação genérica "direitos e garantias fundamentais" (SARLET, **A eficácia...**, p. 240).

<sup>78</sup> PIOVESAN, F. **Constituição e transformação social: a eficácia das normas constitucionais programáticas e a concretização dos direitos e garantias fundamentais**. Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, n. 37, jun. 1992, p. 71.

<sup>79</sup> MORO, **Jurisdição...**, p. 206.

<sup>80</sup> MORO, **Desenvolvimento...**, p. 83.

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 90 e 98.

<sup>82</sup> MORO, **Jurisdição...**, p. 174.

<sup>83</sup> MORO, **Desenvolvimento...**, p. 98.

<sup>84</sup> SARLET, **A eficácia...**, p. 249.

Todavia, a classificação de uma norma constitucional como de eficácia limitada leva a uma contenção judicial nem sempre justificável diante das barreiras da reserva do possível e reserva de consistência, passíveis de transposição<sup>85</sup>.

Diante disto, faz-se necessário o reconhecimento de que a Constituição não consagrou apenas regras, mas também princípios, que constituem mandamentos de otimização não podendo ter sua aplicabilidade condicionada à classificação doutrinária das normas constitucionais<sup>86</sup>.

<sup>85</sup> MORO, **Jurisdição...**, 181.

<sup>86</sup> MORO, **Desenvolvimento...**, p. 16.

## 2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A jurisdição constitucional é a função responsável pela remoção e solução dos conflitos de natureza constitucional, tendo por escopo tutelar, manter e controlar a supremacia da Constituição<sup>87</sup>.

O controle de constitucionalidade é a atividade de verificação da adequação de um comportamento estatal (ato comissivo ou omissivo) frente à Constituição, envolvendo a análise tanto dos requisitos formais (atos comissivos), quanto dos substanciais (atos comissivos e omissivos), ou seja, do respeito às normas constitucionais<sup>88</sup>.

Tem como pressupostos a existência de uma Constituição formal, a previsão de pelo menos um órgão dotado de competência para o exercício da fiscalização e a compreensão da Constituição como lei fundamental<sup>89</sup>.

Entende-se por Constituição formal a Constituição escrita, formalizada e compreendida como instrumento jurídico, elaborado de um golpe só por um órgão dotado de poder suficiente, exercente de poder constituinte, distinta, portanto, da Constituição costumeira, elaborada lentamente pelos costumes<sup>90</sup>.

Já a compreensão da Constituição como lei fundamental exige conceitos de rigidez constitucional, supremacia constitucional e distinção entre lei constitucional e lei infraconstitucional<sup>91</sup>.

A rigidez constitucional implica na demanda de um procedimento especial, oneroso e complexo, para alteração da Constituição, sendo este conceito decorrente da própria distinção entre poder constituinte e poderes constituídos<sup>92</sup>.

<sup>87</sup> CUNHA JUNIOR, D. da. **Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 377.

<sup>88</sup> FERREIRA FILHO, M. G. **Curso de direito constitucional**. 28. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 34.

<sup>89</sup> CLÈVE, **A fiscalização...**, p. 29.

<sup>90</sup> Id. Note-se que a Inglaterra prescinde de uma noção de Constituição escrita e neste ordenamento se adota o princípio da supremacia do Parlamento, não havendo razão para aceitar a fiscalização de atos do Legislativo (MELLO, O. A. B. **A teoria das constituições rígidas**. 2.ed. São Paulo: Bushatsy, 1980, p. 32).

<sup>91</sup> CLÈVE, op. cit., p. 34.

<sup>92</sup> Antepõe-se, a rigidez constitucional, à flexibilidade constitucional que caracteriza o processo de poder alterar uma dada Constituição por leis elaboradas de acordo com um processo idêntico ao das leis ordinárias (BASTOS, C. R. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 405). A fiscalização de constitucionalidade formal não é inconcebível em Estados regulados por uma Constituição flexível, tendo em conta que se uma Constituição flexível prevê

Afirma, FERREIRA FILHO, que em todo Estado onde faltar controle de constitucionalidade, a Constituição é flexível, pois os poderes constituídos se apresentariam como poderes ilimitados, podendo, o legislador, modificar a seu talante a Constituição<sup>93</sup>.

Deste modo, tem-se que a supremacia constitucional depende da rigidez constitucional, contudo, a rigidez, por si só, não assegura a supremacia, visto que esta também depende da vontade de Constituição<sup>94</sup>, da compreensão de que a lei deriva da Constituição, aceitando-se que tudo que nesta reside constitui norma jurídica<sup>95</sup>.

Anota, ademais, BASTOS que o controle de constitucionalidade só se tornou viável a partir da distinção formal entre lei constitucional e lei infraconstitucional, conferindo-se maior importância e superior posição hierárquica à primeira<sup>96</sup>.

O controle de constitucionalidade é o principal mecanismo de defesa da Constituição<sup>97</sup>. Faz-se necessário para que haja compatibilidade da atividade dos poderes constituídos com a Constituição. Atribuí-lo ao Poder Judiciário se justifica diante das características do processo judicial e das restrições impostas à atividade judiciária como, por exemplo, o princípio da inércia e a necessidade de fundamentação da decisão, que tornam, por conseguinte, o juiz apto para interpretar a Constituição<sup>98</sup>.

Ademais, observa-se que o exercício exclusivo da fiscalização da constitucionalidade por órgão legislativo acarretaria a ineficácia do mecanismo controlador, pois o mesmo organismo que tem incumbência de elaborar a lei, avaliando preventivamente a sua constitucionalidade, seria incumbido de averiguar, posteriormente, a constitucionalidade do ato por ele emanado<sup>99</sup>.

determinado procedimento para elaboração das leis, a sua violação acarretará uma inconstitucionalidade (CLÈVE, **A fiscalização ...**, p. 31).

<sup>93</sup> FERREIRA FILHO, **Curso...**, p. 34

<sup>94</sup> A vontade de Constituição baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido, bem como na compreensão de que esta ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos e na consciência de que esta ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana (HESSE, K. **A força normativa da constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 19).

<sup>95</sup> CLÈVE, **A fiscalização...**, p. 31-34.

<sup>96</sup> BASTOS, **Curso...**, p. 403.

<sup>97</sup> CLÈVE, op. cit., p. 34.

<sup>98</sup> MORO, **Desenvolvimento...**, p. 27.

<sup>99</sup> BASTOS, **Curso...**, p. 405.



O mesmo se diga com relação aos atos do órgão executivo na medida em que os órgãos políticos tendem a apreciar a constitucionalidade dos atos mais por critérios de conveniência do que pela conformidade com a Constituição<sup>100</sup>.

## 2.1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Adota-se, no direito pátrio, como parâmetro utilizado para a fiscalização da constitucionalidade a Constituição formal, que abrange os princípios implícitos<sup>101</sup>. Não se concebe, como no direito alemão, a fiscalização das normas constitucionais advindas do poder constituinte originário em face de um direito supralegal<sup>102</sup>.

Órgãos de natureza política e jurisdicional têm competência para exercer o controle de constitucionalidade. A fiscalização realizada por órgãos de natureza política é preventiva, ocorrendo em momento anterior ao início da vigência do ato<sup>103</sup>. Ocorre quando os chefes do Poder Executivo vetam projetos de lei motivados pela inconformidade destes com a Constituição<sup>104</sup> e através das manifestações das comissões de constituição e justiça das Casas Legislativas durante o processo legislativo<sup>105</sup>.

<sup>100</sup> CUNHA JUNIOR, **Controle...**, p. 433.

<sup>101</sup> O parâmetro para fins de arguição de descumprimento de preceito fundamental e ação direta interventiva é outro. No que toca a ação interventiva, o parâmetro são os princípios constitucionais sensíveis elencados no artigo 34, VII da Constituição Federal (CLÉVE, **A fiscalização...**, p. 127). Quanto à arguição a parametricidade restringe-se aos preceitos fundamentais. Não há entendimento pacífico sobre o que caracteriza preceito fundamental, havendo um certo consenso doutrinário em identificar como tal os princípios fundamentais do Título I da Constituição Federal, os direitos e garantias fundamentais, os princípios constitucionais sensíveis e as cláusulas pétreas (CUNHA JUNIOR, *op. cit.*, p. 571).

<sup>102</sup> BACHOF, O. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Tradução: José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994, pp. 48-71.

<sup>103</sup> Afirma-se a possibilidade de controle político repressivo em duas situações: quando o Congresso Nacional susta, com base no artigo 49, V da Constituição Federal e mediante decreto legislativo, atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação em razão do desrespeito à forma constitucional prevista para suas edições e quando o Congresso Nacional rejeita medida provisória em razão da inconstitucionalidade, com base no artigo 62 da Constituição Federal (MANDELLI JUNIOR, R. M. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do cidadão. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 38).

<sup>104</sup> O veto também pode ser político e ocorre quando está motivado numa contrariedade do projeto de lei ao interesse público (LOBATO, A. C. Para uma nova compreensão do sistema misto de controle de constitucionalidade: a aceitação do controle preventivo. **Revista de Informação Legislativa**, ano 31, nº 124, out./dez. 1994, p. 175).

<sup>105</sup> A função precípua das comissões de constituição e justiça é verificar a compatibilidade do projeto de lei ou proposta de emenda apresentados com o texto da Constituição (MORAES, A. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 584).

A fiscalização jurisdicional é, via de regra, repressiva<sup>106</sup>. Atua após o ingresso do ato no ordenamento jurídico. Pode apresentar-se, o controle jurisdicional, como concentrado<sup>107</sup> e difuso<sup>108</sup>.

Concentra-se, a fiscalização abstrata, no Supremo Tribunal Federal, quando os objetos são os atos normativos estaduais e federais em face da Constituição Federal, e nos Tribunais de Justiça, quando se trata de atos normativos municipais e estaduais frente à Constituição Estadual<sup>109</sup>.

A fiscalização difusa é realizada por todos os juízes e tribunais. No Brasil, o controle difuso manifesta-se pela via incidental<sup>110</sup> e equivale ao controle concreto<sup>111</sup>.

Portanto, no que toca o controle jurisdicional, o Brasil adota modelo híbrido de controle de constitucionalidade, pois todos os juízes e tribunais são competentes para conhecer e decidir questões de constitucionalidade, bem como se concentra no Supremo Tribunal Federal e nos Tribunais de Justiça dos Estados-membros o controle abstrato<sup>112</sup>.

## 2.2 CONTROLE CONCRETO

O controle de constitucionalidade concreto, objeto do presente estudo, é aceito de longa data no ordenamento pátrio, sendo outorgada aos juízes e tribunais

<sup>106</sup> Aponta-se como modalidade de controle judicial concreto preventivo o realizado em sede de mandado de segurança impetrado por parlamentar que se sentir prejudicado durante o processo legislativo. Os parlamentares são os únicos legitimados à propositura desta ação, pois são os titulares do direito líquido e certo de participar de um processo legislativo conforme normas constitucionais (MORAES, **Direito...**, p. 597).

<sup>107</sup> O controle concentrado tem inspiração no modelo austríaco. A Constituição austríaca de 1920 institui uma Corte Constitucional com competência para, de modo concentrado e por via de ação direta, fiscalizar a constitucionalidade, independentemente de caso concreto (CAPPELLETTI, M. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2.ed. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 104).

<sup>108</sup> O controle difuso encontra suas origens no modelo americano. A competência do Judiciário é difusa, podendo ser exercitada no curso das demandas, por qualquer juiz ou tribunal, desenvolvendo-se, assim, o *judicial review*, que foi definitivamente incorporado ao direito constitucional americano em 1803 com a decisão do *Chief Justice Marshall* no caso *Marbury v. Madison* (Ibid., p. 103).

<sup>109</sup> CLÈVE, **A fiscalização...**, p. 75.

<sup>110</sup> Nem sempre há esta correspondência entre controle difuso e incidental. Na Alemanha e na Áustria, por exemplo, a questão constitucional suscitada incidentalmente conduz a um controle concentrado. Uma vez levantada esta questão, cabe ao juiz ou tribunal *a quo* suspender o feito e aguardar a decisão da Corte Constitucional a propósito da matéria (CUNHA JUNIOR, **Controle...**, p. 436).

<sup>111</sup> CLÈVE, *op.cit.*, p. 75.

<sup>112</sup> Ibid., p. 71.

competência para apreciar a constitucionalidade de atos dos poderes constituídos previamente à análise do mérito, eximindo-se a parte do cumprimento do ato inconstitucional, que, contudo, permanecerá válido perante terceiros<sup>113</sup>.

De início, a instauração do controle pela via de exceção exigia um comportamento passivo do interessado, que, ao invés de atacar o ato diretamente, limitava-se a se defender contra ele<sup>114</sup>. Entretanto, esta concepção foi revista com o objetivo de respaldar a provocação do Judiciário pelo interessado para evitar a lesão a direito decorrente de comportamento inconstitucional, cabendo ao órgão jurisdicional prevenir ou cassar o ato que se pretende praticar ou que foi praticado<sup>115</sup>.

Neste sentido, BASTOS vincula a fiscalização incidental à defesa que o interessado faz do seu direito, podendo este fazê-la quando estiver no pólo passivo da demanda e quando assumir posição ativa, atacando o comportamento ofensivo a direito seu<sup>116</sup>.

A questão constitucional pode ser suscitada pelo autor na petição inicial de uma ação de qualquer natureza; pelo réu, por ocasião da resposta; por terceiro que integre a relação processual; pelo Ministério Público, quando officie no feito, podendo ser analisada inclusive de ofício pelo órgão jurisdicional<sup>117</sup>, no bojo do processo de conhecimento, cautelar ou executivo, bem como nas ações constitucionais<sup>118</sup>.

O juiz ou tribunal competente para apreciar a causa decidirá a questão constitucional. Desde a Constituição de 1934 a declaração da inconstitucionalidade pelos tribunais reclama maioria absoluta, encontrando-se, a exigência prevista no artigo 97 da Constituição de 1988<sup>119</sup>.

<sup>113</sup> Apesar da Constituição de 1988 ter conferido ênfase ao modelo concentrado, verifica-se que o modelo difuso tem assento no direito pátrio desde o Decreto 848/1890, sendo previsto também na Constituição de 1891 (MENDES, G. F. O controle incidental de normas no direito brasileiro. **Revista dos tribunais: cadernos de direito constitucional e ciência política**, ano 06, n. 23, abr./jun. 1998, p. 31-33).

<sup>114</sup> BITTENCOURT, C. A. L. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Atualizador José Aguiar Dias. 2.ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 100.

<sup>115</sup> CLÈVE, **A fiscalização...**, p. 96.

<sup>116</sup> BASTOS, **Curso...**, p. 408.

<sup>117</sup> Contudo, o Supremo Tribunal Federal exige a demonstração de pré-questionamento da matéria para fins de recurso extraordinário (Agravo de instrumento n. 193772, Relator: Ministro Moreira Alves, DJU 24.10.1997).

<sup>118</sup> CLÈVE, **A fiscalização...**, p. 98.

<sup>119</sup> FERRARI, R. M. M. N. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 196.

Diante desta exigência, discutiu-se quanto a remanescer ou não a competência do juiz singular para a declaração de inconstitucionalidade. MIRANDA sustentava que o juiz de primeiro grau não mais dispunha de jurisdição constitucional<sup>120</sup>.

Contudo, este não foi o entendimento que prevaleceu na doutrina e na jurisprudência<sup>121</sup>, pois o dispositivo estabelece apenas uma condição de eficácia da decisão declaratória de inconstitucionalidade proferida por órgãos colegiados, não se tratando de uma norma de competência<sup>122</sup>.

Trata, o disposto no artigo 97 da Constituição, apenas de estabelecer que em sendo a declaração de inconstitucionalidade pronunciada por um tribunal, esta exigirá a manifestação da maioria absoluta de seus membros<sup>123</sup>.

Contudo, esta exigência não se aplica quando o plenário ou órgão especial do respectivo tribunal ou o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concreto ou abstrato, já reconheceu a inconstitucionalidade da norma, conforme entendimento jurisprudencial e disposição do artigo 481 do Código de Processo Civil<sup>124</sup>.

### 2.2.1 Procedimento

Com relação ao procedimento de apreciação da questão constitucional, verifica-se que este recebeu pouca atenção do legislador pátrio. Não há disposição legal regendo os incidentes de inconstitucionalidade no primeiro grau. Nos tribunais, rege-se a questão com base nas disposições dos respectivos regimentos internos e dos artigos 480 a 482 do Código de Processo Civil<sup>125</sup>.

A breve disciplina do Código de Processo Civil refere-se ao controle incidental de constitucionalidade exercido por órgãos fracionários dos tribunais. Tem-se que argüida a qualquer tempo a questão, o relator deverá submetê-la à turma ou à câmara competente para julgar o processo, após a audiência do Ministério Público. Caso rejeitada a argüição, prosseguirá o feito, podendo ser aplicado o ato atacado e,

<sup>120</sup> MIRANDA, V. C. Inconstitucionalidade e incompetência do juiz singular. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 92, p. 587, 1942.

<sup>121</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 69921/MS. Relator: Ministro Celso de Mello, DJ 26. 03. 93.

<sup>122</sup> BITTENCOURT, **O controle...**, p. 46.

<sup>123</sup> CLÈVE, **A fiscalização...**, p. 100.

<sup>124</sup> BARROSO, **O controle...**, p. 78.

<sup>125</sup> MENDES, **O controle...**, p. 35.

caso acolhida, será lavrado o acórdão a fim de submetê-la ao tribunal pleno ou a órgão especial<sup>126</sup>.

Quando acolhida a argüição, dar-se-á a cisão funcional de competência, pois ao tribunal pleno ou ao órgão especial caberá a pronúncia acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade, e ao órgão fracionário, posteriormente, com base na decisão do tribunal pleno ou do órgão especial, decidir a espécie<sup>127</sup>.

A decisão do plenário também é irrecorrível e vincula o órgão fracionário, incorporando-se ao julgamento da causa, como premissa inafastável. Publicado o acórdão do plenário, reinicia-se o julgamento da questão concreta perante o órgão fracionário<sup>128</sup>.

A Lei nº 9868/99 acrescentou os §§§ 1º, 2º e 3º ao artigo 482 do Código de Processo Civil, prevendo a possibilidade do Ministério Público, das entidades públicas responsáveis pelo ato questionado e dos legitimados arrolados no artigo 103 da Constituição Federal se manifestarem no incidente de inconstitucionalidade, bem como do relator admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, o que confere um caráter democrático e pluralista ao controle incidental de constitucionalidade<sup>129</sup>.

A declaração de inconstitucionalidade proferida em sede de controle concreto só vincula as partes envolvidas no processo. Contudo, desde a Constituição de 1934 consagra-se competência ao Senado Federal para suspender a execução de lei ou ato declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concreto<sup>130</sup>.

Esta foi a forma definida pelo constituinte para conferir eficácia *erga omnes* às decisões definitivas sobre inconstitucionalidade<sup>131</sup>.

Discute-se, entretanto, os efeitos e a natureza desta resolução do Senado Federal, bem como o caráter vinculado ou discricionário do ato praticado.

<sup>126</sup> MENDES, *O controle...* p. 38.

<sup>127</sup> CLÈVE, *A fiscalização...*, p. 106.

<sup>128</sup> BARROSO, *O controle...*, p. 80.

<sup>129</sup> CUNHA JUNIOR, *Controle...*, p. 465.

<sup>130</sup> MENDES, *O controle...*, p. 35.

<sup>131</sup> FERRARI, *Efeitos...*, p. 201.

Prevalece o entendimento, ainda que não unânime<sup>132</sup>, de que o Senado exerce poder discricionário<sup>133</sup>, caracterizando-se, a resolução do Senado Federal como ato político<sup>134</sup>.

Com relação aos efeitos, MENDES advoga que em razão do caráter eminentemente declaratório das decisões que pronunciam a inconstitucionalidade a suspensão deve revestir-se de efeitos *ex tunc*<sup>135</sup>.

De outra banda, ARAUJO e NUNES JUNIOR entendem que os efeitos da resolução são sempre a partir de sua edição, pois o caráter discricionário desta deliberação é incompatível com a retroeficácia<sup>136</sup>.

No mesmo sentido, SILVA afirma que essa manifestação do Senado não revoga, nem anula a lei, simplesmente lhe retira a eficácia, razão pela qual se reveste apenas de efeitos *ex nunc*<sup>137</sup>.

## 2.2.2 Instrumentos hábeis à instauração

O controle concreto de constitucionalidade se respalda no princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, trazido no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal e na regulação das hipóteses de cabimento do recurso extraordinário, previstas no artigo 102, inciso III da Constituição Federal<sup>138</sup>.

Desta forma, observa MORO que a Constituição Federal dispõe apenas indiretamente sobre o controle concreto e difuso de constitucionalidade, inexistindo norma que outorgue expressa e claramente ao Judiciário tal competência<sup>139</sup>.

Apesar da ressalva, é pacífico e consolidado o exercício do controle de constitucionalidade por qualquer órgão judicial, no curso de processo de sua competência<sup>140</sup>.

<sup>132</sup> FERREIRA FILHO entende que a suspensão é obrigatória, pois, do contrário, o Senado teria o poder de convalidar ato inconstitucional (**Curso...**, p. 37).

<sup>133</sup> ARAUJO, L. R. D.; NUNES JUNIOR, V. S. **Curso de direito constitucional**. 6.ed.rev. atual. Saraiva; São Paulo, 2002, p. 29.

<sup>134</sup> MENDES, **O controle...**, p. 49.

<sup>135</sup> *Ibid.*, 44.

<sup>136</sup> ARAUJO; NUNES JUNIOR, *op. cit.*, p. 30.

<sup>137</sup> SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 54.

<sup>138</sup> MORO, **Desenvolvimento...**, p. 128.

<sup>139</sup> *Ibid.*, p. 129.

<sup>140</sup> MENDES, **O controle ...**, p. 35.

Conforme BASTOS qualquer ação é meio hábil para instauração do controle concreto<sup>141</sup>, ou seja, qualquer dos meios processuais colocados à disposição<sup>142</sup>.

Apesar de alguns doutrinadores inserirem a ação direta interventiva no rol dos instrumentos hábeis à instauração do controle abstrato de constitucionalidade<sup>143</sup>, trata-se de fiscalização concreta realizada por meio de ação direta, que não desencadeia um processo objetivo, pois não visa a declaração de inconstitucionalidade em tese de um ato estadual, mas sim a resolução de um conflito federativo<sup>144</sup>.

A declaração de inconstitucionalidade não nulifica a lei, nem autoriza o argüente a subtrair-se da esfera de incidência do ato viciado<sup>145</sup>.

Trata-se de declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, pois o Supremo Tribunal Federal limita-se, no processo preliminar de intervenção federal, a constatar eventual ofensa aos princípios sensíveis, ocorrendo a suspensão do ato impugnado mediante providência do Presidente da República dentro do contexto do processo interventivo<sup>146</sup>.

Quanto ao mandado de injunção, adverte MODESTO que esta garantia constitucional não pressupõe necessariamente uma omissão inconstitucional, pois o seu objetivo não é o suprimento de lacunas, mas sim a preservação do direito subjetivo com matriz imediata no texto constitucional, não correspondendo o mandado de injunção a uma argüição individual de inconstitucionalidade por omissão<sup>147</sup>.

O mandado de injunção será abordado no capítulo 3. Entretanto, apesar do instrumento ter por escopo a proteção de direitos subjetivos, também desencadeia a fiscalização concreta da omissão inconstitucional, bem como tutela os direitos fundamentais em face de meras lacunas técnicas, não sendo sequer necessário o

<sup>141</sup> BASTOS, **Curso...**, p. 417.

<sup>142</sup> ARAUJO; NUNES JUNIOR, **Curso...**, p. 28.

<sup>143</sup> VELLOSO, C. M. Estado federal e estados federados na Constituição brasileira de 1988: do equilíbrio federativo. **Revista de Direito Administrativo**, n. 187, jan./mar., 1992, p. 35.

<sup>144</sup> CLÈVE, **A fiscalização...**, p. 129.

<sup>145</sup> *Ibid.*, p. 130.

<sup>146</sup> MENDES, G. F. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 285.

<sup>147</sup> MODESTO, P. E. G. Inconstitucionalidade por omissão: categoria jurídica e ação constitucional específica. **Revista de direito público**, ano 24, n. 97, jan./mar. 1991, p. 224-226.

decurso de prazo intolerável sem a concretização da providência legislativa para se valer deste instrumento<sup>148</sup>.

Neste sentido, QUEIROZ enfatiza que o mandado de injunção é o primeiro instituto constitucional que visa enfrentar diretamente o problema da inconstitucionalidade por omissão através de um controle concreto<sup>149</sup>. PIOVESAN<sup>150</sup>, ARAUJO e NUNES JUNIOR<sup>151</sup> também situam o mandado de injunção como instrumento de controle de constitucionalidade.

As ações coletivas, apesar de dotadas de coisa julgada oponível *erga omnes*, configuram instrumentos processuais relativos ao controle concreto de constitucionalidade, pois os juízes e tribunais apreciam a questão constitucional como prejudicial de mérito, subtraindo o caso da esfera de incidência do ato impugnado que continua vigente<sup>152</sup>.

Especialmente quanto à ação civil pública, muito se discutiu sobre a possibilidade de fiscalização concreta no seu bojo. Argumentava-se que a decisão que afastasse a incidência de dada norma por eventual incompatibilidade com a ordem constitucional teria o mesmo efeito das decisões proferidas em ações diretas de inconstitucionalidade<sup>153</sup>.

Ocorreria, segundo MENDES, a outorga à jurisdição ordinária de primeiro grau de poderes que a Constituição sequer assegura ao Supremo Tribunal Federal, uma vez que a decisão sobre a inconstitucionalidade da lei proferida por este no caso concreto tem apenas eficácia *inter partes*, dependendo sua extensão de

<sup>148</sup> A inconstitucionalidade por omissão se verifica sempre que não se cumpre o comando constitucional em tempo útil ou não o realiza nos termos exigidos. Diferencia-se da lacuna técnica em razão de demandar a análise do fator tempo, que pode ter sido ou não fixado pela Constituição. Quando a Constituição não fixa prazo para concretização legislativa, este deve ser aferido pelo Judiciário levando em conta fatores sociais, históricos e valorativos. Concluindo-se que, ao longo do prazo decorrido, o ato não só podia como devia ter sido emitido, ficará caracterizada a inconstitucionalidade. Contudo, passados tantos anos da promulgação da Constituição e mantida a inércia dos poderes constituídos, as imperfeições técnicas migraram em bloco para o campo da inconstitucionalidade por omissão, ressalvados os casos de inserção de normas que demandem integração via emenda (CLÈVE, **A fiscalização...**, p. 327 e 365).

<sup>149</sup> QUEIROZ, L. C. S. Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão. **Revista dos tribunais: cadernos de direito constitucional e ciência política**, ano 06, n. 23, abr./jun. 1998, p. 233.

<sup>150</sup> PIOVESAN, **Proteção...**, p. 118.

<sup>151</sup> ARAUJO; NUNES JUNIOR, **Curso...**, p. 54.

<sup>152</sup> CLEVE, C. M.; DIAS, C. F. Algumas considerações em torno da arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: SAMPAIO, J. A. L.; CRUZ, Á. R. S. (Org). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 2.

<sup>153</sup> STRECK, L. L. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 382.



decisão do Senado Federal, ao passo que a decisão proferida em sede de ação civil pública acabaria tendo eficácia geral e irrestrita<sup>154</sup>.

Contudo, prevalece a posição que admite o controle incidental em sede de ação civil pública, desde que a inconstitucionalidade seja objetada como causa de pedir<sup>155</sup>.

É pacífico que a arguição de descumprimento de preceito fundamental autônoma é instrumento de controle abstrato de constitucionalidade<sup>156</sup>, já a sua modalidade incidental é objeto de grandes controvérsias doutrinárias, que serão abordadas no capítulo 3, registrando-se aqui apenas que não se trata de mecanismo de controle concreto de constitucionalidade<sup>157</sup>.

### 2.3 CONTROLE ABSTRATO

Ao lado do controle concreto, objeto deste estudo, consagra-se no direito brasileiro o controle abstrato, concentrado no Supremo Tribunal Federal<sup>158</sup>, provocado através de ação, tratando-se a questão constitucional de questão principal, tendo a fiscalização finalidade de preservar a supremacia da Constituição (finalidade objetiva)<sup>159</sup>.

A ação direta de inconstitucionalidade por ação tem por objeto o vício de inconstitucionalidade do ato normativo, tendo por legitimados os arrolados no artigo 103 da Constituição Federal. A competência é concentrada no Supremo Tribunal Federal e a decisão judicial faz coisa julgada *erga omnes*<sup>160</sup>.

Já a ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem por escopo reprimir omissões normativas inconstitucionais, concentrando-se a competência no Supremo

<sup>154</sup> MENDES, **O controle...**, p. 58.

<sup>155</sup> STRECK, **Jurisdição...**, p. 386. Verifica-se que a questão constitucional ventilada em sede de ação que tutele direitos coletivos e difusos não faz coisa julgada *erga omnes*, pois é um mero incidente, uma questão prejudicial, nos termos do artigo 469, III do Código de Processo Civil (CUNHA JUNIOR, **Controle...**, p. 457). O Supremo Tribunal Federal decidiu neste sentido (Reclamação n.1733. Relator: Ministro Celso de Mello, DJ 01.12.2000).

<sup>156</sup> FERRARI, **Efeitos...**, p. 448.

<sup>157</sup> BAROSSO, **O controle...**, p. 220.

<sup>158</sup> No âmbito dos Estados-membros, é de competência do Tribunal de Justiça apreciar a ação direta que visa a declaração de inconstitucionalidade, em tese, de leis ou atos normativos estaduais e municipais em face da Constituição Estadual. Conforme artigo 125, §2º da Constituição Federal, cabe aos Estados-membros instituir a representação de inconstitucionalidade, sendo vedada a atribuição de legitimação para agir a um único órgão (SILVA, **Curso...**, p. 52).

<sup>159</sup> CLÉVE, **A fiscalização...**, p. 77.

<sup>160</sup> BASTOS, **Curso...**, p. 418.

Tribunal Federal. Quando se reconhece a inconstitucionalidade por omissão, científica-se o órgão competente para que sejam tomadas as medidas necessárias à cessação da omissão. Decorrendo a omissão do Poder Executivo, este deverá fazê-lo em trinta dias<sup>161</sup>.

A ação declaratória de constitucionalidade, também de competência do Supremo Tribunal Federal, tem por objeto lei ou ato normativo federal<sup>162</sup>.

A lei n. 9868/99 regulou o processo de julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental autônoma também se insere no rol dos mecanismos de controle abstrato de constitucionalidade e foi regulada pela lei n. 9882/99<sup>163</sup>.

<sup>161</sup> BASTOS, *Curso...*, p. 418.

<sup>162</sup> *Ibid.*, p. 419.

<sup>163</sup> CUNHA JUNIOR, *Controle...*, p. 575.

### 3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Com a falácia da concepção de Estado Liberal, adveio a sua concepção social, o que acarretou a assunção progressiva de responsabilidades por parte deste ente<sup>164</sup>.

O contexto histórico em que ocorre esta mudança de orientação resume-se no seguinte: transita-se do Estado Liberal, confiante na capacidade de auto-regulação da economia, para o Estado Social (programático) e, ao final, para o Estado Democrático de Direito<sup>165</sup>, que apresenta um *plus* em relação ao Estado Social na medida em que exige o respeito aos direitos fundamentais, cuja realização se tornou condição de possibilidade para a própria democracia<sup>166</sup>.

Paralelo a esta transformação de ordem histórica, alargou-se o objeto dos direitos públicos subjetivos que além de se caracterizarem pelo poder de exigir uma omissão estatal, passam a abarcar o poder de exigir uma atuação<sup>167</sup>.

Neste contexto, surgem os fundamentos da declaração de inconstitucionalidade por omissão, visto que o Estado passa a ter um dever de agir e, caso se omita, existirá uma inconstitucionalidade<sup>168</sup>.

A categoria jurídica das omissões inconstitucionais pressupõe uma concepção da Constituição “como plano normativo, tendencialmente globalizante, porém aberto, marcadamente finalístico, em que a política não se faz imune ao direito ou deste se desvincula”<sup>169</sup>.

Resta patente, portanto, que a imperatividade e a supremacia da Constituição são violadas tanto em razão de uma ação quanto de uma omissão<sup>170</sup>.

Diante disto, conforme MODESTO, “o sistema de controle de constitucionalidade passa a oferecer duas faces para o mesmo objeto (a Supremacia da Constituição): o controle da inconstitucionalidade tradicional, onde se preserva a

<sup>164</sup> QUEIROZ, **Mandado...**, p. 199.

<sup>165</sup> MODESTO, **Inconstitucionalidade...**, p. 118.

<sup>166</sup> STRECK, L. L. Os meios e acesso do cidadão à jurisdição constitucional, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a crise de efetividade da Constituição brasileira. In: SAMPAIO, J. A. L.; CRUZ, Á. R. S. (Org.). **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 264.

<sup>167</sup> MODESTO, **Inconstitucionalidade...**, p. 119.

<sup>168</sup> *Ibid.*, p. 119.

<sup>169</sup> *Ibid.*, p. 118.

<sup>170</sup> BARROSO, **O direito...**, p. 159.

eficácia da norma constitucional, e o controle da inconstitucionalidade por omissão, que visa ampliá-la”<sup>171</sup>.

Equipara-se, assim, a omissão inconstitucional à ação inconstitucional. Resulta, portanto, que com o advento da Constituição de 1988, a liberdade discricionária do legislador e seus limites são questões jurídicas suscetíveis de aferição judicial no âmbito do controle de constitucionalidade<sup>172</sup>.

### 3.1 CONCEITO DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

A noção de omissão inconstitucional pressupõe uma análise da acepção de inconstitucionalidade para fins de controle concreto e abstrato.

A inconstitucionalidade é um conceito relacional. Analisa-se a compatibilidade de atos e omissões em face da Constituição, verificando-se a conformidade daqueles com esta<sup>173</sup>.

O primeiro termo da relação é a Constituição e o segundo é um comportamento estatal, que pode ser tanto ativo como negativo, normativo ou não normativo, geral ou individual, abstrato ou concreto<sup>174</sup>.

Apesar do parâmetro para fiscalização de constitucionalidade ser toda a Constituição formal, incluindo os princípios implícitos, conforme já ventilado, a inconstitucionalidade não se verifica em face da Constituição em bloco, mas sim em relação a norma certa e determinada<sup>175</sup>.

Para fins de controle concreto, a noção de inconstitucionalidade relevante reveste-se de maior amplitude, tendo por objeto os atos e omissões de todos os poderes constituídos, sejam estes normativos ou materiais<sup>176</sup>.

Em sede de controle abstrato, exige-se que o ato seja normativo<sup>177</sup>, com ressalva da corrente doutrinária que entende que a arguição de descumprimento de preceito fundamental autônoma tem também por objeto atos materiais<sup>178</sup>.

<sup>171</sup> MODESTO, **Inconstitucionalidade...**, p. 119.

<sup>172</sup> PIOVESAN, **Proteção...**, p. 81.

<sup>173</sup> MIRANDA, J. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 1983, p. 273.

<sup>174</sup> CUNHA JUNIOR, **Controle...**, p. 111.

<sup>175</sup> Id.

<sup>176</sup> TAVARES, A. R.. **Tratado da arguição de preceito fundamental**: lei n. 9868/99 e n. 9882/99. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 176.

Retornando ao tema das omissões inconstitucionais, verifica-se que estas são sindicáveis tanto em sede de controle concreto, quanto em sede de controle abstrato.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem por objeto omissão de ato normativo, o que engloba omissões de atos legislativos e de medidas administrativas de cunho normativo<sup>179</sup>.

Note-se que em sede de controle de constitucionalidade por omissão, inclusive abstrato, o objeto não se restringe a comportamentos diretamente colidentes com a Constituição, como no controle por ação<sup>180</sup>, pois a omissão de medida normativa, mesmo de cunho secundário, está abarcada no conceito de omissão inconstitucional<sup>181</sup>.

Neste sentido, observa CANOTILHO:

“se a Assembléia da República emana uma lei de bases da Reforma Agrária, onde se prevê expressamente a continuação das expropriações (cfr. Art. 97) e estes não são executados pelo governo parece que, rigorosamente, o problema não é um simples silêncio administrativo – ilegalidade do silêncio administrativo – mas de uma verdadeira inconstitucionalidade por omissão resultante da falta de actos de direcção política (qualquer que seja a sua forma jurídica) concretizadores da imposição constitucional (já objecto de uma primeira mediação legislativa concretizadora)”<sup>182</sup>.

<sup>177</sup> Segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, não estão no âmbito do controle abstrato as leis de efeitos concretos ainda que veiculados em texto de lei formal (Ação direta de inconstitucionalidade n. 643-SP. Relator: Ministro Celso de Mello, DJ 03.04.1992). MENDES critica o entendimento, esclarecendo que estão excluídos os atos estatais de efeitos concretos, mas não as leis conformadas sem o atributo da generalidade (**Jurisdição...**, p. 158)

<sup>178</sup> TAVARES, **Tratado...**, p. 176.

<sup>179</sup> CLÈVE, **A fiscalização...**, 2000, p. 343.

<sup>180</sup> Para caracterizar inconstitucionalidade ativa é necessário que o comportamento estatal viole diretamente a Constituição (CUNHA JUNIOR, **Controle...**, p. 111), tratando-se a inconstitucionalidade indireta de problema de ilegalidade (CLÈVE, op. cit., p. 56). Embora não se possa negar que toda atividade infralegal ilegal é inconstitucional (PORTO, N. G. Constituição dirigente, o direito à legislação e as omissões inconstitucionais. In: TAVARES, A. R.; FERREIRA, O. A.; LENZA, P. **Constituição Federal 15 anos mutação e evolução: comentários e perspectivas**. São Paulo: Método, 2003, p. 214).

<sup>181</sup> CLÈVE, **A fiscalização...**, p. 343-344.

<sup>182</sup> CANOTILHO, **Constituição...**, p. 207.

Desta forma, verifica-se que em sede de controle concreto, a omissão impugnável não deve ser necessariamente normativa, podendo caracterizar-se como omissão de atos materiais<sup>183</sup>.

Em sede de mandado de injunção, contudo, só a omissão normativa é controlável, não alcançando atos administrativos concretos, pois a própria Constituição alude à ausência de norma regulamentadora que inviabilize o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e cidadania<sup>184</sup>.

A omissão inconstitucional pode existir em face de quaisquer funções estatais – legislativa, administrativa e jurisdicional<sup>185</sup>.

Aponta-se também a omissão pela não adoção de medidas políticas ou de governo<sup>186</sup>, a qual encontra solução no campo político nas disputas interpartidárias<sup>187</sup>.

Quanto à omissão judicial, pode caracterizar-se como denegação de justiça e retardamento da solução dos casos colocados à apreciação<sup>188</sup>.

Contudo, a abordagem ficará restrita à omissão de atos normativos e materiais dos órgãos legislativo e executivo que agridam os direitos sociais mínimos.

Nesta esteira, não se concebe a omissão inconstitucional sob um enfoque puramente naturalista<sup>189</sup>. A simples inércia, o mero “não fazer”, por parte do órgão legislativo ou executivo, não significa necessariamente uma omissão inconstitucional<sup>190</sup>.

Caracterizar-se-á como inconstitucional a omissão quando existir uma norma constitucional que imponha aos poderes constituídos um dever no sentido de que atue positivamente<sup>191</sup>.

<sup>183</sup> TAVARES, *Tratado...*, p. 185.

<sup>184</sup> CLÈVE, *A fiscalização...*, p. 367-368. Em sentido contrário, PIOVESAN entende que o objeto do mandado de injunção abarca omissão de atos materiais (*Proteção...*, p. 136).

<sup>185</sup> CUNHA JUNIOR, *Controle...*, p. 323.

<sup>186</sup> PIOVESAN, *Proteção...*, p. 78.

<sup>187</sup> CLÈVE, *A fiscalização...*, p. 322.

<sup>188</sup> FERRARI, *Efeitos...*, p. 365.

<sup>189</sup> CLÈVE, *op.cit.*, p. 324.

<sup>190</sup> BARROSO, *O direito...*, p. 164.

<sup>191</sup> *Ibid.*, p. 164.

Qualquer imposição constitucional seja abstrata (normas programáticas) ou concreta, desde que definida em norma certa e determinada, pode fundamentar omissão inconstitucional<sup>192</sup>.

### 3.2 OMISSÃO TOTAL E PARCIAL

Questão relevante no estudo da omissão inconstitucional é a distinção entre omissão total e parcial.

A categoria da omissão total identifica-se com a falta de ação, com o absoluto silêncio diante do dever de agir; já a omissão parcial ocorre diante da falta de ação nos termos exigidos pela Constituição, ou seja, quando há uma atividade imperfeita, que não responde aos exatos termos do comando constitucional<sup>193</sup>.

Não se encontram dificuldades na caracterização da omissão total, pois se caracteriza com a simples ausência da atuação devida. No tocante às omissões parciais a questão se torna mais complexa, pois no caso de omissão parcial há também uma conduta positiva<sup>194</sup>. Ademais, a omissão parcial pode sinalizar o ingresso no campo do não favorecimento arbitrário ou da exclusão de benefício incompatível com o princípio da isonomia<sup>195</sup>.

Em face desta situação, impõe-se um dilema aos juízes e tribunais: ou declaram a inconstitucionalidade das normas que contenham omissões, entendendo que ocorreu uma inconstitucionalidade por ação devido à violação do princípio da igualdade ou, entendendo que houve omissão inconstitucional parcial, estendem o âmbito normativo para que seja observado o princípio da igualdade<sup>196</sup>.

Aponta-se que quando a omissão parcial resultar de uma deliberada intenção em conceder vantagens só a certas pessoas, determinados grupos ou contemplar certas situações, há que se reconhecer a inconstitucionalidade por ação. Caso a omissão decorra ou do "esquecimento do legislador" ou de uma equivocada apreciação das situações de fato, sem que exista o propósito deliberado de arbitrária

<sup>192</sup> CLÈVE, **A fiscalização...**, p. 325.

<sup>193</sup> PIOVESAN, **Proteção...**, p. 83.

<sup>194</sup> CUNHA JUNIOR, **Controle...**, p. 122.

<sup>195</sup> CLÈVE, **A fiscalização...**, p. 327.

<sup>196</sup> PIOVESAN, **Proteção...**, p. 84.

e unilateralmente favorecer certas pessoas, grupos ou situações, verificar-se-á uma inconstitucionalidade por omissão parcial<sup>197</sup>.

As situações comportam desfechos diferentes. CUNHA JUNIOR apresenta solução interessante. No primeiro caso, quando a vantagem for admissível e não violar, por si só, a Constituição declara-se a inconstitucionalidade do ato sem a pronúncia de nulidade, caso contrário declara-se a nulidade. Na segunda hipótese, o Judiciário estende o benefício ao outro grupo<sup>198</sup>.

Alude-se também às omissões formais e materiais. A omissão formal ocorre quando o legislador não emana qualquer preceito para realizar as imposições constitucionais e a omissão material se verifica quando o legislador favorece certos grupos, esquecendo outros (não favorecimento arbitrário) e quando as leis de execução excluem arbitrariamente alguns grupos (exclusão inconstitucional de vantagens)<sup>199</sup>.

Outra distinção apontada é a entre omissão absoluta, decorrente da violação de um dever autônomo de legislar e omissão relativa, derivada da violação ao princípio da igualdade. Note-se que enquanto no primeiro caso legislador deveria necessariamente atuar, no segundo isto não ocorre, pois poderia manter-se inerte sem violar a Constituição, mas como resolveu atuar, não poderia descumprir o princípio da isonomia, excluindo benefícios concedidos a pessoas de outras categorias, mas em idêntica situação<sup>200</sup>.

Em síntese, conforme CLÈVE, as omissões totais e formais correspondem ao descumprimento de um dever de legislar autônomo, sendo, portanto, omissões absolutas, ao passo que as omissões parciais e materiais podem decorrer da não suficiente satisfação de um dever autônomo de legislar ou do descumprimento da cláusula geral da isonomia, tratando-se de omissões absolutas na primeira hipótese e relativas na segunda<sup>201</sup>.

<sup>197</sup> CUNHA JUNIOR, **Controle...**, p. 126.

<sup>198</sup> Id. A extensão do benefício pode se dar através da declaração de inconstitucionalidade com redução de texto, invalidando a cláusula de exclusão prevista (MORO, **Desenvolvimento...**, p. 121) ou se pode conferir interpretação conforme a Constituição nos casos em que não há discriminação arbitrária, mas falta de técnica legislativa, revelando o conteúdo implícito na norma suspeita de incompletude ou acrescentando um conteúdo constitucionalmente exigido (CLÈVE, **A fiscalização...**, p. 357).

<sup>199</sup> CANOTILHO, **Constituição...**, p. 333.

<sup>200</sup> Ibid. p. 334.

<sup>201</sup> CLÈVE, op. cit., p. 328.



### 3.3 MECANISMOS PARA O CONTROLE DAS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS

Expressamente, a Constituição de 1988 incorporou dois institutos para o enfrentamento do problema da omissão inconstitucional em matéria normativa: o mandado de injunção, previsto no artigo 5º, LXXI, e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, prevista no artigo 103, §2º<sup>202</sup>.

Os dois instrumentos destinam-se ao resguardo do prestígio da Constituição e possibilitam o combate das omissões estatais normativas<sup>203</sup>.

Ademais, aponta-se que a argüição de descumprimento de preceito fundamental se presta ao combate das omissões dos poderes constituídos, tanto na modalidade autônoma quanto na incidental<sup>204</sup>.

Vislumbra-se também a possibilidade de controle concreto e incidental de inconstitucionalidade por omissão<sup>205</sup>. Nas hipóteses de cabimento do recurso extraordinário, alude-se à decisão que “contrariar dispositivo desta Constituição”. Esta contrariedade pode se verificar tanto quando a decisão recorrida reconhece a constitucionalidade de atos, quanto de omissões dos poderes constituídos que violem a Constituição. Desta forma, a alínea ‘a’ do inciso III do artigo 102 abrange também os casos de inconstitucionalidade por omissão<sup>206</sup>.

O texto constitucional não exclui a possibilidade de controle concreto e incidental da inconstitucionalidade por omissão no bojo de qualquer ação. Ademais, a previsão de ação especial para o controle concreto da omissão normativa (mandado de injunção) não exclui as vias ordinárias, na qual o juiz decidirá incidentalmente sobre a questão<sup>207</sup>.

<sup>202</sup> BARROSO, **O direito...**, 2002, p. 172.

<sup>203</sup> MODESTO, **Inconstitucionalidade...**, p. 121.

<sup>204</sup> FERRARI, **Efeitos...**, p. 446. No mesmo sentido: CUNHA JUNIOR, **Controle...**, p. 626.

<sup>205</sup> Em sentido contrário é a posição de FERRARI, entendendo que teoricamente pode-se admitir o incidente de inconstitucionalidade por omissão, mas não vislumbra operatividade prática quanto à omissão absoluta. Reconhece, entretanto, alguma relevância em sede de omissão parcial (op.cit., p.371).

<sup>206</sup> MORO, **Desenvolvimento...**, p. 129. Ademais, o Supremo Tribunal Federal já realizou o controle concreto de omissão no bojo de recurso ordinário em mandado de segurança, estendendo o reajuste de vencimentos dos servidores militares aos civis (Recurso em mandado de segurança n. 22.307-DF. Relator: Ministro Marco Aurélio, DJ 13.06.1997), deixando de aplicar o entendimento veiculado na Súmula n. 339.

<sup>207</sup> Id.

As omissões materiais também são sindicáveis em sede de controle concreto, através de demandas individuais (mandado de segurança) e coletivas<sup>208</sup>, sendo estas instrumentos mais eficazes na defesa dos direitos sociais<sup>209</sup>.

Analisar-se-á instrumentos relativos ao controle concreto de constitucionalidade das omissões normativas e materiais, razão pela qual se encerra a abordagem da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e da arguição de descumprimento de preceito fundamental autônoma.

O instrumento mais evidente de combate às omissões inconstitucionais é o mandado de injunção<sup>210</sup>.

Segundo PIOVESAN o mandado de injunção comporta análise de omissões legislativas parciais e totais, bem como tem cabimento quando a norma regulamentadora é inconstitucional, o que se equipara à ausência de norma<sup>211</sup>.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal entende não ser cabível o mandado de injunção quando houver regulamentação inconstitucional<sup>212</sup>.

O mandado de injunção reveste-se de maior operatividade prática diante das omissões do Poder Legislativo, tendo em conta que em relação à omissão de atividade regulamentar do Poder Executivo o Supremo Tribunal Federal já assentou que a sua ausência não importa a ineficácia da lei<sup>213</sup>.

Dispõem de legitimidade ativa os detentores do direito conferido pela Constituição, cujo exercício está obstado pela falta de norma regulamentadora<sup>214</sup> e a legitimidade passiva, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, recai sobre o órgão público ou autoridade responsável pela regulamentação<sup>215</sup>.

<sup>208</sup> GOUVÊA, M. M. **O controle judicial das omissões administrativas**: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.339.

<sup>209</sup> TALAMINI, E. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**: CPC, art. 461; CDC, art. 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 137.

<sup>210</sup> CLÈVE, **A fiscalização...**, p. 369.

<sup>211</sup> PIOVESAN, **Proteção...**, p. 138.

<sup>212</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 79/DF. Relator: Ministro Octavio Gallotti, DJ 24.03.1995.

<sup>213</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 80.601-RJ. Relator: Ministro Bilac Pinto, DJ 20.06.75. Entretanto, CLÈVE coloca que este dado não é capaz de inibir totalmente o interesse na regulamentação do direito (**A fiscalização...**, p. 369).

<sup>214</sup> *Ibid.*, p. 372.

<sup>215</sup> Apesar da discussão em torno da questão, está é a posição que prevaleceu no Supremo Tribunal Federal (Mandado de injunção n 323-Agr/DF. Relator: Ministro Moreira Alves, DJ 14.02.1992). Em sentido contrário, PIOVESAN (**Proteção...**, p. 145) e TALAMINI (**Tutela...**, p. 458) colocam que a legitimidade passiva deveria ser detida também pela pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem incumbiria cumprir o dever decorrente da norma a suprir.

Estão protegidos pelo instituto todos os direitos constitucionais, todas as liberdades constitucionais e as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania<sup>216</sup>.

Trata-se de instrumento hábil a instaurar o controle concreto das omissões legislativas, bem como para proteger contra eventuais lacunas técnicas. A competência não é concentrada<sup>217</sup> no Supremo Tribunal Federal, pois só julga as ações que tenham por legitimado passivo os entes enumerados no artigo 102, I, q da Constituição Federal<sup>218</sup>.

A grande questão no tocante ao mandado de injunção gira em torno do provimento judicial em caso de procedência do pedido, tendo em vista que a Constituição não deixou este pré-definido como o fez em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão<sup>219</sup>.

Surgiram três correntes doutrinárias a respeito de como poderia ser viabilizado o exercício do direito: através da edição da norma faltante pelo Judiciário; mediante aplicação do direito ao caso concreto, revelando a normatividade inscrita no dispositivo constitucional e por meio de declaração da inconstitucionalidade por omissão, dando ciência ao órgão omisso para que se adotem as providências necessárias, nos moldes da ação direta de inconstitucionalidade por omissão<sup>220</sup>.

O Supremo Tribunal Federal adotou a terceira postura, esvaziando, num primeiro momento o instituto. No *leading case* MI 170-3-DF o Supremo Tribunal

<sup>216</sup> As liberdades constitucionais demandam uma abstenção do Estado, não sendo necessário, via de regra, uma norma regulamentadora para viabilizar o seu exercício. Da mesma forma, as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e cidadania (CLÈVE, **A fiscalização...**, p. 367). Quanto aos direitos prestacionais revela-se importante instrumento diante da parcimônia do legislador em regulamentar o seu exercício. PIOVESAN alude às duas correntes que entendem ser o objeto do mandado de injunção mais restrito. A primeira entende que a parte final do artigo 5º, LXXI da Constituição Federal, ao se referir a prerrogativas “inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”, restringe o alcance da expressão “direitos e liberdades” a estes bens jurídicos. A segunda corrente restringe a expressão “direitos e liberdades constitucionais” aos direitos e garantias fundamentais do Título II da Constituição Federal. A autora se filia a uma terceira corrente, mais ampliativa, advogando que o mandado de injunção protege os direitos e liberdades previstos em qualquer dispositivo constitucional (**Proteção...**, p. 140).

<sup>217</sup> Não se trata de controle concentrado, nem difuso, pois a Constituição também fixa a competência do Superior Tribunal de Justiça (artigo 105, I, h), cabendo as Constituições Estaduais dispor sobre a competência da Justiça Comum dos Estados e a lei definir a competência dos demais órgãos do Judiciário (salvo Justiça Eleitoral já fixada no artigo 121, §4º, V da Constituição Federal). Trata-se de uma terceira via entre o controle difuso e concentrado (CLÈVE, **A fiscalização...**, p. 370).

<sup>218</sup> CUNHA JUNIOR, **Controle...**, p. 522.

<sup>219</sup> PIOVESAN, **Proteção...**, p. 148.

<sup>220</sup> CLÈVE, **A fiscalização...**, p. 376-377. Caso se adote a posição que viabiliza de imediato o exercício do direito, podem ser aplicadas subsidiariamente as disposições do artigo 461 do Código de Processo Civil (TALAMINI, **Tutela...**, p. 459).

Federal considerou que ação visa obter a declaração da inconstitucionalidade da omissão com a finalidade de dar ciência desta ao órgão que está em mora para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre na ação direta por omissão<sup>221</sup>.

A posição sofreu severas críticas da doutrina e foi relativizada no julgamento do MI 232-1<sup>222</sup> e do MI 283-5<sup>223</sup>, apesar de ainda não expressar a real potencialidade do instrumento, que possibilita que o Poder Judiciário assegure o imediato exercido dos direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais<sup>224</sup>.

Postura interessante a ser adotada seria simultaneamente viabilizar o exercício do direito constitucional e dar ciência ao órgão legislativo ou executivo omissor para que adote as providências necessárias<sup>225</sup>.

O Supremo Tribunal Federal reconhece também a possibilidade de interposição de mandado de injunção coletivo pelos legitimados para o mandado de segurança coletivo<sup>226</sup>.

Na hipótese, a decisão alcançaria todo o universo de substituídos<sup>227</sup>. Não se admite, contudo, o cabimento de mandado de injunção para a tutela de direito difuso, pois desencadearia efeitos *erga omnes*<sup>228</sup>.

<sup>221</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 107-DF. Relator: Ministro Moreira Alves DJ 21.09.1990.

<sup>222</sup> Ao apreciar o pedido de entidade beneficente de assistência social acerca da efetivação do disposto no artigo 195, §7º da Constituição Federal (concede imunidade de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social), o Supremo declarou a mora do Congresso Nacional, fixando prazo de seis meses para elaborar a lei integradora, sob pena de, vencido o prazo, passasse o impetrante a gozar da imunidade requerida (Mandado de injunção n. 232-1, DJ 27.03.1992).

<sup>223</sup> No caso, objetivava-se tornar viável o exercício do direito previsto no artigo 8º, §3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (reparação econômica aos cidadãos que foram impedidos de exercer profissão específica em razão das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica n. S-50-GM5 e n. S-285-GM5). O Supremo Tribunal Federal considerou a mora inconstitucional, comunicando ao Congresso Nacional e ao Presidente da República, assinando prazo para que ultimasse o processo legislativo da lei reclamada. Caso este prazo não fosse observado, reconheceu ao impetrante a faculdade de obter da União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à reparação (Mandado de injunção n. 283-5, DJ 14.11.1991).

<sup>224</sup> PIOVESAN, **Proteção...**, p. 156.

<sup>225</sup> CLÈVE, **A fiscalização...**, p. 378.

<sup>226</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 361-RJ. Relator: Ministro Neri da Silveira, DJ 17.06.1994.

<sup>227</sup> CLÈVE, *op. cit.*, p. 387.

<sup>228</sup> PIOVESAN, **Proteção...**, p. 144. Em sentido contrário, CUNHA JUNIOR entende que o Ministério Público, com fulcro no artigo 129, §1º da Constituição Federal poderia interpor mandado de injunção na defesa de interesse difuso (**Controle...**, p. 520). BARROSO manifesta-se neste mesmo sentido (**O direito...**, p. 256).

Quanto à ação direta interventiva, em que pese o artigo 36, § 3º da Constituição Federal aludir a “ato impugnado”, o artigo 34, inciso VII prescreve apenas que a União não intervirá exceto para “assegurar a observância” dos princípios constitucionais sensíveis. Diante disso, entende-se possível a propositura de ação interventiva na hipótese de omissão legislativa estadual<sup>229</sup>.

Os atos estaduais concretos e as omissões de atos concretos violadores de princípios constitucionais sensíveis também estão abarcados<sup>230</sup>. Este, aliás, foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Interventiva nº 114-MT<sup>231</sup>.

O Supremo Tribunal Federal não anula o ato impugnado, nem determina a supressão da omissão. Contudo, com a procedência do pedido, o Presidente da República deverá (ato vinculado) decretar intervenção federal no Estado ou no Distrito Federal para restabelecer a normalidade<sup>232</sup>. No decreto deverão ser especificados a amplitude, o prazo e as condições de execução (artigo 36, §1º da Constituição Federal), oportunidade em que serão estabelecidas as condições para voltar a normalidade, elegendo-se os meios eficazes para suprimir as omissões<sup>233</sup>.

A ação direta interventiva perdeu muito de sua utilidade com a Emenda n. 16/65 que institui a ação direta de inconstitucionalidade, pois o Procurador-Geral da República, único legitimado para a propositura da ação interventiva inclusive na Constituição de 1988, pode também propor a ação direta de inconstitucionalidade,

<sup>229</sup> CLÈVE, **A fiscalização...**, p. 136.

<sup>230</sup> TAVARES, A. R. **Tribunal e jurisdição constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, p. 144.

<sup>231</sup> Cuida-se de ação interventiva conhecida, mas julgada improcedente em razão das providências tomadas pelas autoridades para restabelecer a normalidade. No caso, o Procurador Geral da República representou ao Supremo Tribunal Federal para o fim de, mediante intervenção federal no estado-membro, assegurar a observância do princípio do respeito aos direitos da pessoa humana, pois um indivíduo que se encontrava preso foi linchado e queimado vivo pela população do município de Matupá-MT, omitindo-se, na ocasião a autoridade policial (Intervenção Federal n. 114/MT. Relator: Ministro Nery da Silveira, DJ 27.09.96).

<sup>232</sup> Tratando-se de ato, antes da decretação da intervenção deverá este ser suspenso (art. 36, §3º da Constituição Federal). Só em caso de insuficiência desta medida, deverá ser decretada a intervenção. A situação é diferente quando se tratar de omissão, pois a normalidade deverá ser restabelecida de outra forma. A intervenção também não cabe quando o Estado ou o Distrito Federal providenciar a satisfação do princípio sensível violado pela revogação do ato viciado ou pelo suprimento da omissão violadora (CLÈVE, **A fiscalização...**, p. 137).

<sup>233</sup> MENDES, **Jurisdição...**, p. 285.

tendo em vista que a ação direta interventiva não tem monopólio da proteção dos princípios constitucionais sensíveis<sup>234</sup>.

Quanto ao controle de constitucionalidade por omissão de atos concretos, o mandado de segurança individual e coletivo é um eficaz instrumento<sup>235</sup>. As omissões normativas são tuteláveis através de mandado de injunção, ao passo que a falta de providência materiais é controlável por mandado de segurança<sup>236</sup>, sem excluir as vias ordinárias<sup>237</sup>.

É pacífico o cabimento do mandado de segurança contra ato omissivo do poder público, ou de quem lhe faça às vezes, lesivo a direito líquido e certo<sup>238</sup>. Restringe-se à omissão de atos concretos e a decisão judicial pode consistir numa condenação a obrigação de fazer, concretizando uma norma concessiva de direito prestacional<sup>239</sup>.

A ação popular também é instrumento de controle incidental de omissões estatais lesivas ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural<sup>240</sup>.

A própria lei n. 4.717/65 dispôs acerca das omissões ao incluir entre os possíveis réus da ação popular as autoridade, servidores ou administradores que “por omissão tiverem dado causa à lesão”<sup>241</sup>.

Qualquer cidadão brasileiro é parte legítima para propor ação popular em face de omissões dos poder público lesivas aos bens acima referidos. Sendo procedente o pedido, o juiz supre a omissão inconstitucional com a condenação das autoridades omissas numa obrigação de fazer<sup>242</sup>.

<sup>234</sup> Entretanto a ação direta interventiva não foi totalmente absorvida pela ação direta de inconstitucionalidade, pois esta se presta apenas à impugnação de atos normativos, ao passo que a ação direta interventiva se presta também à impugnação de atos e omissões concretos (CLÈVE, *A fiscalização...*, p. 138).

<sup>235</sup> CUNHA JUNIOR, *Controle...*, p. 450.

<sup>236</sup> CLÈVE, *A fiscalização...*, p. 370.

<sup>237</sup> MORO, *Por uma revisão...*, p.106.

<sup>238</sup> MEIRELLES, H. L. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e habeas data*. 14.ed.rev. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 28.

<sup>239</sup> CUNHA JUNIOR, *Controle...*, p. 450.

<sup>240</sup> *Ibid.*, p. 448. Não se presta ao controle de atos e omissões normativas (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de ordem em ação ordinária n. 506. Relator: Ministro Sydney Sanches, DJ 04.12.1998).

<sup>241</sup> BARROSO, *O direito...*, p. 211.

<sup>242</sup> CUNHA JUNIOR, *Controle...*, p. 449. A previsão de provimento condenatório na ação popular vem expressa no artigo 11 da Lei nº 4.717/65 (BARROSO, *O direito...*, p. 214).

A ação civil pública é instrumento de grande valia no combate as omissões inconstitucionais, desde que a arguição de inconstitucionalidade não seja o objeto principal da ação<sup>243</sup>. Presta-se à tutela de direitos difusos e coletivos e pode ter por objeto a condenação ao pagamento em dinheiro ou ao cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer<sup>244</sup>.

Propicia inclusive o controle das omissões dos poderes constituídos no que toca a implementação das políticas públicas necessárias à efetivação dos direitos sociais mínimos<sup>245</sup>. Até porque os órgãos públicos não têm discricionariedade quanto à implementação ou não das políticas públicas constitucionalmente impostas, mas apenas quanto aos meios para fazê-lo, que também devem observar os princípios da razoabilidade, moralidade administrativa, eficiência e economicidade<sup>246</sup>.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental incidental não tem ainda seus contornos bem definidos tanto na doutrina quanto na jurisprudência<sup>247</sup>. Questiona-se a legitimidade ativa para sua interposição<sup>248</sup>, seu objeto<sup>249</sup> e suas hipóteses de cabimento, por se tratar de mecanismo subsidiário<sup>250</sup>.

<sup>243</sup> CUNHA JUNIOR, op. cit., p. 457.

<sup>244</sup> O juiz concede tutela específica ou determina as providências que garantam o resultado prático equivalente ao do adimplemento, comportando antecipação de tutela preenchidos os requisitos. Não sendo possível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente, a solução será a conversão da obrigação em perdas e danos (CUNHA JUNIOR, **Controle...**, p. 453).

<sup>245</sup> COMPARATO conceitua política pública como uma atividade, um conjunto organizado de atos e normas tendentes à realização de um objetivo determinado. Reconhece a possibilidade de aferir a inconstitucionalidade das omissões dos poderes públicos quanto à implementação de políticas públicas, contudo, entende que é necessário uma reforma constitucional para introduzir o seu juízo de constitucionalidade, precisando a forma processual da demanda, a legitimidade das partes e competência (Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade das políticas públicas. **Revista dos Tribunais**, ano 86, vol. 737, mar. 1997, p. 19-21). De outra banda, MORO entende que o controle da constitucionalidade dos atos, normativos ou materiais, que compõe determinada política pública pode ser realizado abstrata (atos normativos) e concretamente, preferivelmente em sede de ações coletivas (**Desenvolvimento...**, p. 97).

<sup>246</sup> CUNHA JUNIOR, **Controle...**, p. 460-461.

<sup>247</sup> Esta modalidade é objeto de impugnação na Ação direta de inconstitucionalidade n. 2231-DF. Iniciado o julgamento de medida cautelar, o Min. Néri da Silveira manifestou-se pelo seu deferimento, a fim de excluir a possibilidade de utilização deste instrumento nas controvérsias constitucionais em trâmite, votando pela suspensão da eficácia do artigo 1º, I, parágrafo único e do artigo 5º, §3º da Lei n. 9.882/99. O julgamento foi suspenso (Informativo 253 do STF).

<sup>248</sup> Devido ao veto ao inciso II artigo 2º da Lei nº 9882/99 que previa a possibilidade de "qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público" propor arguição de descumprimento de preceito fundamental, restam como legitimados para propositura os mesmos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade. O veto praticamente esvaziou a arguição incidental, pois dificilmente um dos legitimados para arguição direta se valerá da arguição incidental, pois esta exige a demonstração prévia de controvérsia judicial relevante (CUNHA JUNIOR, op. cit., p. 611). Em razão disto, propõe STRECK uma interpretação conforme a Constituição do inciso I do artigo 2º da Lei n. 9882/99 para fins de possibilitar que também o cidadão recorra diretamente ao Supremo Tribunal Federal, pois a arguição é um instrumento de proteção dos direitos fundamentais (**Os meios...**, p.

Reconhece-se, contudo, que se trata de instrumento *sui generis* de controle de constitucionalidade, pois a questão constitucional se manifesta incidentalmente no curso de qualquer processo, mas competência para apreciá-la concentra-se no Supremo Tribunal Federal que não julga o caso concreto, apenas a questão constitucional<sup>251</sup>.

Assim, não se trata de instrumento hábil a desencadear o controle concreto de constitucionalidade, conforme aponta parte da doutrina<sup>252</sup>, pois a análise feita pelo Supremo Tribunal Federal restringe-se a questão constitucional<sup>253</sup>.

O Supremo Tribunal Federal entende cabível a arguição autônoma para controle das omissões inconstitucionais<sup>254</sup>. Quanto à arguição incidental, apesar da sua subsistência questionável no ordenamento jurídico, a doutrina entende ser esta cabível em face de omissões<sup>255</sup>.

266). A solução também é defendida por CUNHA JUNIOR, propondo que aos legitimados do inciso I caiba a arguição direta e a qualquer cidadão a incidental, pois entende não ser esta extensão vedada pela Constituição (**Controle...**, p. 612). Já TAVARES entende que o próprio órgão jurisdicional pode remeter a questão ao Supremo Tribunal Federal (mediante previsão legal) ou qualquer pessoa interessada (Arguição de descumprimento de preceito fundamental: aspectos essenciais do instituto na Constituição e na lei. In: TAVARES, A. R.; ROTHENBURG, W. C. (Org.). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei n. 9.882/99**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 72).

<sup>249</sup> TAVARES entende que Lei nº 9882/99 correlacionou às modalidades autônoma e incidental da arguição, respectivamente, o art. 1º, *caput*; e o art. 1º, parágrafo único, inc. I da Lei nº 9882/99. A modalidade incidental teria cabimento quando fosse relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição. (**Arguição...**, p. 63). SARMENTO advoga que não há vinculação das modalidades de arguição de descumprimento de preceito fundamental autônoma e incidental a objetos de incidência distintos (Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: TAVARES, A. R.; ROTHENBURG, W. C. (Org.). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei n. 9.882/99**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 90). No mesmo sentido, CUNHA JUNIOR aduz que apesar da doutrina cogitar de duas modalidades de arguição (direta e incidental), a Lei nº 9882/99 tratou apenas de prever processamentos diversos para da mesma ação constitucional que tem por objeto atos e omissões dos poderes públicos, normativos ou não (**O controle...**, p. 614).

<sup>250</sup> O caráter subsidiário da arguição vem previsto no artigo 4º §1º da Lei n. 9882/99, só sendo admitida quando inexistir outro meio eficaz para sanar a lesão ao preceito fundamental (BINENBOJM, G. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 214).

<sup>251</sup> STRECK, **Os meios...**, p. 279..

<sup>252</sup> MANDELLI JUNIOR, **Arguição...**, p. 104.

<sup>253</sup> BARROSO, **O controle...**, p. 220.

<sup>254</sup> O Supremo entendeu admissível a arguição (autônoma) em face de omissões inconstitucionais, por não se a ação direta de inconstitucionalidade por omissão meio eficaz para sanar a lesividade a preceito fundamental (Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 4. Relator: Ministro Octavio Gallotti, DJ 17.04.2002).

<sup>255</sup> ROTHENBURG, ROTHENBURG, W. C. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: TAVARES, A. R.; ROTHENBURG, W. C. (Org.). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei n. 9.882/99**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 208.



## 4 CONCRETIZAÇÃO JUDICIAL

### 4.1 MÍNIMO EXISTENCIAL E RESERVA DO POSSÍVEL

Acertada a premissa de que as omissões normativas e administrativas são sindicáveis em sede de controle concreto e incidental de constitucionalidade<sup>256</sup>, há que se partir para o campo dos limites da concretização judicial das normas constitucionais.

Todas as normas constitucionais, inclusive as de natureza principiológica e as classificadas como de eficácia limitada, podem ser invocadas pelos juízes na solução dos casos concretos<sup>257</sup>. Contudo, a abordagem restringe-se ao mínimo existencial para não fugir da proposta do trabalho, qual seja: o controle concreto de omissões.

Assim, há que se assentar que vedação à concretização judicial dos direitos sociais mínimos não pode ser justificada apenas com base na baixa densidade normativa dos textos<sup>258</sup>, tendo em vista que incumbe justamente ao Judiciário a tarefa de interpretá-los. Nos casos em que a própria Constituição alude à integração legislativa ou administrativa, permanecendo omissos os destinatários da imposição constitucional, é viável a concretização judicial, possibilitando o exercício do direito no caso concreto<sup>259</sup>.

Nada obsta que o juiz recorra a elementos não textuais na solução de questões constitucionais, como o faz inclusive na interpretação dos tipos penais abertos. Ressalte-se, todavia, que o legislador tem mais liberdade que o juiz nesta atividade de concretização, o que não impede que este o faça diante do silêncio legislativo ou executivo, valendo-se de ampla instrução probatória para tomada da decisão<sup>260</sup>.

<sup>256</sup> Até porque não há diferença substancial entre o controle de constitucionalidade por ação e o controle por omissão. A interferência judicial é inclusive maior no caso de invalidação dos atos do Executivo e do Legislativo, pois o juiz sobrepõe a sua interpretação da Constituição à interpretação legislativa ou executiva (MORO, **Desenvolvimento...**, p. 86).

<sup>257</sup> *Ibid*, p. 83.

<sup>258</sup> GOUVEA, **O controle...**, p. 16.

<sup>259</sup> Não se cogita que o Poder Judiciário passe a desempenhar as funções típicas do executivo e legislativo (elaborar normas gerais e abstratas), defende-se, apenas, que o Judiciário viabilize o exercício do direito (GRAU, E. R. **A ordem na Constituição de 1988**. 8.ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 274).

<sup>260</sup> MORO, **Desenvolvimento...**, p. 90.

A baixa densidade normativa não é justificativa notadamente quanto se trata de direitos sociais mínimos<sup>261</sup>, mas o dado concreto de que tais direitos demandam, para sua efetivação, dispêndio de recursos financeiros que o Estado detém de forma limitada, deve ser observado, eis a denominada reserva do possível fática<sup>262</sup>.

Ademais, a determinação judicial de realizar despesas em função de direitos prestacionais poderia inviabilizar outros projetos estatais. Em países como o Brasil, onde a maioria da população é carente, a questão da alocação de recursos é uma escolha dramática, que envolve uma deliberação de prioridades, em princípio, atribuível às autoridades eleitas<sup>263</sup>.

Há também a faceta jurídica da reserva do possível, pois o Judiciário não dispõe, a princípio, de instrumentos jurídicos para determinar uma reformulação no orçamento, documento formalmente legislativo cuja competência constitucional para elaboração incumbe ao Executivo e ao Legislativo<sup>264</sup>.

Desta forma, afirma-se que se o juiz resolvesse implementar os direitos prestacionais estaria invadindo a esfera de discricionariedade dos demais poderes<sup>265</sup>. Os argumentos da ausência de legitimidade democrática da jurisdição constitucional e violação ao princípio da separação dos poderes são constantemente apostos contra a efetivação dos direitos prestacionais, ambos serão adiante analisados.

Apesar das críticas quanto ao limite da reserva do possível<sup>266</sup> e da ressalva de que inclusive os direitos individuais e políticos demandam gastos do Poder Público<sup>267</sup>, o cumprimento das normas constitucionais que asseguram uma existência digna é imposição constitucional, que, sem dúvida, exige gastos elevados<sup>268</sup>.

<sup>261</sup> MORO, **Desenvolvimento...**, p. 98.

<sup>262</sup> GOUVEA, **O controle...**, p. 19.

<sup>263</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>264</sup> *Id.*

<sup>265</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>266</sup> KRELL critica a recepção descontextualizada no Brasil da doutrina europeia da reserva do possível, pois os problemas de exclusão social no Brasil se apresentam numa intensidade tão grave que não podem ser comparados à situação social dos países-membros da União Europeia, onde a doutrina germinou. Desta forma, afirma que se os recursos não são suficientes deve-se retirá-los de outras áreas (transporte, fomento econômico, serviço de dívida) onde sua aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos sociais mínimos (**Direitos...**, p. 53)

<sup>267</sup> HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W.W. Norton & Company, 1999 *apud* BARCELLOS, **A eficácia...**, p. 238.

<sup>268</sup> BARCELLOS, **A eficácia...**, p.242.

A primeira observação a ser feita é a de que a disciplina constitucional dos gastos públicos não se restringe à imposição de previsão orçamentária, devendo também observância aos fins materiais impostos pela Constituição. Ou seja, os recursos disponíveis devem ser aplicados no atendimento dos fins essenciais, dos direitos sociais mínimos. Apenas depois de atingir os alvos prioritários é que se poderá discutir em que outros projetos irá se investir<sup>269</sup>, pois o Legislador não tem discricionariedade e liberdade orçamentária frente aos direitos sociais mínimos<sup>270</sup>.

A segunda refere-se à colisão de princípios constitucionais. Analisando a situação em que as decisões judiciais repercutem no orçamento, havendo conflito entre o princípio da legalidade da despesa pública e o princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário, GRAU reconhece a prevalência deste último, afastando-se, no caso, as regras constitucionais atinentes à elaboração e execução orçamentária<sup>271</sup>.

Ademais, apesar da relatividade dos direitos fundamentais na medida em que convivem com outros direitos<sup>272</sup>, tem-se que estes não podem ser desconsiderados em face de regras de competência<sup>273</sup>.

Contudo, quanto à reserva do possível fática, a situação se torna mais delicada, pois não se trata de uma questão de prioridades e competência, mas sim possibilidade financeira de cumprir a determinação judicial. Diante da circunstância de absoluta impossibilidade financeira (exaustão orçamentária), comprovada pelo Poder Público<sup>274</sup>, não há muito que se fazer de imediato, sendo a única solução viável a determinação judicial (provimento mandamental) para que se implemente o direito, mediante inclusão da despesa no orçamento seguinte<sup>275</sup>.

<sup>269</sup> BARCELLOS, A **eficácia...**, p. 246.

<sup>270</sup> MORO, **Por uma revisão...**, p. 105.

<sup>271</sup> GRAU, E. R. Despesa pública: conflito entre princípios e eficácia das regras jurídicas, o princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 2, 1993, p. 143.

<sup>272</sup> FREITAS, J. **A melhor...**, p. 284.

<sup>273</sup> GOUVÊA, **O controle...**, p. 249.

<sup>274</sup> GRAU, **Despesa...**, p. 146.

<sup>275</sup> A Constituição não veda este tipo de determinação. A ordem para inclusão de rubrica no orçamento é a análoga à expedição de um precatório. No mais, se a Constituição consagra a possibilidade do Judiciário atuar no orçamento em favor do particular, com mais razão poderá este estabelecer uma rubrica que reverta para o aparelhamento estatal. Contudo, tratando-se as prestações materiais de prestações complexas, não é possível que o juiz determine como será implementada a medida (*facere*), pois ocorreria uma exacerbada intervenção na atuação da Administração Pública (GOUVÊA, op. cit., p. 313).

Os instrumentos analisados no capítulo 2 viabilizam a concretização judicial dos direitos sociais mínimos. Note-se que caso se exijam providências normativas, o Judiciário poderá viabilizar o exercício do direito no caso concreto colocado a sua apreciação, não pode, contudo, determinar a emanção da norma geral e abstrata pelo Legislativo. Tratando-se de omissão de atos concretos, é viável a condenação ao cumprimento de obrigação de fazer<sup>276</sup>.

No que concerne aos direitos sociais mínimos, algumas soluções foram apontadas pela doutrina, visando contornar os limites à concretização judicial.

O direito subjetivo à educação fundamental (primeiros oito anos de escolaridade) além de disciplinado no artigo 208 da Constituição, também foi regulamentado pela Lei nº 9.394/96, sendo reconhecida sua natureza de direito público subjetivo, ou seja, é possível exigir<sup>277</sup> judicialmente uma vaga em alguma escola pública, de qualquer nível federativo, para cursar o ensino fundamental diante da falta de estrutura pública para atender todos os estudantes ou de escola noturna<sup>278</sup>.

Alternativamente, com base no artigo 213, §1º da Constituição Federal, o Poder Público poderá ser obrigado a custear a educação fundamental do interessado em instituição privada de ensino de padrão e custos similares ao da escola pública até que o serviço público seja prestado<sup>279</sup>.

Para suprimir a omissão administrativa, o Ministério Público e os demais legitimados, na defesa de interesses coletivos, podem pleitear o custeio pelo Poder Público do ensino fundamental em escolas privadas para um conjunto representativo de indivíduos de determinada região. Já na defesa de interesses difusos, podem requerer a inclusão obrigatória no orçamento do próximo exercício da verba necessária para a construção da escola<sup>280</sup>.

<sup>276</sup> MORO, **Desenvolvimento...**, p. 111.

<sup>277</sup> No artigo 5º da Lei n. 9.394/96 está expresso que qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída e o Ministério Público podem propor ação para garantir o acesso ao ensino fundamental. O Município e o Estado são responsáveis prioritariamente, bem como a União na ausência de atuação destes (GOUVÊA, **O controle...**, p. 80).

<sup>278</sup> BARCELLOS, **A eficácia...**, p. 264.

<sup>279</sup> O juiz poderá utilizar analogicamente o Código de Processo Civil no que respeita a obrigação de fazer executada por terceiro, não sendo a ausência de lei integradora um limite intransponível.

<sup>280</sup> A questão do pagamento da escola privada pelo Poder Público pode ser resolvida de várias formas. A primeira seria através da emissão de precatórios, trazendo o inconveniente do autor

No que concerne à proteção da saúde, tem-se que o Judiciário pode determinar concretamente o fornecimento de medicamentos para assegurar o mínimo existencial com fundamento na Constituição (direito prestacional originário). Caso exista a previsão em lei com relação às prestações fora deste conjunto, também poderá fazê-lo<sup>281</sup>. Entende-se que as prestações que compõem o mínimo existencial são aquelas estabelecidas como prioridades na própria Constituição: prestação do serviço de saneamento (artigos 23, IX e 200, IV), atendimento materno-infantil (artigo 227, I), ações de medicina preventiva (artigo 198, II) e ações de prevenção epidemiológica (artigo 200, II)<sup>282</sup>.

As soluções aventadas para a educação fundamental (prestação por particular às expensas do Poder Público) também cabem neste tópico, salvo quanto ao saneamento básico, onde só é viável a determinação de inclusão obrigatória no orçamento do ano seguinte da verba destinada a tal fim<sup>283</sup>.

só poder cursar o ensino fundamental quando disponível o numerário, pois não se pode obrigar o particular a prestar serviço condicionado ao pagamento futuro. Outra solução seria considerar que tais gastos estão cobertos pela previsão orçamentária de despesas com educação, permitindo o empenho imediato. A terceira hipótese é o juiz autorizar a compensação do valor a ser gasto pela escola particular com débitos tributários devidos por esta ao ente público e, por fim, poderia ser adotada a remissão de tributos no valor equivalente ao dispêndio com o aluno. As últimas soluções dependeriam de previsão em lei sobre a possibilidade de compensação e remissão (BARCELLOS, **A eficácia...**, p. 270-272). Solução interessante seria determinar que o ente público utilizasse o dinheiro dos Fundos de direitos difusos para cumprimento da obrigação de fazer ou pagasse o particular com este dinheiro. O Fundo seria ressarcido posteriormente através da inclusão de verba no orçamento subsequente (GOUVÊA, **O controle...** p. 305).

<sup>281</sup> A Lei n. 9.313/96 prevê a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS, não fazendo qualquer distinção econômica entre os portadores. No Rio Grande do Sul, a Lei Estadual n. 9.908/93 determina o fornecimento gratuito de medicamentos excepcionais a pessoas carentes de recursos. GOUVÊA observa que a lei federal alude a regulamentação para definir os medicamentos disponíveis e para atribuir a responsabilidade financeira, o que faz com que os entes públicos aleguem obscuridade no texto da norma (Ibid., p. 348).

<sup>282</sup> Além do elenco de prioridades ser extraído do próprio texto constitucional, este tem respaldo por incluir as prestações que todos os indivíduos necessitam (atendimento ao parto e acompanhamento da criança), necessitam (saneamento básico e atendimento preventivo) ou provavelmente não de necessitar (acompanhamento e controle de doenças típicas da terceira idade) (BARCELLOS, **A eficácia...**, p. 281).

<sup>283</sup> O saneamento propriamente dito descreve o processo que se inicia com a captação ou derivação da água, seu tratamento, adução e distribuição e finda com o esgotamento sanitário e efusão industrial. Não se trata de serviço que se possa isolar, pois normalmente atinge mais de um Município. A sua execução só pode ser delegada aos particulares mediante concessão ou permissão (artigo 175 da Constituição Federal), o que impossibilita que se pleiteie a sua construção pela iniciativa privada, pois o juiz teria decidir de forma definitiva a respeito da conveniência e oportunidade da concessão, bem como sobre o próprio concessionário vencedor (Ibid., p. 288).

Quanto à assistência aos desamparados (alimentação, vestuário e moradia<sup>284</sup>) encontram-se dificuldades no que toca o modo de prestá-las diante das várias alternativas (entrega de numerário, sistema de vales, prestação de assistência *in natura*)<sup>285</sup>.

BARCELLOS defende que o Estado deve dispor de um estabelecimento no qual as pessoas necessitadas possam se abrigar à noite, bem como de programa de fornecimento de alimentação e vestuário. A autora entende possível a ação individual, mas inviável, mostrando-se a tutela coletiva mais apta para solução, podendo inclusive ser pleiteado que o Poder Público seja obrigado a instituir alguma forma de assistência básica, em determinado prazo. Em não havendo recursos, deverá ser incluído no próximo orçamento, com prazo mais extenso<sup>286</sup>.

Por fim, tem-se que para concretização dos direitos sociais mínimos, é condição pressuposta o acesso à justiça, já garantido constitucionalmente (artigo 5º, XXXV da Constituição Federal). Há diversos meios para concretizar este direito, entre estes a gratuidade de custas processuais (Lei n. 1.060/50), a nomeação de advogados dativos (Lei n. 8.906/94), implementação dos Juizados Especiais (Lei n. 9.099/95 e Lei n. 10.259/01) e das Defensorias Públicas<sup>287</sup>.

#### 4.2 LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A interpretação criativa dos juízes e tribunais visando a concretização de direitos prestacionais relativos ao mínimo existencial encontra mais dois obstáculos

<sup>284</sup> SARLET trata o direito à moradia em sua dimensão negativa e positiva. Enquanto direito prestacional consiste num direito à proteção normativa e à prestações materiais que viabilizem o acesso a uma moradia digna. Quanto ao conteúdo do direito, afirma que este problema só poderá ser solucionado à luz das circunstâncias do caso concreto. Desta forma, quando argumentos como reserva de competência legislativa implicarem grave agressão do valor maior vida e dignidade da pessoa humana ou na hipótese em que, da análise dos bens colidentes, resultar a prevalência do direito prestacional, poder-se-á sustentar o reconhecimento de um direito subjetivo definitivo à prestação. Quanto aos modos de assegurar a moradia, aponta, o autor, que existe um elenco de alternativas que não pode ser previamente estabelecido, demandado debate e desenvolvimento (O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. **Arquivos de direitos humanos**, vol. 4, p. 174, 2002).

<sup>285</sup> BARCELLOS, **A eficácia...**, p. 290.

<sup>286</sup> *Ibid.*, p. 292.

<sup>287</sup> Quanto a Defensoria Pública, exige-se lei complementar para sua organização (artigo 134, parágrafo único da Constituição Federal). Na ausência de lei, o Judiciário, incidentalmente, pode utilizar meios substitutivos para assegurar o acesso à justiça (nomeação de defensor dativo), contudo, não pode legislar de forma geral e abstrata (*Ibid.*, p. 299).

freqüentemente apontados pelos doutrinadores e mais ainda pela jurisprudência, quais sejam: a suposta ausência de legitimidade democrática dos juízes e o princípio da separação dos poderes<sup>288</sup>.

#### 4.2.1 Legitimidade democrática

Mesmo nos países em que a Constituição outorgou ao Poder Judiciário a competência para exercer a fiscalização da constitucionalidade de atos e omissões do Poder Público ainda se questiona o alcance da jurisdição constitucional e os limites de suas decisões<sup>289</sup>, pois os juízes não são eleitos pelo povo, não se submetendo aos controles periódicos de aferição da legitimidade de sua atuação, próprio da *democracia representativa*<sup>290</sup>.

Busca-se justificar a compatibilidade da jurisdição constitucional com a democracia através de vários argumentos. SAMPAIO traz onze levantados pelos defensores da jurisdição constitucional e do seu papel de garante da Constituição<sup>291</sup>.

O primeiro deles relaciona-se à necessidade de controle do Poder pelo Poder, sendo o controle de constitucionalidade importante para manter um equilibrado sistema de freios e contrapesos<sup>292</sup>.

Outro argumento é a deficiência de legitimidade do Legislativo e Executivo verificada na práxis política, pois os representantes do povo acabam exercendo o mandato na direção de interesses próprios ou de grupos de apoio, não se tratando o sistema representativo de efetivo instrumento dos interesses da população<sup>293</sup>.

Seguindo a linha do argumento anterior, afirma-se também a necessidade de desenvolvimento de estratégias interpretativas, pelos juízes, para enfrentar a práxis

<sup>288</sup> CUNHA JUNIOR, *Controle...*, p. 381.

<sup>289</sup> MORO, *Jurisdição...*, p. 81.

<sup>290</sup> BINENBOJM, *A nova...*, p. 51.

<sup>291</sup> SAMPAIO, *A constituição...*, p. 61

<sup>292</sup> *Ibid.*, p. 64. CAPPELLETTI aborda que com o agigantamento das funções legislativa e executiva, fez-se necessária a atuação judicial controladora (**Juízes legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 53).

<sup>293</sup> SAMPAIO, *op. cit.* p. 66. CAPPELLETTI aponta que a liderança legislativa e executiva não constitui perfeito paradigma da democracia representativa, pois se encontra freqüentemente compromissada com grupos variados que procuram vantagens e terão mais acesso aos órgãos políticos (**Juízes...**, p. 95).

política distorcida. A intromissão judicial se justificaria para verificar se a atuação do Legislativo e do Executivo teria se dado de forma adequada<sup>294</sup>.

O quarto argumento propaga a afinidade das idéias da maioria parlamentar e dos membros do tribunal, devido ao processo de escolha destes. Crê-se que há uma reprodução judicial da vontade majoritária e, caso esta não se verifique, a jurisprudência possivelmente será superada por meio de emenda constitucional, que atua como mecanismo de controle do controlador<sup>295</sup>.

Sob um enfoque procedimental, argumenta-se que a conciliação do constitucionalismo com a democracia exige a distribuição de tarefas entre Legislativo e Judiciário, cabendo àquele, por representar a maioria, a identificação e acomodação dos valores fundamentais da comunidade e ao Judiciário a garantia do funcionamento do processo político<sup>296</sup>.

O sexto argumento consiste em viabilizar a atuação da jurisdição constitucional com vistas a salvaguardar os direitos fundamentais, até porque estes direitos são a expressão de uma vontade popular de nível superior e, portanto, expressão maior da democracia<sup>297</sup>.

Advoga-se, também, que a posição privilegiada do juiz, alheio às causas políticas, e a sua independência, conferir-lhe-ia os atributos para a defesa imparcial das normas constitucionais<sup>298</sup>.

O oitavo argumento favorável à jurisdição constitucional reside na consistência das decisões judiciais, que devem ser, por imposição constitucional, públicas e motivadas<sup>299</sup>.

A jurisdição constitucional também é justificada com base na sua prática, pois tem contribuído para o aperfeiçoamento das instâncias sociais, dos processos de

<sup>294</sup> SAMPAIO, **A constituição...**, p. 69.

<sup>295</sup> *Ibid.*, p. 71. Com relação à superação da jurisprudência através de emenda constitucional, no direito pátrio o argumento é relativizado, pois o controle de constitucionalidade incide sobre emendas constitucionais, que devem observar as limitações expressas e implícitas (MORAES, **Direito...**, p. 565).

<sup>296</sup> ELY defende a supracitada tese. Para o autor a função específica da jurisdição constitucional é promover o funcionamento adequado da democracia assegurando a abertura a canais de participação e de mudanças políticas, impedindo, também, a tomada de decisões contrárias a direitos de minorias que não participem de forma adequado no processo político-democrático por sofrerem preconceito por parte da maioria política. Restringe-se, portanto, a atuação da jurisdição constitucional aos casos de mau funcionamento da democracia (**Democracy and distrust: a theory of judicial review**, p. 106 *apud* MORO, **Jurisdição...**, p. 107).

<sup>297</sup> SAMPAIO, **A constituição...**, p. 82.

<sup>298</sup> *Ibid.*, p. 87.

<sup>299</sup> *Ibid.*, p. 94.



integração e de consenso político e social, bem como tem permitido uma atualização dos valores fundamentais da comunidade<sup>300</sup>.

Defende-se que a jurisdição constitucional seria um instrumento para garantir a normatividade da Constituição e a sua supremacia, que, por sua vez, só tem sentido prático caso se possa sancionar os possíveis desacertos e incompatibilidades dos poderes constituídos<sup>301</sup>.

O último argumento apontado por SAMPAIO leva em conta a previsão constitucional do exercício pelo Poder Judiciário do controle de constitucionalidade, o que legitima a jurisdição constitucional<sup>302</sup>.

BARCELLOS também traz argumentos que fundamentam a atuação do Judiciário, quais sejam: a criação do Judiciário pela própria Constituição; a composição dos órgãos de cúpula do Judiciário relacionar-se à vontade do Executivo e Legislativo<sup>303</sup>; a independência dos magistrados; a atividade jurisdicional ser desenvolvida com fundamento na norma jurídica, fruto de uma manifestação majoritária; a possibilidade de revisão das decisões por órgãos superiores; a participação efetiva das partes no processo judicial ante o princípio do contraditório e o acesso que os grupos minoritários têm ao Judiciário para a preservação de seus direitos<sup>304</sup>.

Verifica-se, entretanto, quanto aos limites da jurisdição constitucional, que o cerne da questão encontra-se na concepção de democracia adotada, pois se equipará-la à regra majoritária, dificilmente a concretização judicial será considerada legítima<sup>305</sup>.

Neste sentido, MORO alude às diversas concepções sobre a democracia, esclarecendo que a concepção mais recorrente identifica-a como "governo do

<sup>300</sup> SAMPAIO, **A constituição...**, p. 98. Recorda, ainda, CUNHA JUNIOR que o processo judicial possibilita uma direta e imediata relação entre as partes e o juiz, adquirindo, a jurisdição constitucional, legitimidade pelo fato de que os juizes, apesar de não eleitos, são os mais próximos da população (**Controle...** p. 390).

<sup>301</sup> SAMPAIO, *op.cit.*, p. 94.

<sup>302</sup> *Ibid.*, p. 100.

<sup>303</sup> No Brasil, os ministros do Supremo Tribunal Federal são nomeados pelo Presidente da República, após aprovação de seus nomes pelo Senado. Portanto, os juizes constitucionais recebem indiretamente a legitimação do sufrágio popular, tendo em conta a intervenção dos diretamente eleitos no processo de nomeação dos juizes (CUNHA JUNIOR, **Controle...**, p. 381).

<sup>304</sup> BARCELLOS, **A eficácia...**, p. 232. No mesmo sentido, CUNHA JUNIOR aponta que o que caracteriza a democracia não é a intervenção do povo na feitura das leis, o que hoje é mera ficção, mas sim o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, cuja defesa incumbe ao Judiciário (**Controle...**, p. 385).

<sup>305</sup> SOUZA NETO, **Fundamentação...**, p. 43.

povo”<sup>306</sup>, sendo possível enfocá-la como um ideal a ser atingido, o que implica na imposição de que nos regimes democráticos a participação popular deva ser a mais ampla possível<sup>307</sup>.

Sob esta ótica, a jurisdição constitucional encontraria a devida compatibilidade com a democracia, na medida em que tanto em sede de controle difuso quanto concentrado há a previsão da possibilidade de manifestação dos órgãos e entidades representativas, conferindo representatividade à sociedade pluralista no processo constitucional<sup>308</sup>.

Ademais, questiona-se a identidade entre a vontade do representado e as ações do representante<sup>309</sup>. BARCELLOS inclusive aponta exemplos históricos de maiorias totalitárias como a nazista e a fascista<sup>310</sup>.

CAPPELLETTI enfatiza que a noção de democracia não pode ser reduzida a uma simples idéia majoritária, pois significa também participação, tolerância e liberdade. Desta forma, a criatividade judicial pode colaborar para que a maioria observe estes pressupostos<sup>311</sup>.

Exige-se o respeito aos direitos fundamentais de todos os indivíduos, façam ou não parte da maioria, pois estes atuam como condições pressupostas da democracia, residindo aqui os limites da regra majoritária<sup>312</sup>.

Desta forma, considerando que as Constituições trazem o consenso mínimo da sociedade e que este deverá ser respeitado independentemente de quem tenha sido eleito, não é admissível o desrespeito aos direitos fundamentais pelos poderes constituídos<sup>313</sup>.

O que se defende é que embora a regra da maioria, por ter como base a noção de igualdade, seja essencial para a democracia, com esta não se confunde<sup>314</sup>.

<sup>306</sup> MORO, **Jurisdição...**, p. 83.

<sup>307</sup> Id.

<sup>308</sup> CUNHA JUNIOR, **Controle...**, p. 390.

<sup>309</sup> Ibid., p. 383.

<sup>310</sup> BARCELLOS, **A eficácia...**, p.227.

<sup>311</sup> CAPPELLETTI, **Juízes...**, p. 107.

<sup>312</sup> BARCELLOS, op. cit., p. 228. SOUZA NETO assevera os direitos fundamentais são condições procedimentais da democracia e devem ser mantidos numa esfera de intangibilidade. Assim, ainda que o Judiciário esteja limitando o princípio majoritário em favor dos direitos fundamentais, estará preservando a democracia (**Fundamentação...**, p. 51).

<sup>313</sup> BARCELLOS, op. cit., p. 232.

<sup>314</sup> Ibid., p. 231.

Portanto, embora contra-majoritária, a jurisdição constitucional não é antidemocrática, pois a sua autoridade é assegurada pela vontade suprema do povo na medida em que se presta a conferir efetividade às normas constitucionais, notadamente aos direitos fundamentais<sup>315</sup>.

Considera-se a jurisdição constitucional condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito, admitindo-se que o Judiciário concretize as normas que cuidam do mínimo existencial, determinando as prestações necessárias a sua satisfação, assegurando a produção de todos os seus efeitos<sup>316</sup>.

Não se nega que há um espaço reservado para a livre deliberação do Legislativo e do Executivo (observadas as diretrizes constitucionais), mas neste não se incluem os direitos que compõem o mínimo existencial<sup>317</sup>.

Desta forma, tem-se que a legitimidade a jurisdição constitucional reside justamente na sua capacidade de harmonizar os valores do Estado Democrático – consubstanciado no governo da maioria – com os valores do Estado de Direito – supremacia da Constituição e defesa dos direitos fundamentais<sup>318</sup>.

#### 4.2.2 Princípio da separação dos poderes<sup>319</sup>

Não só regra majoritária é levantada como óbice à concretização dos direitos prestacionais, como também o princípio da separação dos poderes, tendo em vista que sustentar a concretização judicial destes direitos implicaria em legitimar a disposição dos recursos orçamentários pelo Judiciário<sup>320</sup>.

Tratando-se de princípio constitucional, a separação dos poderes deve conciliar-se com outros princípios como a dignidade da pessoa para que não mais produza o efeito paralisante às reivindicações por direitos prestacionais, devendo acompanhar esta evolução<sup>321</sup>.

<sup>315</sup> CUNHA JUNIOR, **Controle...**, p. 401.

<sup>316</sup> BARCELLOS, **A eficácia...**, p. 233.

<sup>317</sup> *Ibid.*, p.232.

<sup>318</sup> CUNHA JUNIOR, **Controle...**, p. 387.

<sup>319</sup> Critica-se a expressão separação dos poderes, pois o poder é uno e indivisível (*Ibid.*, p. 15). Apesar da crítica, fazer-se-á uso da expressão, nesta monografia, por estar arraigada na outrina e não ser o objetivo precípua deste trabalho o ataque a estes equívocos.

<sup>320</sup> GOUVEA, **O controle...**, p. 21.

<sup>321</sup> CUNHA JUNIOR, **Controle...**, p. 331.

O primeiro passo para solucionar a questão é contextualizar o princípio da separação dos poderes<sup>322</sup> pois a concepção clássica não se coaduna com o Estado Constitucional Social e Democrático de Direito<sup>323</sup>.

Considerando as circunstâncias históricas dos séculos XVIII e XIX, principalmente o papel desempenhado pelo parlamento na desmontagem do antigo regime, impôs-se uma noção de separação dos poderes que consagrava a supremacia do parlamento e da lei<sup>324</sup>.

De outra banda, no século XX, as Constituições deixaram de ser documentos revestidos apenas de caráter organizatório e foram redefinidos os papéis do Judiciário e Executivo, passando estes a ocupar espaços cada vez maiores<sup>325</sup>.

O papel conferido ao Judiciário não se coaduna com o proposto pela teoria clássica de Montesquieu, onde o juiz não passava da boca que pronunciava as palavras da lei<sup>326</sup>. Exige-se que o Poder Judiciário colabore na redução das desigualdades sociais, garantindo a efetividade dos direitos sociais<sup>327</sup>.

Ademais, não se concebe uma separação absoluta dos poderes. O que atualmente caracteriza a independência entre os órgãos do poder é a predominância no desempenho das funções executiva, legislativa e judiciária. Ao lado destas funções predominantes, denominadas funções típicas, há outras chamadas atípicas, que são realizadas subsidiariamente pelos outros órgãos com vistas a garantir a própria autonomia e independência. Portanto, o que se tem não é uma separação de poderes, mas sim uma coordenação entre os órgãos em certas tarefas, onde cada um participa, de forma limitada e secundária, da função do outro, que conserva a sua, ensejando um funcionamento harmônico<sup>328</sup>.

No Brasil, cabe ao Legislativo, preponderantemente, legislar, inovar de forma geral e abstrata na ordem jurídica, ao Executivo administrar e o Judiciário julgar. Observam-se, todavia, vários pontos de contato onde cada órgão exerce atividades

<sup>322</sup> CLÉVE, C. M. **Atividade legislativa do poder executivo**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 44.

<sup>323</sup> CUNHA JUNIOR, **Controle...**, p. 328.

<sup>324</sup> Vale ressaltar que nesta época não se reconhecia à Constituição caráter normativo, capaz de produzir efeitos diretamente (BARCELLOS, **A eficácia...**, p. 214).

<sup>325</sup> *Ibid.*, p. 215.

<sup>326</sup> TAVARES, A. R. A superação da doutrina tripartite dos 'poderes' do estado. **Revista dos Tribunais: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, n. 29, p. 68, out./dez.1999.

<sup>327</sup> LEAL, R. S. A judicialização da política. **Revista dos Tribunais: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, n. 29, out./dez.1999, p. 232.

<sup>328</sup> CUNHA JUNIOR, **Controle...**, p. 327.

que não correspondem a sua função precípua<sup>329</sup>, bem como são previstas hipóteses de controles recíprocos entre os poderes<sup>330</sup>.

Tendo em conta que as normas constitucionais concessivas de direitos prestacionais não podem mais ser vistas como programas condicionais<sup>331</sup>, é importante ressaltar a natureza instrumental da separação dos poderes, servindo de proteção em face da ameaça de exercício ilimitado e concentrado num só órgão, não se tratando, todavia, de um valor em si mesma<sup>332</sup>.

O princípio da separação dos poderes tem produzido efeito paralisante às reivindicações de cunho social e precisa ser submetido a esta releitura para continuar servindo ao seu escopo de garantia em face da concentração do poder que leve a prática de comportamentos estatais arbitrários<sup>333</sup>.

A distribuição de funções deve garantir um sistema equilibrado e eficaz de controle recíproco, a fim de que a Constituição e especialmente os direitos prestacionais que compõem o mínimo existencial sejam observados e efetivados, não permanecendo à mercê da vontade do Legislativo e do Executivo<sup>334</sup>.

A separação dos poderes em si mesma não representa um empecilho ao controle judicial das ações e omissões inconstitucionais do Legislativo e do Executivo, desde que não se pretenda cumular o desempenho as funções legislativa e executiva ao órgão Judiciário<sup>335</sup>.

Diante da omissão dos órgãos legislativo e executivo no desempenho de suas funções precípua, estará o Judiciário legitimado a concretizar, em sede de controle

<sup>329</sup> A Constituição prevê que o Judiciário gerencie toda administração de seu pessoal e de seus serviços (artigos 93, X e 96) e elabore seus regimentos internos (artigo 96, I, a), bem como atribui competência legislativa ao Executivo (artigo 62 e 153, §º) e ao Legislativo competência para administrar seu pessoal e serviços (artigos 51, IV e 52, XIII) e para processar e julgar os crimes de responsabilidade (artigo 52, I) (BARCELLOS, **A eficácia...**, p. 223).

<sup>330</sup> Assim, a Constituição atribui ao Judiciário competência para apreciar a constitucionalidade e legalidade dos atos do Legislativo e do Executivo (artigos 5º, LXIX, 102, I, a e 125, §2º). De outro lado, os órgãos de cúpula do Judiciário são integrados mediante nomeação do Presidente da República com prévia provação dos nomes pelo Senado Federal (artigos 101 e 104). Ao Executivo, a Constituição conferiu a iniciativa privativa para o processo legislativo em algumas matérias (artigo 61) e o poder de veto (artigo 66). Já ao Legislativo, também se atribui competência para aprovar previamente a escolha de nomes indicados para vários cargos da Administração (artigo 52, III, d e IV), exercer o controle do endividamento público (artigo 52, V a IX), fiscalizar atos do Executivo (artigo 49, V) (Ibid., p. 224).

<sup>331</sup> KRELL, **Direitos...**, p. 90.

<sup>332</sup> BARCELLOS, **A eficácia...**, p. 225.

<sup>333</sup> KRELL, op. cit., p. 89.

<sup>334</sup> CUNHA JUNIOR, **Controle...**, p. 352.

<sup>335</sup> BARCELLOS, **A eficácia...**, p. 217.

concreto, as normas constitucionais definidoras de direitos prestacionais que comonham o mínimo existencial<sup>336</sup>.

<sup>336</sup> CUNHA JUNIOR, **Controle...**, p. 355. O Judiciário não usurpa a função precípua dos outros órgãos na medida em que não inova na ordem jurídica de forma geral e abstrata e não implementa políticas públicas, mas apenas assegura, naquele caso colocado a sua apreciação, o exercício do direito fundamental (MORO, **Desenvolvimento...**, p. 86).

## CONCLUSÃO

O ordenamento jurídico oferece vários instrumentos hábeis a instaurar o controle concreto das omissões normativas e materiais do poder público (mandado de injunção, mandado de segurança, ação civil pública, ação direta interventiva, ação popular), guardadas as especificidades de cada instituto.

Superada a divisão entre normas constitucionais de aplicabilidade mediata e imediata, trabalha-se com os limites fáticos e jurídicos na concretização dos direitos fundamentais.

A reserva do possível há de ser observada. Quanto a sua faceta jurídica, verifica-se que quanto aos direitos sociais mínimos não há discricionariedade, podendo o Judiciário interferir na seara reservada ao Legislativo e ao Executivo com vistas à efetivação destes no caso concreto colocado à apreciação, corrigindo a omissão do dever imposto.

No que pertine aos demais direitos prestacionais, a atuação do Judiciário deve ser mais restrita, mas não nula, pois todas as normas constitucionais podem ser invocadas na solução dos casos concretos. Pretende-se com a doutrina do mínimo existencial impor a observância dos direitos sociais mínimos, o que não autoriza relegar os demais direitos, que, apesar de não serem indispensáveis para assegurar a existência digna, mereceram tratamento constitucional e vinculam os poderes constituídos.

Já a nuance fática da reserva do possível constitui situação mais delicada, pois os recursos financeiros são, de fato, escassos. A realocação de recursos, apesar de depender de aprovação legislativa, é uma alternativa viável para assegurar a prioridade dos direitos mínimos. Não sendo esta alternativa possível e tratando-se de direitos difusos, uma saída é a utilização dos recursos dos fundos de direitos difusos, que serão ressarcidos posteriormente.

Não se tratando de direitos difusos ou não havendo a possibilidade de utilização da verba dos fundos de direitos difusos, é possível, tratando-se de obrigação de fazer, o cumprimento da obrigação por particulares às expensas do Poder Público.

Esta solução é interessante quando a situação a ser corrigida não justifica o dispêndio elevado de recursos e há possibilidade de efetuar o pagamento dos

particulares de imediato. Contudo, diante da ausência de recursos, não se mostra razoável e exigível a determinação de cumprimento por terceiros a serem ressarcidos posteriormente, observada a ordem de precatórios.

A solução apontada, nestes casos, é a determinação judicial de reserva no orçamento do ano seguinte de dotação orçamentária para efetivar a prestação material.

Tratando-se de omissões normativas, não é possível a determinação judicial de emanção de norma geral e abstrata. Contudo, revela-se viável a atividade substitutiva, possibilitando o exercício do direito naquele caso concreto, amparando os titulares do direito inobservado.

Nestas hipóteses, como também nas outras, não há que se falar em violação ao princípio da separação dos poderes, nem carência de legitimidade democrática dos juizes e tribunais.

Conforme assentado, a democracia tem como condição pressuposta os direitos fundamentais. Quando a jurisdição constitucional atua para protegê-los, está, em última análise, assegurando a própria democracia.

Da mesma forma, ao efetivar os direitos fundamentais, o Judiciário não está inovando na ordem jurídica, pois foi a própria Constituição que o fez. Assim, mesmo em se tratando de concretização de direitos difusos, o Judiciário não exerce a função de legislador, pois apenas operacionaliza, concretiza, torna viável o exercício do direito com respaldo constitucional<sup>337</sup>.

Nos casos de omissões parciais, vale a mesma observação. Mesmo que se trate de direito derivado da disciplina infraconstitucional, a extensão do benefício às pessoas, aos fatos e as situações equivalentes só homenageia o direito ao tratamento igualitário.

O problema das omissões normativas e materiais pode ser corrigido através da atuação dos juizes, respeitados os limites inerentes a esta atividade. Desta forma, abandonam-se as classificações das normas constitucionais que não se coadunam com o princípio da efetividade, tão caro a interpretação constitucional.

<sup>337</sup> A regulamentação não é condição para o exercício dos direitos fundamentais, pois esta se presta a favorecer e ampliar o respeito positivo ao direito, não servindo para adiar prestações inadiáveis (FREITAS, **A melhor...**, p. 304).



Passa-se a trabalhar com a tese de que a Constituição não traz apenas regras, mas também princípios, que devem ser otimizados.

Ademais, no núcleo essencial todos os princípios gozam de aplicabilidade imediata, razão pela qual na ausência de atividade regulamentadora, cabe ao intérprete (no caso, intérprete-juiz) ter presente o imperativo da efetividade, fazendo com que as normas constitucionais repercutam na vida real.

Todas as limitações aos direitos fundamentais devem ser interpretadas restritivamente, evitando resultados interpretativos que reduzam a máxima eficácia dos direitos fundamentais, notadamente daqueles considerados mínimos.

Não se advoga que o Judiciário seja a solução para todos os males, mas que uma postura renovada dos juizes há de contribuir para que a Constituição não seja vista como uma mera carta de intenções, como uma folha de papel que não vincula. Justamente neste ponto reside a importância do controle concreto de constitucionalidade dos atos e das omissões dos Poderes Públicos, pois assegura que em qualquer instância judicial a Constituição será o parâmetro e a sua concretização o fim a ser buscado.

Desta forma, o Judiciário deve assegurar o exercício dos direitos fundamentais aos seus titulares ao menos no que correspondente ao mínimo essencial, devendo “nutrir reservas à reserva do possível”<sup>338</sup>, podendo ser cobrada a imediata viabilização do mínimo existencial.

<sup>338</sup> FREITAS, **A melhor...**, p. 306.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1997.

ÁVILA, H. B. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever da proporcionalidade. **Revista de direito administrativo**, n. 215, jan. /mar. 1999.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos princípios**. 4.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

ARAÚJO, L. R. D.; NUNES JUNIOR, V. S. **Curso de direito constitucional**. 6.ed.rev. atual. Saraiva; São Paulo, 2002.

BACHOF, O. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Tradução: José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

BARCELLOS, A. P. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BASTOS, C. R. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_; BRITO, C. A. **Interpretação e aplicação das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982.

BARROSO, L. R. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 7.ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BINENBOJM, G. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BITTENCOURT, C. A. L. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Atualizador José Aguiar Dias. 2.ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CANOTILHO, J. J. G. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, M. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2.ed. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

\_\_\_\_\_. **Juízes legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

CLÈVE, C. M. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2.ed. rev., e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_; DIAS, C. F. Algumas considerações em torno da argüição de descumprimento de preceito fundamental. In: SAMPAIO, J. A. L.; CRUZ, A. R. S. (Org). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

\_\_\_\_\_. **Atividade legislativa do poder executivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2. ed., 2000.

COMPARATO, F. K. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade das políticas públicas. **Revista dos Tribunais**, ano 86, vol. 737, mar. 1997.

CUNHA JUNIOR, D. **Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004.

DINIZ, M. H. **Norma constitucional e seus efeitos**. São Paulo: Saraiva, 1989.

DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARIA, J. E. O judiciário e os direitos sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira. In: FARIA, J. E. (org). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2002.

FERRARI, R. M. M. N. **Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERREIRA FILHO, M. G. **Curso de direito constitucional**. 28. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

FREITAS, J. A melhor interpretação constitucional *versus* a única resposta correta. **Revista latino-americana de estudos constitucionais**. n. 2, jul./dez. 2003.

\_\_\_\_\_. **A interpretação sistemática do direito**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GEBRAN NETO, J. P. **Aplicação imediata dos direitos e garantias individuais: a busca de uma exegese emancipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOUVEA, M. M. **O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GRAU, E. R. **A ordem na Constituição de 1988.** 8. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. Despesa pública: conflito entre princípios e eficácia das regras jurídicas, o princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 2, 1993.

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

HESSE, K. **A força normativa da constituição.** Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

KRELL, A. J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional 'comparado'.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

LEAL, R. S. A judicialização da política. **Revista dos Tribunais: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, n. 29, p. 232, out./dez.1999.

LOBATO, A. C. Para uma nova compreensão do sistema misto de controle de constitucionalidade: a aceitação do controle preventivo. **Revista de Informação Legislativa**, ano 31, nº 124, out./dez. 1994.

MANDELLI JUNIOR, R. M. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da Constituição.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, H. L. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e habeas data.** 14.ed. rev. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MELLO, O. A. B. **A teoria das constituições rígidas.** 2.ed. São Paulo: Bushatsy, 1980.

MELLO, C. A. B. Eficácia jurídica das normas constitucionais sobre justiça social. **Revista de Direito Público**, ano XIV, n. 57/58, jan./jun. 1981.

MENDES, G. F. O controle incidental de normas no direito brasileiro. **Revista dos tribunais: cadernos de direito constitucional e ciência política**, ano 06, n. 23, abr./jun. 1998.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha.** 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MIRANDA, J. **Manual de direito constitucional.** 2. ed. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

MIRANDA, P. **Comentários à constituição de 1967.** Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

MIRANDA, V. C. Inconstitucionalidade e incompetência do juiz singular. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n.92, p. 582-588, 1942.

MODESTO, P. E. G. Inconstitucionalidade por omissão: categoria jurídica e ação constitucional específica. **Revista de direito público**, ano 24, n. 97, jan./mar. 1991.

MORAES, A. **Direito constitucional.** São Paulo: Atlas, 2004.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantias supremas da Constituição.** 2.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORO, S. F. **Jurisdição constitucional como democracia.** Curitiba, 2002. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

\_\_\_\_\_. Por uma revisão da teoria da aplicabilidade das normas constitucionais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, ano 09, n. 37, out/dez. 2001.

\_\_\_\_\_. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais.** São Paulo: Max Limonad, 2001.

PINHEIRO, C. **Direito internacional e direitos fundamentais.** São Paulo: Atlas, 2001.

PIOVESAN, F. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção.** 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. **Constituição e transformação social: a eficácia das normas constitucionais programáticas e a concretização dos direitos e garantias fundamentais.** Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, n. 37, jun. 1992.

PORTO, N. G. Constituição dirigente, o direito à legislação e as omissões inconstitucionais. In; TAVARES, A. R.; FERREIRA, O. A.; LENZA, P. **Constituição Federal 15 anos mutação e evolução: comentários e perspectivas.** São Paulo: Método, 2003.

QUEIROZ, L. C. S. Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão. **Revista dos tribunais: cadernos de direito constitucional e ciência política**, ano 06, n. 23, abr./jun. 1998.

ROTHENBURG, W. C. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: TAVARES, A. R.; ROTHENBURG, W. C. (Org.). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei n. 9.882/99**. São Paulo: Atlas, 2001.

SAMPAIO, J. A. L. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

\_\_\_\_\_. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. **Arquivos de direitos humanos**, vol. 4, 2002.

SARMENTO, D. Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: TAVARES, A. R.; ROTHENBURG, W. C. (Org.). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei n. 9.882/99**. São Paulo: Atlas, 2001.

SILVA, J. A. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6.ed. São Paulo: Malheiros.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

SILVA, V. A. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista latino-americana de estudos constitucionais**, n.1, jan./jun. 2003.

SOUZA NETO, C. P. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução à luz do princípio democrático. **Arquivos de direitos humanos**, v. 4., p. 38, 2002.

STRECK, L. L. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

\_\_\_\_\_. Os meios e acesso do cidadão à jurisdição constitucional, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a crise de efetividade da Constituição brasileira. In: SAMPAIO, J. A. L.; CRUZ, A. R. S. (Org.). **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TALAMINI, E. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: CPC, art. 461; CDC, art. 84**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TAVARES, A. R. **Tratado da arguição de preceito fundamental: lei n. 9868/99 e n. 9882/99**. São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: aspectos essenciais do instituto na Constituição e na lei. In: TAVARES, A. R. T.; ROTHENBURG, W. C. (Org.). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei n. 9.882/99**. São Paulo: Atlas, 2001.

\_\_\_\_\_. A superação da doutrina tripartite dos 'poderes' do estado. **Revista dos Tribunais: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, n. 29, p. 68, out./dez.1999.

\_\_\_\_\_. **Tribunal e jurisdição constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

TORRES, R. L. **Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia**. Rio de Janeiro: Revonar, 1995.

\_\_\_\_\_. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de direito administrativo**. n. 177, jul. /set. 1989.

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

HELOÍSA DA SILVA KROL

### **OMISSÃO INCONSTITUCIONAL E CONTROLE JUDICIAL**

**Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:**

Orientador:

Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève  
Departamento de Direito Público, UPPR

Prof. Dr. Elizeu de Moraes Correa  
Departamento de Direito Público, UPPR

Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho  
Departamento de Direito Público, UFPR

**Curitiba, 20 de outubro de 2004**